

BEITRÄGE

zur

Theorie der Rechtsquellen.

Von

Dr. Eugen Ehrlich,

ord. Professor an der Universität Czernowitz.

Inv. čis. 119

Sign: 62

Erster Theil.

Das ius civile, ius publicum, ius privatum.



Berlin.

Carl Heymanns Verlag.

1902.

I db 115

2535/I

438/584

B

Gedruckt bei Julius Sittenfeld in Berlin W.

Adalbert von Stibral

in alter Freundschaft.



Vorrede.

Die vorliegende Schrift sucht die Aufgabe zu erfüllen, die von Wlassak angebahnte Ueberprüfung der römischen Theorie der Rechtsquellen, zum grossen Teile auf der von ihm geschaffenen Grundlage, nach einigen Richtungen weiter zu führen.

Den Ausgangspunkt der Untersuchung bilden die römischen Begriffe *ius publicum* und *ius civile*. Die herrschende Lehre findet darin im wesentlichen eine Charakteristik bestimmter Arten von Rechtssätzen: *ius civile* sei das eigentliche Nationalrecht der Römer und zwar auch dieses zum Teile nur, insofern es nicht prätorischen Ursprungs ist; *ius publicum* sei das Recht, das in erster Linie das öffentliche Interesse wahrnehme. Es genügt fast, die Quellenzeugnisse zeitlich zu ordnen, um sich zu überzeugen, dass diese Auffassung mit der ursprünglichen Bedeutung der Ausdrücke nichts zu thun hat; sie beruht im wesentlichen darauf, dass Gedankengänge, die die letzte Entwicklung des römischen Rechts beherrschen und nicht einmal hier ganz durchgegriffen haben, in frühere Zeiten übertragen werden. *Ius civile* und *ius publicum* bezeichnen bei den Römern anfänglich bestimmte Arten von Rechtsquellen: die juristische Begriffsbildung setzt bei ihnen wie sonst überall bei konkreten, wenn auch noch so unbestimmt aufgefassten Rechtseinrichtungen, nicht mit allgemeinen Kategorien ein.

Klar ist es mir bei dieser Arbeit vor die Augen getreten, wie sehr wir die römische Rechtsentwicklung mit den Augen der Juristen der severischen Zeit betrachten, denen wir fast die ganze römische Rechtsüberlieferung verdanken. Es ist vielleicht nicht das geringste unter den Verdiensten des unvergesslichen Franz Hofmann, als der erste gezeigt zu haben, dass diese Periode des Verfalles mit dem nationalen römischen Rechtsleben nur lose Beziehungen verknüpfen. Davon bin jetzt mehr als je überzeugt. Nach Wegräumung des Schuttes einer späteren Zeit trat ein Stück republikanischer und frühkaiserlicher Jurisprudenz in überraschender Reinheit zu Tage.

Dass die Entwicklung bis auf unsere Zeit verfolgt worden ist, wird die Schrift wohl nicht als Fehler angerechnet werden. Es schien der Mühe wert, festzustellen, wie der moderne Begriff des öffentlichen Rechts, wie die heute übliche Gleichsetzung des Privatrechts und Civilrechts (*ius privatum et ius civile*) entstanden seien. Es ist für den romanistisch geschulten Juristen ein stolzer Gedanke, dass die Wissenschaft, der er sein Leben widmet, mit der Jurisprudenz der römischen Pontifices durch eine nie unterbrochene Ueberlieferung von dritthalb Jahrtausenden verbunden wird,

Vielleicht darf an den Leser hier die dringende Bitte gerichtet werden, unmittelbar nach den auf Seite 81 enthaltenen Ausführungen über Cicero Top. 28 den Anhang auf Seite 247 zu lesen. Der Beweis für die hier vertretene Auffassung dieses wichtigen Quellenzeugnisses, der im Texte nur angedeutet werden konnte, wird im Anhang in umfassender Weise geführt. Anlass dazu gab, wie im Anhang hervorgehoben worden ist, das während des Druckes veröffentlichte nachgelassene Paragon von Pernice, so wie mehrere Anfechtungen, denen die von mir verteidigte Auslegung in meinem Bekanntenkreise begegnete.

Czernowitz, Fastnacht 1902.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
I. Das <i>proprium ius civile</i>	1
II. Das <i>proprium ius civile</i> im Verhältnisse zu anderen Rechtsquellen	17
III. Die Abgrenzung und der Inhalt des <i>proprium ius civile</i>	25
IV. Das Geltungsgebiet des <i>proprium ius civile</i>	35
V. <i>Legitimus und civilis</i>	46
VI. Die vermutliche vorgeschichtliche Entwicklung des <i>ius civile</i>	64
VII. <i>Ius civile</i> und <i>ius gentium</i>	84
VIII. Die Entstehung des Gegensatzes des <i>ius civile</i> und <i>ius honorarium</i>	101
IX. <i>Ius civile</i> und <i>ius honorarium</i>	125
X. Die <i>intentio iuris civilis</i>	139
XI. Die nachklassische Zeit	150
XII. <i>Ius publicum</i> und <i>ius privatum</i>	159
XIII. <i>Ius publicum</i> als Staatsrecht und staatliches Recht	168
XIV. <i>Ius publicum privatorum pactis mutari non potest</i>	191
XV. Das <i>ius civile</i> , <i>ius publicum</i> und <i>ius privatum</i>	195
XVI. Die nachrömische Entwicklung	206
XVII. Privatrecht und öffentliches Recht	236
Beilage: <i>Ius civile</i> bei Cicero Topica 28	247
Zusätze und Berichtigungen	253
Quellenverzeichnis	254

I.

Das proprium ius civile.

Im Enchiridionbruchstück des Pomponius ist folgende Auseinandersetzung überliefert:

D. 1, 2, 2, 5, 6, 8, 12 (Pomponius l. singulari enchiridii).

His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem), necessaria esse disputatio fori. Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur (datis propriis nominibus ceteris partibus), sed communi nomine appellatur ius civile. § 6 Deinde ex his legibus eodem tempore fere actiones compositae sunt . . . et appellatur haec pars iuris legis actiones id est legitimae actiones. Et ita eodem poene tempore tria haec iura nata sunt: lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt. . . . § 8 Deinde cum esset in civitate lex duodecim tabularum et ius civile, essent et legis actiones, evenit ut plebs in discordiam cum patribus perveniret . . . § 12 Ita in civitate nostra aut iure, id est lege constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, aut sunt legis actiones quae formam agendi continent aut plebiscitum quod sine auctoritate patrum est constitutum, aut est magistratum edictum, unde ius honorarium nascitur, aut senatus consultum quod solum senatu constituyente inducitur sine lege, aut est principalis constitutio id est ut quod ipse princeps constituit pro lege servetur.

In einer gar nicht misszuverstehenden Weise wird hier der Begriff des eigentlichen *ius civile*, des *proprium ius civile* bestimmt: *ius quod sine scripto in sola prudentium interpretatione*

consistit, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus. Dies wurde schon längst bemerkt von Schilling,¹⁾ Sanio,²⁾ Voigt,³⁾ Karlowa,⁴⁾ Paul Krüger,⁵⁾ Jörs,⁶⁾ Cuq,⁷⁾ Pernice.⁸⁾ Wenn aber trotzdem diese Angaben noch nicht genügend gewürdigt worden sind, so liegt der Grund wohl zunächst in der bekannten Unzuverlässigkeit des Pomponius, in der Unklarheit seines offenbar verstümmelten Berichts, dann aber jedenfalls auch darin, dass sie mit allem, was man aus besseren oder wenigstens besser erhaltenen Quellen vom *ius civile* weiss, in einem unlösbaren Widerspruche zu stehen scheinen.

Und doch war die Zurückhaltung gerade hier unbegründet. Pomponius mag sonst noch so unzuverlässig sein; es müsste doch erst bewiesen werden, dass ein römischer Jurist in der elementarsten terminologischen Frage eine ganz verkehrte Auffassung haben konnte. Aber die Aufzählung der *legis actiones* unter den Rechtsquellen würde allein schon genügen, um die Annahme zu rechtfertigen, Pomponius habe hier aus einer sehr alten, wahrscheinlich noch republikanischen Vorlage geschöpft; seit den *leges Iuliae iudicariae* hatte es doch wohl gar keinen Sinn mehr, die *legis actiones* noch als Rechtsquellen zu bezeichnen, und es ist dieses auch in der Kaiserzeit sonst nie geschehen. Dazu kommt noch die Umständlichkeit, mit der die Verbindlichkeit der *plebiscita* gerechtfertigt wird: eine Frage, die zu Pomponius Zeit gewiss schon ganz von der Tagesordnung verschwunden ist. Aus guten Gründen hält Sanio in der genannten Schrift ein Werk Varros für die Vorlage des Pomponius. Pomponius mag die Bemerkungen über die *senatus consulta* und *constitutiones* hinzugefügt, sonst aber schwerlich an dem Vorgefundenen etwas Wesentliches geändert haben.

An sich ist also der Bericht des Pomponius gewiss nicht

¹⁾ Institutionen § 9.

²⁾ Das Fragment des Pomponius S. 169.

³⁾ Das *ius naturale* I S. 246 A. 2; III S. 286 ff.; IV S. 5.

⁴⁾ Röm. Rechtsg. I S. 476.

⁵⁾ Geschichte der Quellen und Litteratur S. 26.

⁶⁾ Röm. Rechtswissensch. S. 71 A. 1, S. 96 A. 4.

⁷⁾ Jus in Daremberg und Saglio, *Dictionnaire*.

⁸⁾ Z. Sav. St. XX S. 151 A. 6.

unglaublich. Dazu kommt aber noch, dass er durch eine ganze Reihe anderer Belege bestätigt wird. Der Ausdruck *ius civile* in der Bedeutung, die ihm von Pomponius beigelegt wird, findet sich nachweisbar in den Quellen bis zum Schlusse der klassischen Zeit. Man darf aber vielleicht noch weiter gehen: ist es richtig, dass die Vorlage des Pomponius noch der republikanischen Zeit angehört, dann ist es nicht ausgeschlossen, dass gerade die Bemerkung *propria parte aliqua non appellatur . . . sed communi nomine . . .* die Bezeichnung des *ius civile*, als eigentliches *ius civile*, von Pomponius selbst herrührt, denn für einen Schriftsteller der republikanischen Zeit lag gar kein Anlass vor, hervorzuheben, dieses *ius civile* sei das eigentliche *ius civile*: noch bei Cicero ist diese Bedeutung des *ius civile* nicht etwa bloss die herrschende, sondern die selbstverständliche, und, abgesehen von wenigen veralteten und vulgären Wendungen, wovon an anderer Stelle die Rede sein wird, vielleicht die einzige vorkommende.

Es kommen folgende Stellen in Betracht:

Cic., *De off.* III, 65.

Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena constituta; quicquid enim esset in praedio vitii id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. Sed huiusmodi reticentiae iure civili omnes comprehendi non possunt, quae autem possunt diligenter tenentur.

Es ist ganz zweifellos, dass Cicero hier unter *ius civile* dasselbe versteht, was die Vorlage von Pomponius, das *proprium ius civile compositum a prudentibus*. Er bringt die *a iuris consultis reticentiae poena constituta* zunächst in Gegensatz zu der Vorschrift der XII Tafeln, die die Haftung darauf beschränkt hätten, *quae essent lingua nuncupata*; er bezeichnet sie als *sanctum iure civili* und bemerkt schliesslich in einem Zusatze: *huius modi reticentiae iure civili omnes comprehendi*

non possunt. Es ist daher ganz ausgeschlossen, dass er mit dem Ausdrucke *ius civile* das XII. Tafelrecht mit begriffen, dass er ihn auf etwas anderes, als darauf, was die Juristen bestimmt haben, bezogen hätte.

Cic., *Pro Caecina* 65—70.

Atque illud in tota defensione tua mihi maxime mirum videbatur, te dicere iuris consultorum auctoritatem obtemperari non oportere . . . Cum id miror te hoc in hac re alieno tempore et contra quam ista causa postulasset defendisse, tum illud volgo in iudiciis et non numquam ab ingeniosis hominibus defendi mihi mirum videri solet, nec iuris consultis concedi nec ius civile in causis semper valere oportere; nam qui hoc disputant, si id dicunt, non recte aliquid statuere eos, qui consulantur, non hoc debent dicere iuris consultis sed hominibus stultis obtemperari non oportere, sin illos recte respondere concedunt et aliter iudicari dicunt oportere, male iudicari oportere dicunt . . . Etenim ipse Crassus non ita causam apud centumviros egit, ut contra iuris consultos diceret, sed ut hoc doceret, illud, quod Scaevola defendebat, non esse ius, et in eam rem non solum rationes adferret, sed etiam Q. Mucio socero suo multisque peritissimis hominibus auctoribus uteretur. Nam qui ius civile contemnendum putat, is vincula revellit non modo iudiciorum, sed etiam utilitatis vitaeque communis, qui autem interpretes iuris vituperat, si imperitos iuris esse dicit, de hominibus non de iure civili detrahit; sin peritis non putat esse obtemperandum non homines laedit sed leges ac iura labefactat: quod vobis venire in mentem profecto necesse est, nihil esse in civitate tam diligenter quam ius civile retinendum.

Cic., *Orator* § 102.

Tota mihi causa pro Caecina de verbis interdicti fuit: res involutas definiendo explicavimus, ius civile laudavimus, verba ambigua distinximus.

In der Rede *pro Caecina* handelte es sich, wie Cicero später, in der Schrift *de oratore*, selbst hervorgehoben hat, *de verbis interdicti*. Cicero verteidigt zunächst eine freiere, nicht am Worte haftende Auslegung des Interdikts (§§ 51—64) und wendet sich dann gegen die, die da lehren, *iuris consultorum*

auctoritatem obtemperari non oportere, nec iuris consultis concedi nec ius civile in causis semper valere oportere. Wenn diese meinen, es komme vor, dass die *iuris consulti* auch unrecht haben (*non recte aliquid statuere*), dann bekämpfen sie nicht die *iuris consulti*, sondern *homines stulti* (*non hoc debent dicere iuris consultis, sed hominibus stultis obtemperari non oportere*); haben aber die *iuris consulti* recht, dann empfehlen die, die ein anderes Urteil anraten, man solle schlecht urteilen (*male iudicari oportere dicunt*). Mit einem Worte: die Sache muss von den Personen getrennt werden, dumme Leute sind keine *iuris consulti*, wenn aber die Juristen im Rechte sind, so müsse man sich dem *ius civile* fügen: *qui autem interpretes iuris vituperat, si imperitos iuris esse dicit, de hominibus non de iure civili detrahit; sin peritis non putat esse obtemperandum non homines laedit sed leges ac iura labefactat: quod vobis venire in mentem profecto necesse est, nihil esse in civitate tam diligenter quam ius civile retinendum.*

So unklar diese Stelle an sich auch sein mag, so viel ist zweifellos: Cicero bezeichnet das, was er gegen die Angriffe seiner Gegner verteidigt, einmal als die Auslegungsthätigkeit der *iuris consulti*, der *interpretes iuris*, dann wieder in einem Atem als *ius civile*: er macht zwischen beiden keinen Unterschied, hält sie daher wohl für dasselbe, wenn er auch hervorhebt, dass schlechte Auslegung nicht *ius* sein könne. Es werden daher wohl auch seine Gegner zwischen der Thätigkeit der Juristen und dem *ius civile* nicht unterschieden, viel eher sogar ganz unsinnige Auslegungen als *ius civile* hingestellt haben. Aber auch abgesehen davon, muss man zunächst fragen, was mag das für ein *ius civile* gewesen sein, dessen Verbindlichkeit mit so grossem Aufwand an Worten verteidigt werden musste? Ist es auch nur denkbar, dass etwa die Verbindlichkeit der *leges* oder des Edikts in dieser Weise erst habe bewiesen werden müssen? Würde es sich übrigens um die Gesetze selbst oder das Interdikt gehandelt haben, so hätte sich Cicero gewiss nicht ausschliesslich mit den Juristen beschäftigt und würde auch sonst ganz andere Gründe vorgebracht haben. Aber aus der Rede selbst ergibt es sich, dass es den Gegnern gar nicht eingefallen ist, die Verbindlichkeit der Gesetze zu bestreiten: warnt doch Cicero selbst vor der

Missachtung des *ius civile* auch aus dem Grunde, weil damit mittelbar die Kraft der Gesetze erschüttert werde (*sin peritis non putat esse obtemperandum non homines laedit, sed leges ac iura labefactat*); das wäre doch jedenfalls ganz sinnlos, wenn die Angriffe der Gegner unmittelbar gegen die Autorität des Gesetzes gerichtet gewesen wären. Ebenso ergibt es sich aus der Rede, dass die Gegner die Verbindlichkeit des Interdikts nicht bestritten, sondern sich auf das Verfahren einliessen und gerade den genau en Wortlaut des Interdikts für sich geltend zu machen suchten. Es handelte sich in der That, um mit Cicero zu sprechen, *de verbis interdicti*: Cicero fordert die freie, die Gegner die wörtliche Auslegung des Interdikts: diese freie Auslegung, die von den *iuris consulti* ausgeht, ist also das *ius civile*, das Cicero gegen die Angriffe verteidigt. Auch hier ist somit *ius civile* nichts als *interpretatio* der Juristen, auch hier bedeutet es, wie bei Pomponius, das Recht, *quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*.

Dem Zufall, der uns diese Rede erhalten hat, verdanken wir einen höchst belehrenden Einblick in die rechtliche Unsicherheit der thatsächlichen Machtstellung der Juristen, in die Anfechtungen, denen sie ausgesetzt war, bis Augustus für ihren Einfluss eine feste Grundlage geschaffen hatte.⁹⁾

Cicero, *P. Caecina* 96, 98, 99.

At enim Sulla legem tulit . . . Sed quaero de te, putasne si populus iusserit me tuum aut item te meum servum esse, id

⁹⁾ In diesem Sinne sind auch andere Stellen dieser Rede zu erklären: Cicero, *P. Caecina* 4:

. . . si confessi essent et id, quod nullo tempore iure fieri potest, tum ab se iure factum esse defenderent, sperarunt, id quod adsecuti sunt, se iniecturos vobis causam deliberandi et iudicandi iustam moram et religionem; simul illud quod indignissimum est, futurum arbitrati sunt, ut in hac causa non de inprobitate Sex. Aebutii, sed de iure civili iudicium fieri videretur.

Wie der Zusammenhang der hervorgehobenen Worte zeigt, ist der letzte Teil des Satzes so zu übersetzen: dass in dieser Sache nicht über die Unehrlichkeit des Sex. Aebutius, sondern über eine Rechtsfrage (Auslegungsfrage) wird zu Gericht gesessen werden.

Cicero, *P. Caecina* 35.

. . . quaero . . . quid acturus sis? Monet amicus meus te L. Cal-

iussum ratum atque firmum futurum? Perspicis hoc nihil esse et fateris; quo iure primum illud concedis, non quicquid populus iusserit, ratum esse oportere; deinde nihil rationis adfers, quam ob rem, si libertas adimi nullo modo possit, civitas possit . . . Quid? quem pater patratu dedit aut suus pater populusque vendidit, quo is iure amittit civitatem? Ut religione civitas solvatur, civis Romanus deditur; qui cum est acceptus, est eorum quibus deditur; si non accipiunt, ut Mancinum Numantini, retinet ius civitatis; si pater vendidit, eum, quem in suam potestatem susceperat ex potestate dimittit. Iam populus eum vendit, qui miles factus non est, non adimit ei libertatem, sed iudicat, non esse eum liberum, qui ut liber sit, adire periculum noluit; eum incensum vendit, hoc iudicat, eum ei qui in servitute iusta fuerunt, censu liberentur, eum, qui, cum liber esset, censeri noluerit, ipsum sibi libertatem abiudicavisse. Quod si maxime hisce rebus adimi libertas aut civitas potest, non intellegunt, qui haec commemorant si per has rationes maiores adimi posse voluerint, alio modo noluisse? Nam ut haec ex iure civili proferunt, sic adferant velim, quibus lege aut rogatione civitas aut libertas erepta sit.

Cicero meint, es sei nicht möglich, dass ein Gesetz Bürgern das Bürgerrecht nehme, wie dieses von einem Gesetze Sullas behauptet worden ist. Es gäbe wohl Fälle, in denen ein Bürger das Bürgerrecht verwirke, aber die Beispiele, die man anführt, und die durch besondere Umstände erklärt werden, gehören dem *ius civile* an: man möge die nennen, denen je durch eine *lex* oder eine *rogatio* das Bürgerrecht entrissen worden sei. Die von Cicero genannten Fälle, in denen ein Bürger das Bürgerrecht verwirke: Dedition an ein fremdes Volk, Verkauf des Stellungsflüchtigen und des Incensus an das Ausland, sind, soweit es sich beurteilen lässt, sämtlich altes Gewohnheitsrecht *ius quod sine scripto venit, compositum a prudentibus*. Hier wird also das *ius civile* in der denkbar schärfsten Weise zu dem Rechte

purnius, ut idem dicas, quod ipse antea dixit, iniuriarum. Quid id ad causam possessionis? quid ad restituendum eum, quem oportet restituere? quid denique ad ius civile?

Die letzten Worte sind zu übersetzen: Was hat das mit der Rechtsfrage zu thun?

in Gegensatz gebracht, das *lege aut rogatione* eingeführt werde.¹⁰⁾

Cicero, *De invent.* I, 11.

Haec ergo constitutio, quam generalem nominamus, partis videtur nobis duas habere, iuridicalem et negotialem. Iuridicalis est, in qua aequi et recti natura aut praemii et poenae ratio quaeritur; negotialis, in qua, quid iuris ex civili more et aequitate sit, consideratur; cui diligentiae praeesse apud nos iure consulti existimantur.

Cicero, *De inventione* II, 62; 69.

Cum et facto et facti nomine concessio neque ulla actionis illata controversia vis et natura et genus ipsius negotii quaeritur, constitutionem generalem appellamus. Huius primas esse partis duas nobis videri diximus, negotialem et iuridicalem. Negotialis est quae in ipso negotio iuris civilis habet implicatam controversiam. . . . Iuridicalis est in qua aequi et iniqui natura et praemii aut poenae ratio quaeritur.

Cicero wiederholt im zweiten Buche der Schrift *de inventione* die Begriffsbestimmungen der *constitutio negotialis* und *iuridicalis*, die er im ersten Buche gegeben hatte: die der *constitutio iuridicalis* fast Wort für Wort, die der *negotialis* dem Sinne nach, ersetzt aber die Worte: *quid iuris ex civili more et aequitate sit* durch die Worte *quae in ipso negotio iuris civilis habet implicatam controversiam*. So wenig man auch sonst Ciceros Aeusserungen in der Jugendschrift *de inventione* auf die Goldwaage legen mag, jede Seite zeigt, dass er Sprachgefühl und juristische Kenntnisse genug gehabt hätte, um *ius civile* und *civilis mos* auseinanderzuhalten, wenn sie nicht als gleichbedeutend gegolten hätten. Und von dem *civilis mos et aequitas*, die er also mit dem *ius civile* verselbigt, meint er: *cui diligentiae praeesse apud nos iure consulti existimantur*.

Wenn das *ius civile* mit *civilis mos et aequitas* zusammenfällt, so kann es unmöglich die *leges* mitumfassen. Dieses *ius civile* ist daher wieder nichts als das *ius quod sine scripto venit, compositum a prudentibus*, oder, wie sich Cicero selbst hier aus-

¹⁰⁾ Vergl. zu dieser Stelle auch Mommsen, *Röm. Strafr.* S. 945 A. 1, S. 946 A. 1.

drückt: *diligentia cui iure consulti praesunt*. Vollständig klar wird es aber, dass Cicero unter *ius civile* nur das Juristenrecht, mit Ausschluss des Gesetzesrechts verstanden hat, wenn man auf das der Schrift *de inventione* zu Grunde liegende System der Rhetorik näher eingeht.¹¹⁾

Der Status, die *constitutio causae* — so nennen die Rhetoren die Hauptfrage, auf die sich die rednerische Erörterung bezieht, — betrifft, wie alle annehmen, entweder die Thatfrage oder die Auslegung, sei es eines Rechtssatzes, sei es einer Willenserklärung der Parteien. Sie gehört im ersten Falle dem *γένος λογικόν* (*genus rationale*) im zweiten Falle dem *γένος νομικόν* (*genus legale*) an. Aus nicht näher bekannten Gründen geht Hermagoras, wohl der eigentliche Begründer dieser Lehre, davon aus, dass die Auslegung nur ein (geschriebenes) Gesetz oder eine schriftliche Erklärung der Parteien zum Gegenstande haben könne: insofern sich also die *constitutio* nicht auf die Thatfrage bezieht, befasst sie sich immer mit einem Schriftstück. Daher fällt die Einteilung der *constitutiones* in ein *genus rationale* und ein *genus legale* mit der Einteilung in solche, *quae aut in scripto aut in non scripto sunt*, zusammen.

Im *genus rationale* (*in non scripto*) unterscheidet nun Hermagoras vier *status*: *coniecturam, proprietatem, translationem, qualitatem*: je nachdem es sich darum handelt, ob etwas geschehen sei oder nicht (*coniectura*), ob das Geschehene unter einen bestimmten Begriff falle (*proprietas*), ob es sich darum handle *an huic ius agendi sit, vel facere aliquid conveniat, an contra hunc, an hoc tempore, an sic* (*translatio*), oder endlich ob das Geschehene recht oder unrecht sei (*qualitas*). Die *qualitas* zertällt ihrerseits in vier *partes*: *de adpetendis et fugiendis* (*pars deliberativa*, ob etwas anstrebenswert sei) *de persona* (*pars laudativa*, die eine Person betreffenden Lobreden), die *pars negotialis quam πραγματικὴν vocat*, in der ganz allgemein, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Fall, erörtert wird, ob etwas recht oder unrecht sei, *pars iuridicalis*, in der dieselben Fragen

¹¹⁾ Die folgende Darstellung beruht hauptsächlich auf dem III. Buch der *Institutiones oratoriae* von Quintilian. Vergl. noch Volkmann, *Die Rhetorik der Griechen und Römer* III. Aufl. § 3—9 und Voigt, *Ius naturale* IV, S. 333 ff.

mit Rücksicht auf einen bestimmten Fall (*certis destinatisquae personis*) untersucht werden. Die *pars negotialis* und *iuridicialis* unterscheiden sich daher von einander nur dadurch, dass die erste die Frage, um die es sich handelt, abstrakt, die zweite konkret fasst. — Ebenso wie der *status rationalis*, von dem bisher die Rede war, ist auch der *status legalis* von viererlei Art: *scripti et voluntatis, ratiocinativum, ambiguitatis, legum contrariarum*.

Der Sitz der juristischen Fragen ist vor allem im *status legalis*, der sich mit der Auslegung geschriebenen Rechts und schriftlicher Parteienerklärungen befasst, dann aber in der *constitutio negotialis* und *iuridicialis*, wo die Frage untersucht werden soll, ob ein Fall im allgemeinen oder in einer besonderen Gestaltung recht oder unrecht sei, unter ein Verbot oder eine Gestattung falle. Dagegen hat dieses System für die Auslegung mündlicher Parteienerklärungen oder ungeschriebenen Rechts offenbar keinen Raum.

Auctor ad Herennium, oder eigentlich sein Lehrer — *noster doctor* — unterscheidet drei Arten der *constitutio*: *coniecturalis, legitima, iuridicialis*. Bei der ersten handelt es sich um die Thatfrage, bei der zweiten um die Auslegung einer Schrift (Gesetz oder Willenserklärung), bei der dritten um die Frage, ob etwas mit Recht oder Unrecht geschehen sei. Bei dieser kommt er auch darauf zu sprechen, aus welchen Teilen das Recht (*ius*) bestehe: es bestehe aus sechs Teilen, *natura lege consuetudine iudicato aequo et bono pacto*.

Cicero schliesst sich in der Schrift *de inventione* im allgemeinen dem System des Hermagoras an, verwertet aber auch eine ihm und dem *auctor ad Herennium*, wenn auch nur mittelbar, gemeinsame Vorlage. Er unterscheidet zunächst gerade so wie Hermagoras, *in ratione an in scripto sit controversia*:

Cic., *De invent.* I, 17:

Ratio est autem, cum omnis quaestio non in scriptione sed in aliqua argumentatione consistit . . .

Cicero, *De invent.* II, 116:

In scripto versatur controversia, cum et scriptionis ratione aliquid dubii nascitur.

Der Unterschied zwischen seinem System und dem des

Hermagoras besteht vor allem darin, dass er den *status legalis* nicht geradezu als *constitutio* gelten lassen will:

Cicero, *De invent.* I, 17:

Deinde considerandum est, in ratione an in scripto sit controversia, nam scripti controversia est ea, quae ex scriptionis genere nascitur; eius autem genera quae separata sunt a constitutionibus quinque sunt . . .

Bei der *constitutio generalis* ferner, die der *qualitas* des Hermagoras entspricht, verwirft Cicero die *pars deliberativa* und *pars demonstrativa* nach eingehender Polemik und unterscheidet nur eine *pars negotialis* und *iuridicialis*, aber ganz anders als Hermagoras: es kommt ihm darauf an, ob in der Beurteilung der Thatfrage, ob recht oder unrecht geschehen sei, die Rechtsfrage gewissermassen aufgeht, oder diese neben der ersten eine selbständige Stellung hat:

Cicero, *De invent.* II, 69, 71:

Iuridicialis . . . partes sunt duae, quarum alteram absolutam, adsumptivam alteram nominamus. Absoluta est, quae ipsa in se, non ut negotialis implicite et abscondite, sed patentius et expeditius recti et non recti quaestionem continet . . . Adsumptiva igitur tum dicitur, cum ipsum ex se factum probari non potest, aliquo autem foris adiuncto argumento defenditur.

Dass diese Unterscheidung unklar und ganz haltlos ist, hat schon Quintilian gesehen:

Quintilian, *Inst. orat.* III, 6, 59:

Sed quod ipsius de his libris iudicium fuerit, supra dixi.¹²⁾ Sunt enim regestae in hos commentarios, quos adulescens deduxerat, scholae: et si qua est in iis culpa, tradentis est, sive eum movit, quod Hermagoras prima in hoc loco posuit exempla ex quaestionibus iuris, sive quod graeci πραγματικούς vocant iuris interpretes.

Der Grund des Irrtums liegt aber in der That wo anders, als Quintilian meint, und das ist gerade für die hier in Rede stehende Frage von entscheidender Bedeutung. Cicero nimmt von Herma-

¹²⁾ Quintilian spricht von dem Urteil, das Cicero selbst über seine Schrift *de inventione* abgegeben hatte: *Inst. orat.* III, 1, 20; . . . nisi et rhetoricos suos ipse adulescenti sibi elapsos diceret . . .

goras die Einteilung der *constitutio* in eine *rationalis* und *legalis* herüber, und bezieht die letztere, ganz im Sinne des Griechen, nur auf geschriebenes Recht und schriftliche Willenserklärungen. Geschriebenes Recht ist aber für ihn eben nur die *lex*; und in der That lehrt ein Blick auf die Teile seiner Schrift, die von dieser Art der *quaestio* handeln (bes. II, 122—154), dass hier überall nur von der Auslegung der *leges* die Rede ist. Cicero kann sich aber dabei der Erkenntnis offenbar nicht verschliessen, dass nun das *ius civile*, das ungeschriebenes Recht ist, (*quod sine scripto venit compositum a prudentibus*), zu Boden fällt, er sucht es daher in der *controversia rationis* zu unterbringen; dass er dabei auf die *pars negotialis* verfällt, mag in der That, wie Quintilian vermutet, damit zusammenhängen, dass Hermagoras in diesem Zusammenhange zum erstenmal von Rechtsfragen spricht. Bei dieser Gelegenheit kommt aber Cicero auch auf die Rechtsquellen zu sprechen,¹³⁾ wobei er teilweise wörtlich dasselbe sagt wie *auctor ad Herennium* in der oben angeführten Stelle aus Anlass der *constitutio iuridicialis absoluta*, so dass es wohl zweifellos ist, dass er hier wieder, wenn auch nur mittelbar, von der Quelle abhängig ist, aus der der *auctor ad Herennium* schöpfte. Hierbei erwähnt er auch der *leges* mit den Worten: *iam iura legitima ex legibus cognosci oportebit*. Die Heranziehung der *leges* hätte bei ihm an sich eine ganz andere Bedeutung als beim *auctor ad Herennium*, da diese von seinem Standpunkt aus überhaupt zur *quaestio in non scriptione* nicht gehören, sondern nur das *ius civile*, und man wäre versucht, sie auf das Kerbholz der Gedankenlosigkeiten zu setzen, von denen die Schrift wimmelt. Aber die Annahme liegt nahe genug, dass er — nachdem er, Zeuge *auctor ad Herennium*, in seiner Vorlage die *leges* an dieser Stelle erwähnt gefunden hatte — mit den angeführten Worten nur auf die in der Schrift an anderer Stelle enthaltene Besprechung der *leges* verweisen wollte. Dafür spricht, dass er die *leges* an den Schluss gesetzt hat, während sie beim *Auctor ad Herennium* die zweite Stelle einnehmen, dass er auf die anderen Quellen in ausführlicher

¹³⁾ *De invent.* II, 68.

Weise eingeht, während er sich hier auf einige nichtssagende Worte beschränkt.

Die Schrift, *de inventione* ist aber deswegen für die hier behandelte Frage von so grosser Bedeutung, weil sich aus ihr ergibt, dass der junge Cicero auf die sachlich so gebotene Vereinigung des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt, die er in den späteren rhetorischen Schriften und seine Nachfolger in der That vorgenommen haben,¹⁴⁾ gar nicht verfallen ist. Wie tief muss bei ihm die Idee eingewurzelt sein, *ius civile* sei ausschliesslich ungeschriebenes Recht, wie ferne war es ihm gelegen, die *leges* als Unterart des *ius civile* zu betrachten.

J. 3, 13, 1:

(*Obligationes*) *civiles sunt quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt . . .*

Diese Stelle ist, wie Wlassak mit Recht annimmt, klassischen Ursprungs; in einem anderen Zusammenhange sollen Gründe dafür angeführt werden. Ihr Sinn ist vollständig klar: *obligationes civiles* entstehen entweder als *legibus constitutae*, oder mindestens als *iure civili comprobatae*. Das *ius civile*, dessen blosse Billigung (*comprobatae*!) einen Rechtsgrund für die Entstehung der *obligationes civiles* abgibt, kann doch wohl kein anderes sein, als das Recht, *quod sine scripto venit, compositum a prudentibus*.

Paulus IV, 8, 20 = *Coll.* XVI, 3, 20.

Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas [consanguinearum] successiones non admittuntur: idque [id quod] iure civili Vocaniana ratione videtur effectum.

Die Annahme, Paulus hätte mit den Worten, *iure civili Vocaniana ratione videtur effectum* hervorheben wollen, die Beschränkung des Frauenerbrechts gehöre dem *ius civile*, nicht dem *ius honorarium* an — eine billige Weisheit, die man Paulus eigentlich gar nicht ansinnen sollte —, ist wohl ganz ausgeschlossen: in dem ganzen achten Titel des vierten Buches der *Sententiae*, dem diese Stelle entnommen ist, wird das prätorische Recht gar nicht berücksichtigt, Paulus hatte daher

¹⁴⁾ Darüber Voigt, *Ius naturale* IV S. 347.

gar keinen Anlass darauf hinzuweisen, dass gerade diese Bestimmung nicht prätorisches Recht sei. Ueberdies wäre der Ausdruck *iure civili* . . . *videtur effectum* ebenso ungewöhnlich als unpassend, wenn es sich nur darum handeln würde, welchem Rechtsgebiet die Beschränkung angehöre, nicht wie sie bewirkt worden sei. Die Quellen gebrauchen, wo es ihnen nur darum zu thun ist, eine Bestimmung dem civilen oder prätorischen Rechte zuzuweisen, nie eine Wendung dieser Art; sie sagen immer nur: *iure civili*, *iure honorario*. Was unter dem *ius civile*, von dem hier die Rede ist, zu verstehen sei, ist aber aus anderen Quellen bekannt:

J. 3, 2, 3, 3a:

Quod ad feminas vero ita placebat, ut ipsae consanguinitatis iure tantum capiant hereditatem, si sorores sint, ulterius non capiant . . . Et haec quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, sed . . . omnes adgnatas sive masculos sive feminas cuiuscumque gradus ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat: media autem iurisprudencia . . . subtilitate quadam excogitata praefatam differentiam inducebat . . .

Auch für Paulus ist also das, was die *media iuris prudentia* festgestellt hatte das *ius quod sine scripto venit*, *compositum a prudentibus*, wie für Pomponius *ius civile*.

Ueberdies mögen hier noch folgende Stellen erwähnt werden:

Cicero, *De legibus* II, 52, 53:

Placuit P. Scaevolae et Ti. Coruncanio pontificibus maximis, itemque ceteris, qui tantundem caperent, quantum omnes heredes, sacris adligari. Habeo ius pontificium. Quid huic accessit ex iure civili? Partitionis caput scriptum caute, ut centum nummi deducerentur: inventa est ratio cur pecunia sacrorum molestia liberaretur . . . Hoc vero nihil ad pontificium ius, sed e medio est iure civili, ut per aes et libram heredem testamenti solvant et eodem loco res sit, quasi ea pecunia legata non esset, si is, cui legatum est, stipulatus est id ipsum, quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur, sique ea non adligata sacris.

Ius civile werden hier die von den Juristen erfundenen Winkelzüge genannt, um dem Vermächtnisnehmer die Abschüttlung der sakralen Lasten zu ermöglichen. Wo der Aus-

druck aber in dieser Bedeutung gebraucht wird, kann er sich jedenfalls nur auf den Wirkungskreis der Juristen beziehen, und das eigentliche positive Recht unmöglich umfassen.

Cicero, *De partitione oratoria* 100:

. . . quarum causarum genus est positum in iure civili, quod est in privatarum [et publicarum] rerum lege aut more positum.

In lege aut more positum kann wohl nur bedeuten: es beruhe auf Gesetz oder Sitte, nicht aber es bestehe in Gesetz oder (?) Sitte. Auf Gesetz beruht das *ius civile*, das als blosse *interpretatio* erscheint, auf der Sitte das eigentliche Gewohnheitsrecht. Diese Auslegung der Stelle ist allerdings nicht die einzige mögliche. Es empfiehlt sich wohl eher, den Ausdruck *privatarum rerum lex* im weitesten Sinne zu nehmen, darunter alle geschriebenen Rechtsquellen, und die Willenserklärungen der Parteien zu verstehen. Dann hat aber die Wendung hier allerdings keinen technischen Wert.

D. 28, 5, 75 (*Licinnius Rufinus libro secundo regularum*):

Si quis ita institutus fuerit „excepto fundo, excepto usufructu heres esto“, perinde erit iure civili, atque si sine ea re institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est.

Man könnte auch hier daran denken, *Licinnius Rufinus* habe mit den Worten *perinde erit iure civili* andeuten wollen, dass es sich um Civilrecht, nicht um prätorisches Recht handle. Er hatte aber gar keinen Anlass dieses hervorzuheben. Im Zusammenhange mit anderen Zeugnissen ist es wohl zweifellos, dass er damit die Regel als dem *ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus* angehörend kennzeichnen wollte. Der Ausdruck: *idque auctoritate Galli Aquilii factum est* erinnert offenbar an das oben angeführte Paulinische: *idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum*: das spricht dafür, dass die Wendung einigermassen technisch war, wenn es sich um die durch das *ius quod sine scripto venit compositum a prudentibus* festgesetzten Regeln handelte.

Endlich mag der Bericht des *Suetonius* über die kodifikatorischen Pläne *Cäsars* angeführt werden.

Suet., Julius Caesar 44:

. . . ius civile ad certum modum redigere, atque ex immensa

diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros.

Wenn nicht alles trägt, so liegt hier der erste Keim des Gedankens vor, der später noch mehrmals aufgenommen, bis er von Justinian unter so ganz veränderten Umständen verwirklicht worden ist. Dass Cäsar nicht nur die *leges* sondern auch das sonstige Recht kodifizieren wollte, sagt Sueton mit dürren Worten: dieses „sonstige Recht“, das *ius civile* genannt wird, konnte aber nur das Juristenrecht sein, da es kaum möglich sein dürfte, das prätorische Recht darunter zu verstehen.

All das dürfte wohl ein neues Licht auf die Aeusserung des hier aus einer guten alten Quelle schöpfenden Boëthius werfen.

Boëthius, *In Top.* p. 321 Or.:

Iuris peritorum auctoritas est eorum, qui ex XII tabulis vel ex edictis magistratum ius civile interpretati sunt, probatae civium iudiciis creditaque sententiae.

Schon dieses dass *ius civile* auch dem Edikte entnommen werden könne, macht es wohl unmöglich, hier irgendwie an das *ius civile* im Sinne der herrschenden Lehre zu denken, und zwingt geradezu, an den Bericht des Pomponius anzuknüpfen, den Satz dahin zu verstehen, *ius civile* sei nicht Gegenstand, sondern Ergebnis der *interpretatio* gewesen: *probatae civium iudiciis creditaque sententiae*. Es dürfte aber wohl auch zweifellos sein, dass Boëthius hier eine Vorlage aus republikanischer Zeit vor sich hatte: seit Augustus legte man auf Erteilung des *ius respondendi*, nicht auf die *civium iudicia* Wert. Auch hätte ein Schriftsteller der Kaiserzeit neben den XII Tafeln und dem Edikt wohl noch die *senatus consulta* und *constitutiones* genannt.

Es mag zugegeben werden, dass die hier vertretene Auffassung der drei oder vier letztgenannten Stellen nicht die einzig mögliche ist; aber sie ist die einzige, bei der ihre Fassung klar und natürlich erscheint, während sie sonst überall schief und gezwungen wäre. Unter diesen Umständen ist es gewiss methodologisch gerechtfertigt, die im Enchiridionbruchstück enthaltene Begriffsbestimmung bei der Auslegung der bereits angeführten Stellen und bei den weiteren Erörterungen zur Grundlage zu nehmen.

II.

Das *proprium ius civile* im Verhältnisse zu anderen Rechtsquellen.

Im Enchiridionsbruchstück wird das *proprium ius civile*, *quod sine scripto venit compositum a prudentibus* scharf unterschieden von dem eigentlichen positiven Recht, den *leges*, *plebiscita*, *edicta magistratum*, *senatusconsulta*, *constitutiones principales*. Diese Angabe wird schon in den angeführten Stellen vielfach bestätigt: Cicero brachte in der Schrift *de officiis* eine Bestimmung der XII Tafeln zu einer Vorschrift des *ius civile* in Gegensatz, und die Institutionen setzen die *obligationes civiles legibus constitutae* den *iure civili comprobatae* entgegen. Es fehlt aber auch an anderweitigen Belegen nicht. Hierbei mag von denen abgesehen werden, die sich auf den bekannten Gegensatz des Rechts der *edicta magistratum*, des sogenannten *ius honorarium*, zum *ius civile* beziehen; sie sollen in einem anderen Zusammenhange besprochen werden.

Zunächst sei auf die, zumal bei Cicero sehr häufige, Wendung *ius civile et leges*: hingewiesen:

Cicero, *De legibus* I, 56:

Praeclare, frater, iam nunc a te verba usurpantur civilis iuris et legum...

Cicero, *De orat.* I, 159:

...perdiscendum ius civile cognoscendae leges...

Cicero, *De orat.* I, 193:

...sive quem haec Aeliana studia delectant, plurima est et in omni iure civili, et in pontificum libris et in XII tabulis antiquitatis effigies... sive quem praepotens ista et gloriosa philosophia delectat — dicam audacius — hosce habet fontis omnium disputationum suarum quae iure civili et legibus continentur...

Cicero, *Orator* 120:

Quid est enim turpius, quam legitimarum et civitium controversiarum patrocinia suscipere, cum sis legum et civilis iuris ignarus.

Cic., *De orat.* I, 40:

Equidem . . . memoria teneo . . . et C. ipsum Carbonem, quem tu adulescentulus perculisti, ignarum legum, hesitantem in maiorum institutis, rudem in iure civili . . .

Cic., *Phil.* IX, 10, 11:

Nec enim ille [Serv. Sulpicius] magis iuris consultus quam iustitiae fuit, ita ea, quae proficiscebantur a legibus et ab iure civili semper ad facilitatem aequitatemque referebat . . .

Seneca, *De benef.* II, 20, 2:

Aut existimavit [Brutus] civitatem in priorem formam posse revocari amissis pristinis moribus, futurumque ibi aequalitatem civilis iuris et staturas suo loco leges ubi viderat tot milia hominum pugnancia, non an servirent sed utri?

Man könnte immerhin einwenden, dass hier eine pleonastische Ausdrucksweise vorliegen mag; aber es ist gewiss nicht wahrscheinlich, dass Cicero so häufig in einen ganz bedeutungslosen Pleonasmus verfallen wäre. Der Wortlaut selbst weist in keiner Stelle auf einen Pleonasmus hin und schliesst ihn mindestens in der der Schrift *Orator* § 120 entnommenen Stelle geradezu aus, wo *legum et iuris civilis ignarus* dem *legitimarum et civilium controversiarum patrocinia* entspricht. Bezeichnend ist die Ausdrucksweise Ciceros: *perdiscendum ius civile, cognoscendae leges; ignarum legum, rudem in iure civili.*

Cic., *De off.* I, 51:

Ac latissime quidem patens hominibus inter ipsos, omnibus inter omnes societas haec est, in qua omnium rerum, quas ad communem hominum usum natura genuit, est servanda communitas, ut, quae discripta sunt legibus et iure civili, haec ita teneantur, ut est constitutum legibus ipsis, cetera sic observentur, ut in Graccorum proverbio est „amicorum esse communia omnia“ . . .

Quae discripta sunt legibus et iure civili, haec ita teneantur, ut est constitutum legibus ipsis — das ist wohl so zu verstehen: eine Bestimmung mag in den *leges* oder im *ius civile* enthalten sein, sie ist jedenfalls so zu beobachten, wie es in den Gesetzen vorgeschrieben ist. Welchen Sinn die Stelle aber auch immer haben mag, ein Pleonasmus ist hier wohl ganz ausgeschlossen, denn

zwischen den Bestimmungen der *leges* und des *ius civile* wird genau unterschieden. Cicero wollte vielleicht die Macht der Juristen eingeschränkt wissen, deren *interpretatio* (= *ius civile*) nicht über den Sinn der Gesetze hinausgehen dürfe.

Cicero, *De off.* III, 69:

Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi, neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est . . .

Die Stelle schliesst sich an die bereits im vorigen Abschnitt angeführte an, die die durch die Juristen eingeführte *reticentiae poena* behandelte: es gebe doch noch Listen, die von der Sitte nicht gebrandmarkt, *neque aut lege aut iure civili* verworfen werden. Ein Pleonasmus ist schon angesichts der trennenden Fassung (*aut lege aut iure civili*) gewiss nicht anzunehmen.

Die Wendung *leges et ius civile*, bei Cicero noch recht häufig, verschwindet ganz bei späteren Schriftstellern und in den Digesten: wohl deswegen, weil *leges et ius civile*, seit dem Aufkommen der *senatusconsulta* und der *constitutiones* mit Gesetzeskraft, nicht mehr das ganze geltende Recht umfassten. Die grosse praktische Bedeutung des Edikts, die zu Ciceros Zeit niemand mehr entgehen konnte, war jedenfalls noch zu neu, um einen althergebrachten Ausdruck zu verdrängen; in der Kaiserzeit mag auch sie sich geltend gemacht haben.

Schwerer noch als das alles fällt es in die Wagschale, dass die Vorschriften des *ius civile* von den klassischen Juristen, zumal von Gaius, aber selbst noch von Ulpian und Paulus, schlechthin den *leges, senatusconsulta* und *constitutiones* gegenübergestellt werden:

1. den *leges*:

Gaius II, 110:

Praeterea permissum est iis [militibus] et peregrinos et Latinos instituere heredes vel iis legare; cum alioquin peregrini quidem ratione civili prohibeantur capere hereditatem legataque, Latini vero per legem Iuniam . . .

Gaius II, 206:

Quod autem diximus deficientis portionem in per damnationem quidem legato in hereditate retineri in per vindicationem vero colle-

gatario aderescere, admonendi sumus, ante legem Papiam hoc iure civili ita fuisse; post legem vero Papiam deficientis portio caduca fit. . . .

D. 16, 3, 31, pr. (Tryphoninus libro nono disputationum):

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.

D. 24, 2, 11, pr. (Ulpianus libro tertio ad legem Iuliam et Papiam):

Quod ait lex: „Divortii faciendi potestas libertae, quae nupta est patrono, ne esto“ non infectum videtur effecisse divortium, quod iure civili dissolvere debet matrimonium.

Ulpian XVII, 1:

Quod quis sibi testamento relictum ita, ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non cēperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo.

Ulpianus XXII, 19:

Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sint, possumus instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascantur ex iure civili, si quidem viventibus nobis ex lege Iunia.

Ulpianus XXV, 12, 13:

Si duobus eadem res per vindicationem legata sit . . . iure civili concursu partes fiebant, non concurrente altero pars eius alteri adcrecebat: sed post legem Papiam Poppaeam non capientis pars caduca fit. Si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem coniunctim, singulis partes debentur et non capientis pars iure civili in hereditate remanebat, nunc autem caduca fit . . .

2. den senatusconsulta.

Gaius II, 197, 198:

Sed sane hoc ita est iure civili. Postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum

est, ut si eam rem quisque legaverit, quae eius nunquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset . . . Sed si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant non solum iure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatusconsulto confirmari . . .

Gaius II, 218:

Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum, adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex senatusconsulto Neroniano posse convalescere: nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valeant . . . Sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu senatusconsulto confirmari legatum; nam ex verbis etiam hoc casu accidere ut iure civili inutile sit legatum . . .

Gaius II, 220:

Itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum, sed ex senatusconsulto confirmabitur . . .

D. 28, 6, 38, 3 (Paulus, libro singulari de secundis tabulis):

Si a patre institutus rogatusve hereditatem restituere coactus ex fideicommissario adierit . . . secundas tamen tabulas non oportere resuscitari destituto iam iure civili testamento Quintus Cervidius Scaevola noster dicebat . . .

Ulpian XXIV, 26, 27:

Ususfructus legari potest iure civili earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas . . . Senatusconsulto cautum est, ut etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur . . . ususfructus legatus sit, legatario res tradantur, cautionibus interpositis de restituendis eis, cum ususfructus ad legatarium pertinere desierit.

Gaius II, 253, 255:

Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulis senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut, si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae iure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta est hereditas . . . Ergo, si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hereditas,

et in utrumque actiones pro rata parte dantur, in heredem quidem iure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano.

D. 36, 1, 41 (Paulus, libro vicesimo ad edictum):

Quamvis senatus de his actionibus transferendis loquitur, quae iure civili heredi et in heredem competunt. . .

Die Worte des Senatusconsults lassen wohl keinen Zweifel darüber, dass der Uebergang der *actiones* nach *ius civile* im Gegensatz zu dem durch das Senatusconsult verordneten gemeint ist. Die Regelung des Uebergangs der *actiones* darf man, wie unten dargethan werden wird, ganz wohl auf das Juristenrecht zurückführen, trotz des Zwölftafelsatzes, an den die *interpretatio* zunächst angeknüpft haben mag.

3. den *constitutiones*.

D. 35, 1, 33, pr. (Marcianus, libro sexto institutionum):

Falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet. . . et hoc ita iuris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est. . .

D. 28, 6, 43, pr. (Paulus, libro nono quaestionum):

. . . voluntatem principis inspicientibus potest dici eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius eius in eadem valetudine perseverasset, ut quemadmodum iure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita princeps imitatus sit ius in eo, qui propter infirmitatem non potest testari. . .

D. 50, 16, 10 (Ulpianus, libro sexto ad edictum):

„Creditores“ accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione, vel honorario vel extraordinario. . .¹⁾

Auch mag in:

D. 37, 14, 17, pr. (Ulpianus, libro undecimo ad l. Iuliam et Papiam)

Divi fratres haec verba rescripserunt: . . . sed et Volusius Maecianus, amicus noster [Vir Clarissimus] et iuris civilis praeter veterem et bene fundatam peritiam anxie diligens religione rescripti nostri ductus sit, ut coram nobis adfirmarit, non arbitratum se aliter respondere debere.

¹⁾ Vergl. dazu allerdings: Wlassak, Krit. Studien S. 71 ff.

das *iuris civilis anxie diligens* der *religio rescripti nostri* gegenübergestellt worden sein.

Diese Stellen wurden schon von Wlassak²⁾ und anderen bemerkt, Wlassak sucht aber die Schwierigkeit zu beseitigen, indem er meint, es liege ihnen schwerlich ein tieferer Gedanke zu Grunde, als der einer Vergleichung von jüngerem und älterem Rechte, wie sie schriftstellernde Juristen, jeder vom Standpunkte seiner Zeit aus, nicht ungerne anstellten. Wären aber die *leges, senatusconsulta, constitutiones* selbst *ius civile*, so wäre es doch merkwürdig, dass das zur Vergleichung mit ihnen herbeigezogene ältere Recht mit dem in einem ganz anderen Sinne gebrauchten technischen Ausdrucke *ius civile* bezeichnet wird. Eine nachlässige Ausdrucksweise könnte immerhin das eine oder das anderemal angenommen werden; dass aber Schriftsteller wie Gaius oder Ulpian einen technischen Ausdruck zu wiederholtenmalen in solch missverständlicher Weise gebraucht haben sollten, dass dieses selbst in amtliche Verlautbarungen, wie das *Sc. Neronianum* und *Tertullianum*, gedrungen wäre, ist doch gewiss nicht wahrscheinlich: jedenfalls liegt dem, der das behauptet, die Beweislast ob. In Wirklichkeit geben aber die Stellen nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür, dass es sich bloss um Gegenüberstellung des älteren und neueren Rechts handle: dass manchmal statt *ius civile* auch *ius antiquum* oder *ius vetus* gesagt wird, beweist selbstverständlich gar nichts, denn auch nach der hier vertretenen Ansicht ist *ius civile* zumeist *ius antiquum*; aber daraus ergibt sich doch nicht, dass es nichts anderes sei, als *ius antiquum*.

Um diese Annahme zu widerlegen, genügt es vielleicht nebeneinanderzustellen:

Ulpian XXIV, 26, 27:

Ususfructus legari potest iure civili earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas. . . Senatusconsulto cautum est, ut, etiamsi earum rerum, quae in abusu continentur. . . ususfructus legatus sit, legatario res tradatur. . .

J. 2, 4, 2:

Constituatur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus,

²⁾ Krit. Studien, S. 68. — So schon Puchta, *Instit.* § 73 A. a.

verum etiam in servis et iumentis ceterisque rebus, exceptis his, quae ipso usu consumuntur; nam eae neque naturali ratione, neque civili recipiunt usum fructum... sed utilitatis causa senatus censuit posse etiam earum rerum usum fructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur.

Die Institutionenstelle ist zweifellos klassischen Ursprungs, sie entspricht der Form und dem Inhalte nach ganz der Ulpianstelle, und ihr *ratione civili* heisst offenbar nichts anderes als *iure civili* bei Ulpian. Und doch wäre es ganz unmöglich, es etwa durch *ratione iuris antiqui* zu ersetzen, denn es galt in dieser Beziehung in Rom zu allen Zeiten dieselbe *ratio iuris civilis*. Die Institutionenstelle setzt also offenbar das *ius civile* als solches, nicht etwa als *ius antiquum*, dem Rechte des Senatusconsults entgegen.

Noch überzeugender ist folgende Nebeneinanderstellung:
Gaius II, 196, 197:

Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt... Sed sane hoc ita est iure civili. Postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est...

Gaius II, 128, 129:

Ceterae vero liberorum personae vel feminini sexus vel masculini satis inter ceteros exheredantur... Sed hoc ita est iure civili. Nam praetor omnes virilis sexus liberorum personas...

In der ersten Stelle soll Gaius *ius civile* missbräuchlich anstatt *ius antiquum* gesagt, in der zweiten das eigentliche *ius civile*, im Gegensatze zum *ius honorarium* im Sinne gehabt haben. Aber es ist aus den Stellen, man darf wohl sagen, auch mit der Lupe nicht zu entnehmen, warum das *ius civile* darin eine so grundverschiedene Bedeutung haben sollte.

Geht man auf den Inhalt der Stellen ein, so ergibt sich, dass in keiner einzigen von einer Vorschrift des positiven Rechts die Rede ist, — soweit es sich feststellen lässt, handelt es sich überall nur um Vorschriften des Juristenrechts, des *ius quod sine scripto venit, compositum a prudentibus*. Dieses, nicht das *ius antiquum* schlechthin, insbesondere nicht das alte *ius legitimum*, wird den *leges, senatusconsulta, constitutiones* entgegengesetzt, ebenso wie es Cicero, *De officiis* III, 69 und *De orat.*

I, 193 dem Zwölftafelrecht entgegengesetzt hatte. An sich wird daher zwischen *ius civile* einerseits und den *leges, senatusconsulta, constitutiones* andererseits gerade so unterschieden, wie anderwärts zwischen *ius civile* und *ius honorarium*, — die Gründe, die dazu geführt haben, in der severischen Zeit den Gegensatz zwischen *ius civile* und *ius honorarium* in ganz anderer Weise auszugestalten, können hier noch nicht dargelegt werden.

III.

Die Abgrenzung und der Inhalt des *proprium ius civile*.

Eine eingehendere Prüfung der Quellen zeigt, dass das *ius civile* nicht bloss ein durch seine Entstehungsart gekennzeichnetes, sondern auch ein gegenständlich abgegrenztes Recht war. Das *ius civile* ist vor allem negativ abgegrenzt, insofern gewisse Rechtsgebiete nicht zum *ius civile* gezählt werden, ohne Rücksicht auf die Entstehungsart der Rechtsregeln; das *ius civile* hat aber auch einen bestimmten, positiven Inhalt: es gehören ihm nur Vorschriften an, die bestimmte Materien regeln.

Zunächst ist es zweifellos, dass das *ius sacrum, ius publicum* und das Recht der *iudicia publica* dem *ius civile* nicht angehören. Das ergibt sich

1. für das *ius sacrum* aus:

Cicero, *De oratore* I, 193:

... sive quem haec Aeliana studia delectant, plurima est et in omni iure civili et in pontificium libris et in XII tabulis antiquitatis effigies;

Cicero, *Cato maior* 50:

... Quid de P. Licinii Crassi et pontificii et civilis studio loquar?

Cicero, *Cato maior* 38:

... ius augurium, pontificium, civile tracto...

Cicero, *Brutus* 230:

... cum ex eo ius nostrum pontificium, qua ex parte um iure civili coniunctum esset, vellem cognoscere.

Cicero, *De leg.* II, 52:

Hoc ego loco multisque aliis, quaero a vobis Scaevolae, pontifices maximi et homines meo quidem iudicio acutissimi, quid sit, quod ad ius pontificium civile adpetatis? civilis enim iuris scientia pontificium quodammodo tollitis...

2. für das *ius publicum*:

Cicero, *De leg.* I, 14:

Atticus: ... sed iam ordine explicare, quaeso de iure civili quid sentias? M.: Egone? summos fuisse in civitate nostra viros, qui id interpretari populo et responsitare soliti sint, sed eos magna professos in parvis esse versatos. Quid enim est tantum quantum ius civitatis?...

3. für das *ius publicum* und das Recht der *iudicia publica*:

Cicero, *De orat.* I, 201:

... ut in rerum privatarum causis atque iudiciis depromenda saepe oratio est ex iure civili et idcirco ut ante diximus oratori iuris civilis scientia necessaria est, sic in causis publicis iudiciorum, contionum, senatus, omnis haec et antiquitatis memoria et publici iuris auctoritas et regendae reipublicae ratio ac scientia tamquam aliqua materies eis oratoribus, qui versantur in re publica subiecta esse debent...

Zur Bestimmung des positiven Inhalts des *ius civile* geben die Schriften Ciceros ebenfalls genügende Anhaltspunkte: es ist das Recht, das die Juristen in Privatangelegenheiten zur Anwendung bringen, das *in iure* vor dem Prätor und bei Abfassung von Rechtsgeschäften zur Geltung kommt, also nur das Juristenrecht, das sich auf diesen Gebieten entwickelt hat:

Cic., *De off.* II, 65:

Nam in iure cavere, [consilio iurare] atque hoc scientiae genere prodesse quam plurimis vehementer et ad opes augendos pertinet et ad gratiam. Itaque cum multa praeclara maiorum, tum quod optime constituti iuris civilis, summo semper in honore fuit cognitio atque interpretatio.

Cicero, *De legibus* I, 14, 17:

... sed hoc civile [ius] quod vocant, eatenus exercuerunt quoad populo praestare voluerunt; id autem ut cognitione tenue

est ita usu necessarium. Quam ob rem quo me vocas et ad quid hortaris? ut libellos conficiam de stillicidiis aut de parietum iure? an ut stipulationum aut iudiciorum formulas componam? ... Non enim id quaerimus hoc sermone, Pomponi, quemadmodum caveamus in iure aut quid de quaque consultatione respondeamus. Sit ista res magna sicut est, ... sed nobis ita complectenda in hac disputatione tota causa est universi iuris ac legum, ut hoc civile quod dicimus in parvum quendam et angustum locum concludatur.¹⁾

Wie aus diesen Stellen hervorgeht, sind dem *ius civile* beizuzählen: 1. die solemnen Spruchformeln und Formularien der Rechtsgeschäfte. Dieses bringt folgende Stelle zum Ausdruck, deren erschöpfende Würdigung erst in einem anderen Zusammenhange möglich ist:

Gaius II, 65:

Ergo ex his quae diximus apparet quaedam naturali iure alienari... quaedam civili, nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.

Die Stelle bildet den Schlüssel zu:

Varro, *De R. R.* II, 1, 9:

Quarta pars est de iure in parando, quemadmodum quamque pecudem emi oporteat civili iure.

Bekanntlich gibt Varro bei der Besprechung der verschiedenen Arten der landwirtschaftlichen Haustiere und Sklaven auch die Vertragsformularien an, nach denen sie gehandelt werden. Darauf bezieht sich diese *quarta pars*.

Varro, *De R. R.* II, 10, 4:

In emptionibus dominum legitimum sex fere res efficiunt... si ut debuit mancipio ab eo accepit a quo iure civili potuit...

Festus, P. 58:

Censui censendo agri proprie apellantur, qui et emi et venire iure civili possunt.

¹⁾ Vergl. auch: Cic., *De orat.* I, 212:

... si autem quaeretur, quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset...

/: ad Varro
p. 25

Cicero, *P. Flacco* 80:

... *illud quaero, sintne ista praedia censui censendo, habeant ius civile, sint necne sint mancipi, subsignari apud aerarium aut apud censorem possint?*

Ulpian XXV, 1:

Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur...

D. 28, 6, 7 (Papinianus, *libro sexto responsorum*):

Verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum frustra fieri convenit.

Vielleicht gehört hierher noch folgendes:

Den Antrag auf Erlassung einer *lex agraria* bekämpfend, wonach beschlossen werden sollte: *quae post Marium et Carbonem consules data, donata, concessa, vendita, possessa sunt, ea omnia eo iure sint, ut quae optimo iure privata sunt, bemerkt in Bezug auf das possessa*

Cicero, *De lege agr.* III, 11:

... *etiamne si vi deiecit? etiamne si clam, si precario venit in possessionem? ergo hac lege ius civile, causae possessionem, praetorum interdicta tolluntur.*

Unter *ius civile, causae possessionum* dürfte der durch Rechtsgeschäfte *iuris civilis* begründete Rechtserwerb zu verstehen sein.

Jedenfalls muss hier noch auf die bereits angeführte Stelle aus Ciceros Schrift *De legibus* II, 52, 53 hingewiesen werden, in der die von den Juristen erfundenen Winkelzüge, wie durch entsprechende Fassung des Testaments, Abschluss von Rechtsgeschäften, den sakralen Lasten zu entgehen, *ius civile* genannt werden.

Dem *ius civile* gehört ferner an

2. das Recht, nach dem die Prozesse vor dem Prätor (*in iure*) geführt und nach dem diese Prozesse entschieden werden. Dieses wird vor allem in einigen allgemeinen Begriffsbestimmungen des *ius civile* hervorgehoben:

Cicero, *Topica* 5:

Ius civile est aequitas constituta eis, qui eiusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas.

Cicero, *De orat.* I, 188:

Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio...

Lactantius, *Instit.* I, 1²) (der vielleicht aus einer alten Quelle schöpft):

Et si quidem arbitri aequitatis institutiones iuris civilis compositas ediderunt, quibus civium dissidentium lites contentionesque sopirent...

Damit vollständig übereinstimmend setzt Cicero an den vielen Stellen seiner Schriften, zumal der rhetorischen, in denen er von der Notwendigkeit des *ius civile* für den Redner handelt, immer nur den Sachwalter in Privatangelegenheiten voraus:

Cicero, *Oratori* 120:

Orator ius civile teneat, quo egent causae forenses quotidie.

Cicero, *Brutus* 322:

Dicam de ceteris quorum nemo erat, ... nemo qui ius civile didicisset, rem ad privatas causas et oratoris prudentiam maxime necessariam.

Cicero, *De partitione oratoria* 99, 100:

Atque etiam ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio cum aut silve actio illi qui agit, aut iamne sit aut num iam esse desierit aut illane lege, hisne verbis sit actio quaeritur; quae etiamsi antequam res in iudicium venit aut contestata aut diiudicata aut confecta [non] sunt, tamen in ipsis iudiciis permagnum saepe habent pondus, cum ita dicitur: „plus petisti; sero petisti; non fuit tua petitio; non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc iudicio.“ Quarum causarum genus est positum in iure civili, quod est in privatarum [ac publicarum] rerum lege aut more positum; cuius scientia neglecta ab oratoribus plerisque nobis ad dicendum necessaria videtur.

Die schlecht beglaubigten Worte *ac publicarum* werden mit Recht gestrichen, da der ganze Zusammenhang beweist, dass es sich nur um *res privatae* handeln könne.

²) Angeführt von Ferrini, *Z. Sav. St.* XXVIII S. 350.

Ausserordentlich belehrend ist die lange Auseinandersetzung bei Cicero, *De oratore*. Der Redner Crassus, den Cicero redend anführt, verbreitet sich über die Notwendigkeit der Rechtskenntnisse für den Redner; er spricht zunächst von seiner Thätigkeit als Rechtsanwalt und verurteilt die Redner auf das schärfste, die die *iuris civilis scientia* vernachlässigt haben:

Cicero, *De orat.* I, 167, 201:

Atque non deficit illis patronis . . . eloquentia neque dicendi ratio et copia, sed iuris civilis scientia: quod alter plus lege agendo petebat quam quantum lex in XII tabulis permiserat, quod cum impetrasset, causa caderet, alter iniquum putabat plus secum agi, quam quod erat in actione, neque intellegebat, si ita esset actum causam adversarium perditurum . . .

. . . hic (Antonius) nobis sit exceptus; ceteros vero non dubitabo, primum inertiae condemnare sententia mea, post etiam impudentiae; nam volitare in foro, haerere in iure ac praetorum tribunalibus, iudicia privata magnarum rerum obire, in quibus saepe non de facto sed de aequitate ac iure vertetur, iactare se in causis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, adluionum, circumluionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillidiorum, testamentorum (ruptorum aut ratorum) ceterarumque rerum innumerabilium iura versantur, cum omnino, quid suum, quid alienum, qua re denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit, ignoret, insignis est impudentiae . . .

Quod, si ne parvae quidem causae sunt, sed saepe maximae, in quibus certatur de iure civili, quod tandem os est eius patroni, qui ad eas causas sine ulla scientia iuris audet accedere? quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis, de cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius venisset, et pater eius re credita testamentum mutasset, et, quem ei visum esset, fecisset heredem, essetque ipse mortuus, res delata est ad centum viros, cum miles domum revenisset, egissetque lege in hereditatem paternam, quaesitumque est, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim? quid? qua de re inter Marcellos et Claudios patricios centum viri iudicarunt, cum Marcelli ab liberti filio stirpe, Claudii patricii eiusdem hominis hereditatem gente ad se dicerent rediisse, nonne in ea causa fuit

oratoribus de toto stirpis et gentilitatis iure dicendum? quid? quod item in centumvirali iudicio certatum esse accepimus, cum Romam in exilium venisset, cui Romae exulare ius esset, si se ad aliquem patronum applicavisset, intestatoque esset mortuus, nonne in ea causa ius applicationis obscurum sane et ignotum patefactum in iudicio atque illustratum sit a patrono? . . . Quid vero? Clarissima M' Curii causa Marciique Coponii nuper apud centum viros quo concursu hominum, qua exspectatione defensa est? . . . num destitit uterque nostrum in ea causa in auctoritatibus, in exemplis, in testamentorum formulis, hoc est in medio iure civili versari?

Zum Schlusse dieser Ausführungen findet sich die bereits angeführte Stelle:

Cicero, *De orat.* I, 201:

Iam illa non longam orationem desiderant, quam ob rem existimem publica quoque iura, quae sunt propria civitatis atque imperii nota esse debere; nam ut in rerum privatarum causis atque iudiciis depromenda saepe oratio est ex iure civili et idcirco, ut ante diximus oratori iuris civilis scientia necessaria est, sic in causis publicis iudiciorum, contionum senatus omnis haec et antiquitatis memoria et publici iuris auctoritas et regendae reipublicae ratio ac scientia tamquam aliqua materies eis oratoribus, qui versantur in re publica, subiecta esse debent . . .

Es ist hier ein ziemlich reichhaltiges Verzeichnis der Angelegenheiten erhalten, für die der Redner des *ius civile* bedarf, und der Angelegenheiten, für die andere Rechtskenntnisse in Betracht kommen. Es ergibt sich daraus: der Redner bedarf des *ius civile*, wenn er als Sachwalter in Rechtsstreitigkeiten auftritt, selbst wenn es sich um Fragen der *gentilitas* und *applicatio* handelt; er bedarf des *ius civile* nicht, wohl aber des *ius publicum*: in causis publicis iudiciorum, contionum, senatus.

Eine Stelle aus den Ausführungen des Crassus soll noch besonders hervorgehoben werden:

Cicero, *De oratore* 181, 182, 183:

Capitis nostri saepe potest accidere ut causae versantur in iure: etenim, si C. Mancinum nobilissimum atque optimum virum atque consularem, cum eum propter invidiam Numanтини foederis pater patratum ex SC. Numantinis dedidisset, eumque

illi non recepissent posteaque Mancinus domum revenisset neque in senatum introire dubitasset, P. Rutilius, M. filius, iussit educi, quod eum civem negaret esse, quia memoria sic esset proditum, quem pater suus aut populus vendidisset aut pater patratu dedidisset, ei nullum esse postliminium, quam possumus reperire ex omnibus civilibus causam contentionemque maiorem, [quam de ordinanda civitate, de libertate, de capite hominis consularis] praesertim cum haec non in crimine aliquo, quod ille possit infitiri, sed in civili iure consisteret. Similique in genere, si quis apud nos servisset ex populo foederato seseque liberasset, et postea domum revenisset, quaesitum est apud maiores nostros, num is ad suos postliminio redisset, et amisisset hanc civitatem. Quid? de libertate, quo iudicium gravius nullum esse potest, nonne ex iure civili potest esse contentio, cum quaeritur is, qui domini voluntate census sit, continuone an ubi lustrum sit conditum, liber sit?

Wie bereits hervorgehoben worden ist, beruht nach Ciceros Rede *P. Caecina* der Verlust der Freiheit infolge der *editio* an den Feind, Verkaufs des Stellungsflüchtigen und des *incensus* auf dem *ius civile*; damit stimmt es vollständig überein, dass Cicero hier ausführt, auf Grund des *ius civile* könne auch *de libertate, de capite civis* entschieden werden. Das ist aber nicht etwa die Regel: Cicero stellt das bloss als etwas ganz Merkwürdiges hin, das immerhin vorkommen kann: *potest accidere, potest esse contentio*. Wann gehören aber derartige Angelegenheiten in das Geltungsgebiet des *ius civile*? An sich läge es gewiss näher, sie dem *ius publicum* zuzuweisen, zumal die Sache des C. Mancinus, die mit der Frage des Sitzes im Senate in Zusammenhang gebracht worden ist. Die Antwort auf diese Frage ist aus der Stelle selbst zu entnehmen: *capitis nostri saepe potest accidere ut causae versantur in iure . . . praesertim cum id non in crimine aliquo sed in civili iure consisteret . . . nonne ex iure civili potest esse contentio?* Mit dem Gegensatze: *in crimine — ex iure civili* will Cicero allerdings zunächst aus dem Gegensatz von That- und Rechtsfrage zum Ausdruck bringen: aber es kann wohl nicht zweifelhaft sein, dass im Sinne dieser Aeusserung eine *ex iure civili contentio* nur möglich war, wenn die *causa* nicht in *crimine aliquo* bestand, sondern im gewöhnlichen Streitverfahren zu entscheiden war.

Freilich bleibt noch vieles zweifelhaft. So ist zunächst ein Streitverfahren (Statusprozess?) über die *civitas* nicht unmittelbar bezeugt. Trotzdem lässt es sich kaum bezweifeln, dass es bestand, wenn es auch in der Rechtsübung schon früh durch die *quaestio de civitate*, die ja auch nur ein geschärftes Streitverfahren war (*iudicium publicum rei privatae*) verdrängt worden sein mag. Insbesondere lässt die Ausdrucksweise Ciceros keinen Zweifel darüber übrig, dass die Sache des C. Mancinus „*non in crimine aliquo quod ille possit infitiri*“ sondern im Streitverfahren zu erledigen war. Es ist auch nicht abzusehen, wie diese Fragen sonst vor Einführung der *Quaestio* hätten entschieden werden können, denn die Eintragung in die Censurliste war doch keine Entscheidung.³⁾ Daher war das Recht, das den Prozessen über das Bürgerrecht zu Grunde lag, *ius civile* und es blieb auch *ius civile*, nachdem diese Prozesse abgekommen sind. So erklärt sich wohl auch:

Cicero, *P. Balbo* 28:

*Duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest.*⁴⁾

Auffallend ist es auch, dass Cicero den gewöhnlichen Freiheitsprozess nicht erwähnt, sondern nur den Fall, dass bei der *manumissio censu* gefragt wird, wann die Freiheit erworben worden sei: sofort oder mit Vollziehung des *lustrum*? Der Grund liegt wohl darin, dass es Cicero nur darum zu thun war, eine schwierige Rechtsfrage zu nennen, die im Freiheitsprozesse zur Entscheidung kommen könnte, um zu zeigen, wie sehr auch hier die Kenntnis des *ius civile* notwendig sei. Nicht für den Freiheitsprozess als solchen, wo es in der Regel nur auf die Thatfrage ankommt, sondern für die Lösung der Rechtsfrage ist *ius civile* erforderlich.

Die Bemerkung aus Anlass einer letztwillig (fideikommissarisch?) gewährten Freiheit:

D. 40, 5, 53 (Marcian):

. . . quatenus libertas non privata sed publica res est . . . betrifft wohl den Fall, dass darüber *extra ordinem* entschieden wurde.

³⁾ Cicero, *P. Archia* 11.

⁴⁾ Vergl. auch Cicero, *P. Caecina* 100.

Alle diese Stellen beziehen sich allerdings nur auf die republikanische Zeit. In den ziemlich zahlreichen Begriffsbestimmungen des *ius civile*, die der Kaiserzeit angehören, wird dessen nie ausdrücklich gedacht, dass es nur bestimmte Rechtsgebiete umfasse, und das könnte den Gedanken nahe legen, die Beschränkungen seien später fallen gelassen worden. Aber auch die Begriffsbestimmung Ciceros (*Topica* 5) hebt die Beschränkung des Geltungsgebiets nicht ausdrücklich hervor, sondern setzt sie gewissermassen als selbstverständlich voraus, und in derselben Weise wird sie noch vorausgesetzt von Ulpian:

D. 1, 1, 1, 2 (Ulpianus, *l. primo institutionum*):

... *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* . . . *privatum ius triperlitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.*

Die *praecepta civilia* gehören daher ausschliesslich dem *ius privatum* an, im *ius publicum* sind sie nicht enthalten. Dass Ulpian nicht etwa, wie oft angenommen worden ist, sagen wollte, das ganze *ius publicum* sei *ius civile*, soll an anderer Stelle dargethan werden.

Schwerer vielleicht noch als die Ulpianstelle fällt es ins Gewicht, dass in der ganzen Ueberlieferung eine Bestimmung des *ius publicum*, *ius sacrum* oder eine Bestimmung über die *iudicia publica* nicht ein einziges Mal als dem *ius civile* angehörend bezeichnet wird. Entscheidend dürfte es aber sein, dass die Schriften der Juristen über das *ius civile* das *ius publicum*, *ius sacrum* und das Recht der *iudicia publica* nicht behandelt haben. Das gilt von den Werken über das *ius civile* des Qu. Mucius, Sabinus, Cassius, von den Schriften des Pomponius, Gaius und Laelius Felix *ad Qu. Mucium* — die in Gellius *Noctes* enthaltenen drei Bruchstücke des Laelius, die von den Comitien handeln, gehören, wie Lenel mit Recht annimmt, dem Abschnitte über die Testamente an — und von den Sabinuserläuterungen von Pomponius, Ulpian und Paulus. Alle diese Werke beschäftigen sich ausschliesslich mit solchen Gegenständen, die auch im Sinne Ciceros dem *ius civile* angehören.⁵⁾

⁵⁾ Vergl. darüber P. Krüger, Quellen S. 47 A. 7, S. 131.

Ebenso verhält es sich mit den Institutionen von Gaius, Ulpian, Paulus (? vgl. Ferrini *Dir. pen. p. 3*), Callistratus. In den Institutionen Justinians, die immerhin Aufschluss über den Inhalt der Schriften geben dürften, die ihnen als Grundlage dienten, ist der letzte Titel, *de publicis iudiciis*, wie aus dem Schlusssatze hervorgeht, nur aus pädagogischen Gründen äusserlich angehängt worden. Nur Marcian, der ja überhaupt häufig seine eigenen Wege geht, zieht auch in seinen Institutionen das *ius publicum* und die *iudicia publica* heran. All das beruht offenbar nur darauf, dass alle diese Schriften nur das behandeln wollten, was noch in der Kaiserzeit unter *ius civile* verstanden worden ist; dass insbesondere auch die Institutionen, bis auf die Marcianischen, nur eine Einleitung in das *ius civile* zu geben sich als Aufgabe gesetzt hatten. Die Schriften dagegen, die den Titel *Digesta* trugen, wollten sich nicht auf die Darstellung des *ius civile* beschränken, wenigstens die von Marcellus und wohl auch die von Scaevola nicht: sie handelten daher auch von den *iudicia publica*; die *Sententiae* des Paulus, wie die Institutionenwerke für Anfänger bestimmt, gingen über den herkömmlichen Inhalt der Institutionen anstandslos hinaus. Es kann daher kaum einem Zweifel unterliegen, dass das *ius civile* auch in der Kaiserzeit einen ebenso beschränkten Inhalt wie zur Zeit Ciceros hatte.

Der Zusammenhang des *ius civile* mit der *interpretatio* und der *disputatio fori* ist nunmehr wohl nach allen Richtungen hin klar. *Ius civile* ist das Recht, das der Thätigkeit der Juristen zu Grunde liegt, also dem *cavere, respondere, agere*, — und wieder aus dieser Thätigkeit hervorgeht. Das *ius civile* reicht daher so weit, wie der Wirkungskreis der Juristen: es ist die rechtliche Uebung bei Abschluss der Rechtsgeschäfte (*cavere*), bei der Führung und Entscheidung der Civilprozesse (*agere, respondere*). Ueber das Recht des *cavere, respondere, agere* hinaus gibt es kein Recht, das *ius civile* wäre.

IV.

Das Geltungsgebiet des *proprium ius civile*.

Was versteht Pomponius unter *ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit, quod sine scripto venit*

compositum a prudentibus? Ist es das eigentliche Gewohnheitsrecht, das sich in Rom wie anderwärts hauptsächlich unter dem Einflusse der Juristen entwickelt? Ist es das eigentliche Juristenrecht, die vielen Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln, die ausschliesslich der Thätigkeit der Juristen ihre Entstehung verdanken? Ist es die Theorie des Rechts, die Rechtswissenschaft, ohne Unterschied ob sie wirklich rechtsbildend oder nur rechtsentwickelnd, ob sie Hebamme oder Wöchnerin ist? Zweifellos ist es zunächst, dass *ius civile* bei allen Schriftstellern seit Cicero in der Regel sowohl den praktischen als auch jenen theoretischen Rechtsbetrieb bedeutet, der sich auf Privatangelegenheiten der Bürger bezieht, auf die *legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*. So ist insbesondere bei Cicero *ius civile*: Rechtsstudium¹⁾ und Rechtsbeistandschaft²⁾ die respondierende³⁾ und die wissenschaftliche⁴⁾ Thätigkeit der Juristen. Auf dieser Doppeldeutigkeit des Ausdrucks beruht das Wortspiel des Crassus bei

Cicero, *De orat.* I, 170:

Equidem propinquum nostrum P. Crassum . . . praecipue in hoc efferendum et laudandum puto, quod, cum P. Scaevolae frater esset, solitus est ei persaepe dicere, neque illum in iure civili satis facere posse nisi dicendi copiam adsumpserit, . . . neque se ante causas amicorum tractare atque agere coepisse, quam ius civile didicisset.

Diese Bedeutung hat der Ausdruck zweifellos in folgenden Stellen:

D. 1, 3, 24 (Celsus, *l. nono digestorum*):

In civile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita indicare vel respondere;

D. 50, 17, 202 (Javolenus, *l. undecimo epistularum*):

Omnis definitio in iure civili periculosa est;

D. 19, 5, 3 (Julianus, *libro quarto decimo digestorum*):

¹⁾ Cic., *De orat.* I, 40; 159; III, 135, *Brutus* 306, *P. Murena* 19, 23; *Famil.* VII, 11.

²⁾ Cic., *De invent.* II, 67; *De orat.* I, 40; *P. Murena* 22.

³⁾ Cic., *De orat.* I, 39.

⁴⁾ Cic., *De orat.* I, 170, 197, 250.

Quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt;

D. 48, 20, 7, *pr.* (Paulus, *libro singulari de portionibus*):

Cum ratio naturalis quasi lex quaedam tacita liberis parentium hereditatem addiceret, . . . propter quod et in iure civili (= Rechtswissenschaft, wie in der vorgehenden Stelle) suorum heredum nomen eis indictum est . . .

Schon an anderer Stelle ist die Ausdrucksweise Ciceros hervorgehoben worden: *ignarum legum, rudem in iure civili; perdiscendum ius civile, cognoscendae leges.* (Cicero *de orgl.* I, 159.) Ganz unbefangen behandelt Cicero hier die *leges* als Gegenstand blosser Kenntniss, *ius civile* als Gegenstand wissenschaftlichen Studiums. So erklären sich auch viele stehenden Wendungen. *Ius civile discere* heisst nicht: das Recht lernen, sondern die Rechtswissenschaften erlernen, *iuris civilis scientia*⁵⁾ ist nicht Kenntniss des Rechts, sondern Kenntniss der Rechtswissenschaft. Daneben kommt *iuris civilis disciplina* nur einmal⁶⁾ vor. *Iuris civilis peritus, peritissimus* — Gellius hat auch: *ius civile callentem*⁷⁾ — bedeutet nicht rechtskundig, sondern kundig der Rechtswissenschaft, und zwar selbst der ausländischen, — wohl eine schneidende Widerlegung der Ansicht, unter *ius civile* sei zunächst das Recht der Römer zu verstehen:

Cornelius Nepos, *Cimon* 2, 1:

Habebat (Cimon) . . . magnam prudentiam cum iuris civilis tum rei militaris.

Es ist wohl überflüssig hervorzuheben, dass *iuris civilis scientia*, *iuris civilis peritus* sich mit allen Teilen des Rechts befassen, soweit es *res causaeque civium* betrifft, also auch mit den *leges* und mit dem prätorischen Rechte. Die *leges* und das *edictum* waren nicht *ius civile*, wohl aber die Lehre und die Darstellung des Rechts mit Bezug auf dieselben.⁸⁾ Boëthius hebt das, wie bereits bemerkt worden ist, zweifellos nach einer republikanischen Vorlage, ausdrücklich hervor:

⁵⁾ Zum letztenmal: *Nov. Theod.* 1, *pr.*

⁶⁾ Cic., *De orat.* I, 180.

⁷⁾ Gellius XVI, 10.

⁸⁾ Vergl. jetzt auch v. Velsen, *Z. Sav. St.* XXI, 133 ff.

Boethius, *In Top. p. 321 Or.*:

Iuris peritorum auctoritas est eorum, qui ex XII tabulis vel ex edictis magistratum ius civile interpretati sunt, probatae civium iudicii, creditaque sententiae.

Damit stimmt die vielbesprochene Thatsache vollständig überein, dass die Schriften der Juristen die *ius civile* enthielten, seit jeher auch das prätorische Recht behandelt haben. Das *ius gentium* wurde vielleicht erst in der Kaiserzeit als solches Gegenstand der wissenschaftlichen Betrachtung.⁹⁾ Bis dahin mussten Sätze des *ius gentium* zunächst formell als *ius civile* anerkannt werden.

Ebenso ist der Ausdruck *ius civile* schon früh zur Bezeichnung der schriftstellerischen Arbeiten der Juristen verwendet worden: schon in der ältesten beglaubigten Ueberlieferung, die sich darauf bezieht, kommt er in dieser Bedeutung vor, in dem Bruchtitel *ius civile Flavianum*. Später findet sich diese Form nur in dem, vielleicht mit Absicht altertümelnden *ius civile Papirianum*; sonst sagt man anstatt dessen: *commentarii iuris civilis*¹⁰⁾ ein Buchtitel, den wahrscheinlich zuerst der jüngere Cato¹¹⁾ und *libri iuris civilis* — den vielleicht, nach der Annahme von Mommsen, zuerst Brutus gebraucht hat. *Ius civile* ist hier das Werk selbst, nicht dessen Inhalt; ebenso sagen wir heute: Lehrbuch des Privatrechts, denn auch hier ist Lehrbuch das Werk, nicht dessen Inhalt. Einen Beweis dafür, dass *ius civile* hier so zu verstehen ist, bilden die viel erörterten Wendungen des Enchiridionbruchstücks, die nur verständlich sind, wenn man diesen Sinn dem *ius civile* unterlegt:

D. 1, 2, 2, 39; 40 (Pomponius, libro singulari enchiridii):

Post hoc fuerunt P. Mucius et Brutus et Manilius, qui funderunt ius civile... Post hos Qu. Mucius, Publii filius, pontifex maximus, ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo...

In dieser Bedeutung wiederholt sich der Ausdruck im Enchiridionbruchstück

⁹⁾ Bremer *Jurispr. Antehadr.* II, 2 S. XIX.

¹⁰⁾ Festus 154 M.

¹¹⁾ Krüger, Quellen S. 55.

D. 1, 2, 2, 43 (Pomponius, ibidem):

... ea velut contumelia Servius tactus operam dedit iuri civili.

D. 1, 2, 2, 46 (Pomponius, ibidem):

... fuit autem patricius et transit a causis agendis ad ius civile und kommt noch vor bei

Cicero, *De orat.* II, 142:

... est enim, ne forte nescias, heri nobis ille hoc, Catule, pollicitus, ius civile, quod nunc diffusum et dissipatum esset, in certa genera coacturum et ad artem facilem redacturum...

Diese Wendungen des Enchiridionbruchstücks sind mit ein Beweis für das hohe Alter dieses Teils des Werkes, denn in dieser Ausprägung finden wir das *ius civile* sonst nicht in unserer, im wesentlichen einer viel späteren Zeit angehörenden Ueberlieferung. Es scheint sich hier ein, wenn auch geringfügiger, Bedeutungswechsel vollzogen zu haben. Aber wenn auch nicht Rechtswissenschaft als solche, so ist noch bei den Juristen der Kaiserzeit *ius civile* im technischen Sinne in der Regel Juristenrecht. Zwei wichtige hierher gehörende Stellen, von Licinius Rufinus (*D. 28, 5, 75*) und Paulus (*IV, 8, 20*) wurden bereits angeführt. Dass die *regula iuris civilis*¹²⁾ eine Regel nicht des positiven Rechts, sondern des Juristenrechts ist, wird wohl allgemein anerkannt.¹³⁾ Dasselbe gilt von *argumentum iuris civilis*, *ratio iuris civilis*, und von den wohl gleichbedeutenden *ratio civilis*, *constitutio civilis*:

D. 41, 1, 34 (Ulpian, libro quarto de censibus):

Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis iuris civilis comprobatum est;

D. 47, 1, 1, pr. (Ulpian, libro quadragensimo primo ad Sabinum):

Civilis constitutio est, poenalibus actionibus heredes non teneri, nec ceteros quidem successores;

Gaius I, 158:

Sed agnationis quidem ius capitis deminutione perimitur, cognationis vero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest;

¹²⁾ *D. 2, 14, 28, pr.*; *26, 8, 1, pr.*; *28, 1, 4*; *28, 1, 13, 1*; *29, 1, 17, 4*; Gaius II, 114; Ulpian XXIV, 16.

¹³⁾ Vergl. Jörs, Röm. Rechtsw. I S. 290 ff.

Gaius II, 110:

Cum alioquin peregrini quidem ratione civili prohibeantur capere hereditatem legataque;

Gaius III, 153:

Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civile ratione capitis deminutio morti coaequatur;

D. 4, 5, 8 (Gaius, libro quarto ad edictum provinciale):

Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest;

D. 35, 1, 33, pr. (Marcian, libro sexto institutionum):

Falsa demonstratio neque legatario neque fideicommissario nocet neque heredi instituto: . . . et hoc ita iuris civilis ratione et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est;

Ulpian XXIV, 16:

Post mortem heredis legari non potest, ne ab heredis heredi legari videatur, quod iuris civilis ratio non patitur.

Ausser diesen stehenden Wendungen kommen die Stellen in Betracht, wo hergebrachte Rechtsregeln ohne gesetzliche Grundlage unmittelbar auf das *ius civile* zurückgeführt werden:

D. 41, 3, 23, pr. (Javolenus, libro nono epistularum):

Quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur;

D. 1, 5, 26 (Julian, l. sexagesimo nono digestorum):

Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse;

D. 9, 2, 51, 2 (Julian, libro octagesimo sexto digestorum):

Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareat cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt . . . Quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet, longe absurdius constitui, neutrum lege Aquilia teneri, aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat, nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. Multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest: unum interim posuisse contentus ero.

D. 35, 1, 24 (Julianus, libro quinquagesimo quinto digestorum,

fast gleichlautend Ulpianus, libro septuagesimo septimo ad edictum D. 50, 17, 161):

Iure civili receptum est¹⁴⁾ quotiens per eum, cuius interest condicionem impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset;

Gaius II, 206:

Quod autem diximus deficientis portionem in per damnationem quidem legato in hereditate retineri, in per vindicationem vero collegatario adcrecere, admonendi sumus, ante legem Papiam hoc iure civili ita fuisse . . .

Gaius II, 196:

Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt. Sed eas quidem res quae pondere, numero, mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris, veluti vinum oleum, frumentum pecuniam numeratam. Ceteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium esse debere, id est et quo faceret testamentum et quo moreretur; alioquin inutile est legatum. Sed sane hoc ita est iure civili . . .

Gaius II, 216—218:

Per praeceptionem hoc modo legamus: L. Titius hominem Stichum praecipito. Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset . . . adeo ut Sabinus existimaverit, ne quidem ex senatusconsulto Neroniano posse convallescere: nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur. Sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum; nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, veluti per vindicationem, per damnationem, sinendi modo . . .

D. 46, 3, 53 (Gaius, libro quinto ad edictum provinciale):

Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere.

¹⁴⁾ Vergl. Gaius I, 150: *In persona tamen uxoris quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio . . .*

D. 18, 1, 67 (Pomponius, libro trigensimo nono ad Qu. Mucium):

Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quae esset futura, si apud nos ea res mansisset, idque toto iure civili ita se habet, [praeterquam si aliquid nominatim aliter sit constitutum. Lenel].

D. 10, 4, 19 (Paulus, libro quarto epitomarum Alfeni):

Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhiberentur, quas exhiberi magni eius interesset. Respondit non oportere ius civile calumniari neque verba captari...

D. 28, 6, 38, 3 (Paulus, libro singulari de secundis tabulis):

Si a patre institutus, rogatusque hereditatem restituere coactus ex [Pegasiano a L.] fideicommissario adierit... secundas tamen tabulas non oportere resuscitari destituto iam iure civili testamento Quintus Cervidius Scaevola noster dicebat...

Ulpian XVII, 1:

Quod quis sibi testamento relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo: verbi gratia si caelibis vel Latino Iuniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel caelebs legi paruerit vel Latinus ius Quiritium consecutus sit: aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit vel peregeri factus sit.

Ulpian XXII, 19:

Eos qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure civili, si vero viventibus nobis, ex lege Iunia.

Ulpian XXIV, 12, 13:

Si duobus eadem res per vindicationem legata sit... iure civili concursu partes fiebant, non concurrente altero pars eius alteri adcrecebat... si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem coniunctim, singulis partes debentur et non capientis pars iure civili in hereditate remanebat.

Donat., Andr. 46, 5 (angeführt von Pernice, Z. Sav. St. 19, 145, A. 4):

(Iure civili) cavetur ne quis rem actam apud iudicem repetat.

Hierher sind wohl auch zu setzen folgende Stellen, deren Zusammenhang nicht klar ist:

D. 50, 17, 79 (Papinian, libro trigensimo secundo quaestionum):

Fraudis interpretatio semper in iure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur.

Ulpian XXV, 1:

Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquuntur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquuntis.

D. 50, 16, 49 (Ulpian, l. quinquagensimo nono ad edictum):

Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est.

Dass es sich in allen diesen Stellen ausschliesslich um Grundsätze des Juristenrechts handelt, und dass diese es überall sind, die als *ius civile* bezeichnet werden, ist wohl kaum möglich zu verkennen.

Das Gewohnheitsrecht im engeren Sinne wurde zwar nicht von den Juristen geschaffen, aber anerkannt, ausgestaltet, vielfach auch formuliert; überdies haben die Schriften der Juristen zweifellos als Mittel zur Erkenntnis und Ueberlieferung des Gewohnheitsrechts gegolten. Die Grenze zwischen Juristenrecht und Gewohnheitsrecht schwankte wohl seit jeher und es ist nicht anzunehmen, dass sich die Römer über den Unterschied je ganz im klaren gewesen wären. Es ist daher gewiss an sich nicht unwahrscheinlich, dass sie auch das eigentliche Gewohnheitsrecht als *ius civile* bezeichnet hätten. Dass dieses in der That der Fall war, ergibt sich vor allem daraus, dass sie alle Rechtseinrichtungen, deren gewohnheitsrechtliche Entstehung bezeugt ist, und eine Reihe von Rechtseinrichtungen, deren gewohnheitsrechtliche Entstehung zwar nicht bezeugt, aber jedenfalls wahrscheinlich ist, zum *ius civile* zählten.

Pernice meint,¹⁵⁾ nur bei drei rein privatrechtlichen Verhältnissen sei die gewohnheitsrechtliche Entstehung sicher anzunehmen: beim Verbot der Ehe zwischen nahen Verwandten, Zulässigkeit der Pupillarsubstitution, Ungültigkeit der Schenkung unter Eheleuten. Brie zählt hierher auch noch, wohl mit Recht, das Erfordernis der *tutoris auctoritas* für Verpflichtungen der Unmündigen.¹⁶⁾ Alle diese Rechtsverhältnisse werden in

¹⁵⁾ Z. Sav. St. XX S. 151.

¹⁶⁾ Brie, Lehre vom Gewohnheitsrecht I S. 37 A. 25.

der Ueberlieferung in derselben Weise und in demselben Sinne als *iuris civilis* bezeichnet, wie dieses sonst bei Juristenrecht geschieht:

1. Verbot der Ehe zwischen nahen Verwandten:

Paulus II, 19, 3 = *Coll.* 6, 3, 1:

Inter parentes et liberos iure civili matrimonia contrahi non possunt . . .

2. Zulässigkeit der Pupillarsubstitution:

Cicero, *Brutus* 194—197:

Qua re quis ex populo, cum Qn. Scaevolam pro M. Coponio dicentem audiret in ea causa de qua ante dixi, quicquam politius aut elegantius aut omnino melius aut exspectaret aut posse fieri putaret? Cum is hoc probare vellet M. Curium, cum ita heres institutus esset, si pupillus ante mortuus esset, quam in suam tutelam venisset, pupillo non nato heredem esse non posse quid ille non dixit de testamentorum iure? de antiquis formulis? . . . quam omnino multa de conservando iure civili.

D. 28, 6, 43, pr. (Paulus, libro nono quaesitorum):

. . . quemadmodum iure civili pubertate finitur pupillare testamentum . . .

3. Das Erfordernis der *tutoris auctoritas* für Verpflichtungen der Unmündigen:

D. 44, 7, 43 (Paulus, libro septuagensimo secundo ad edictum):

Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur iure civili.

4. Die Ungültigkeit der Schenkungen zwischen Eheleuten an nicht weniger als zehn Stellen:

D. 24, 1, 3, 12 (Ulpian, libro trigesimo secundo ad Sabinum):

Sed si debitorem suum ei solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius debitorque liberetur. Et Celsus libro quinto decimo digestorum scribit, videndum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummōs factos mariti non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret . . .

D. 23, 3, 5, 9 (Ulpian, libro trigensimo primo ad Sabinum):

Hoc et in matre iuris esse ait, si forte sub ea condicione uxor marito det, ut pro filia genero in dotem daret, nec videri uxorem

marito donasse rectissime ergo ait, ut non sit interdicta donatio iure civili¹⁷⁾ non enim ad hoc dedit, ut ipse habeat . . .

D. 24, 1, 5, 18 (Ulpian, libro trigesimo secundo ad Sabinum):

In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur . . .

D. 23, 4, 5, 1 (Paulus, libro septimo ad Sabinum):

Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas vel amotas ageretur [retineretur L.] quia altero pacto ad furandum mulieres incitantur, altero ius civile impugnatur.

D. 41, 2, 1, 4 (Paulus, libro quinquagensimo quarto ad edictum):

Si vir uxori cedat possessione donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari iure civili non potest.

D. 24, 1, 26 (Paulus, libro septimo ad Sabinum):

Si eum, qui mihi vendiderit, iusserim eam rem uxori meae donationis causa dare et is possessionem iussu meo tradiderit, liberatus erit, quia, licet illa iure civili possidere non intellegatur, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat . . .

Vat. Fr. 96 (Paulus, libro septimo responsorum):

Die nuptiarum vir virgini optulit munus et duxit eam. Quaero de donatione. Paulus respondit, si ante nuptias uxori futurae situlus argenteus traditus est, donationem perfectam videri; quod si post nuptias donatio intercessit, ius civile donationem impedisse.

C. 5, 16, 4 (Imp. Alexander):

Nec inter eas quidem personas, quarum iure subiecti sunt vir et uxor, quire in eorum potestate sunt, donationes iure civili fieri possunt.

C. 5, 16, 20 (Impp. Diocletian et Maximian 294):

. . . cum tam ea quae simulate aguntur quam quae in uxorem a marito donationis causa tempore matrimonii procedunt, propter iuris civilis interdictum (cum proponas uxorem superstite marito rebus humanis exemptam) pro infectis habeantur . . .

Mit der letzten Stelle ist zu vergleichen ein Reskript

¹⁷⁾ Aus unten anzuführenden Gründen dürfte *rectissime* — *civili* nicht, wie Lenel glaubt, wenigstens nicht zur Gänge Glossem sein.

derselben Kaiser, das sich auf das Veräusserungsverbot der *praedia rustica* bezieht: obwohl das Reskript in der Ausdrucksweise ähnlich und in den entscheidenden Worten fast gleichlautend ist, daher wohl von demselben Verfasser herrührt, ist doch bei diesem auf Gesetzesrecht beruhenden Verbote nicht von einem *propter iuris civilis interdictum*, sondern nur von einem *propter iuris interdictum* die Rede:

C. 5, 71, 8 (*Impp. Diocletian et Maximian 285*):

Praedia rustica, quae contra senatus consultum donata esse ante nuptias sponsaliorum nomine precum tuarum confessio ostendit, cum proprietas ad te propter iuris interdictum transire non potuerit, in dominio mariti permansisse palam est.

Noch in einer Konstitution des fünften Jahrhunderts wird das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten dem *ius civile* beigezählt:

C. 5, 9, 6, pr. (*Impp. Leo et Anthemius 472*):

... si ... pater vel mater ad secunda vel tertia aut ulterius repetiti matrimonii rota migraverit, non sit ei licitum novercae seu vitrico testamento vel sine scriptura ... plus relinquere, nec dotis aut ante nuptias donationis nomine seu mortis causa habita donatione conferre nec inter vivos conscribendis donationibus (quae etsi constante matrimonio civili iure interdictae sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent), quam filio vel filiae si unus vel una extiterit ...

Auf Gewohnheitsrecht beruht wahrscheinlich auch das Testament, die Ehe, die Ehescheidung, die Adoption, die Wassergerechtigkeiten. Die rechtliche Regelung dieser Verhältnisse wird ebenfalls mit mehr oder weniger bestimmten Worten dem *ius civile* beigezählt. Vom Testament und der Ehe wird an anderer Stelle die Rede sein. In betreff der übrigen genannten Rechtsverhältnisse geschieht dieses in folgenden Stellen:

D. 24, 2, 11, pr. (*Ulpian, Libro tertio ad l. Juliam et Papiam*):

Quod ait lex: „divortii faciendi potestas libertae, quae nupta est patrono, ne esto“, non infectum videtur effecisse divortium, quod iure civili dissolvere debet matrimonium.

D. 1, 7, 27 (*Julian, libro octagesimo quinto digestorum*):

Ex adoptivo natus adoptivi locum optinet in iure civili.

C. 8, 47, 1 (*Imp. Gordianus 239*):

Hi, qui in aliena sunt potestate, iuxta ius civile non nisi apud eum, apud quem plena legis actio est, adoptari possunt.

C. 4, 19, 14 (*Impp. Diocletian et Maximian 294*):

Non nudis adservationibus nec ementita professione, licet utrique consentiant, sed matrimonio legitimo concepti vel adoptione solemnium filii iure civili patri constituuntur.

D. 43, 20, 1, 7 (*Ulpian, libro septuagesimo ad edictum*):

Haec interdicta de aqua, item de fonte ad eam aquam pertinere videntur, quae a capite ducitur, non aliunde: harum enim aquarum etiam servitus iure civili constitui potest.

Die vorstehende Zusammenstellung des *Materiales* gestattet wohl den Schluss, dass die Römer die Theorie des Rechts, das in den Schriften der Juristen anerkannte Gewohnheitsrecht und das von den Juristen geschaffene Juristenrecht ohne jede Unterscheidung *ius civile* genannt haben. Dagegen heisst positives Gesetzesrecht nie *ius civile*. Welcher gewaltige Anteil an der Grösse des römischen Rechts der römischen Jurisprudenz zufällt, das übersieht man wohl erst, wenn man sich vergegenwärtigt, was alles den Römern als *ius civile* erschien.

V.

Legitimus und civilis.

Es ist gewiss an sich nicht unwahrscheinlich, dass die Römer *legitimus* und *civilis* einander in demselben Sinne wie *leges* und *ius civile* entgegengesetzten: so dass *legitimus* in der technischen Sprache, wie übrigens allgemein zugegeben wird, das auf einer *lex* (genauer: auf irgend einer *lex*) *civilis* das auf dem *proprium ius civile* Beruhende bedeuten würde. In der That werden *lex* und *legitimus, civilis* und *ius civile* einander gegenübergestellt in der bereits gewürdigten Stelle:

Cicero, *Orator* 120:

Quid est enim turpius quam legitimarum et civilium causarum patrocinia suscipere cum sis legis et iuris civilis ignarus?

Dieser sorgfältige Sprachgebrauch ist in der Kaiserzeit insofern abgekommen, als aus Gründen, die an anderer Stelle

ausgeführt werden sollen, der Ausdruck *civilis* sehr häufig sowohl das auf einer *lex* Beruhende als auch das auf dem *ius civile* Beruhende umfasst. Es fehlt jedoch nicht an Stellen, aus denen hervorgeht, dass die Juristen der Kaiserzeit sich der Zwischlächigkeit des Ausdrucks immer bewusst gewesen sind:

D. 16, 3, 31, pr. (Tryphomius, *libro nono disputationum*):

Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat; sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoris? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sunt? Si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt.

Verhältnismässig sicher ist die Entwicklung des Sprachgebrauchs in der erbrechtlichen Terminologie nachweisbar. Während im allgemeinen in unserer, im wesentlichen der spätern Kaiserzeit angehörenden Ueberlieferung das Erbrecht *iure civili* sowohl das Erbrecht des Intestaterben als auch das Erbrecht des Testamentserben bedeutet, wird noch von Gaius zweimal der Testamentserbe als *heres iure civili* dem Intestaterben als *heres iure legitimo* geradezu entgegengesetzt:

Gaius II, 148, 149:

Itaque qui secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non iure factae sint, aut iure factae postea ruptae vel irritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem optinere, habebunt bonorum possessionem cum re, si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re. Nam si quis heres iure civili institutus sit vel ex primo vel ex posteriore testamento, vel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avocare; si vero nemo sit alius iure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt, nec ullum ius adversus eos habent cognati, qui legitimo iure deficiuntur.

Gaius III, 36, 37:

Nam si verbi gratia iure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod iure civili heres sit,

nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem . . . Idem iuris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem contentus legitimo iure . . .

Die scharfe Entgegenstellung des *heres iure civili* und *heres legitimo iure* kann nicht auf einem Zufall beruhen. Es verschlägt dabei nichts, dass an anderen Stellen Gaius diesen Unterschied nicht mehr macht, und auch den *heres iure legitimo* als *heres iure civili* bezeichnet: denn eben darin liegt der Beweis, dass der Sprachgebrauch zu verschiedenen Zeiten verschieden war. Das Institutionenwerk ist, wie schon Wlassak hervorgehoben hat, zweifellos nach einer mit späteren Zusätzen versehenen, vielleicht noch aus der republikanischen Zeit herrührenden Vorlage gearbeitet; die verschiedenen Zeitaltern angehörenden Stellen weisen daher auch eine verschiedene Ausdrucksweise auf. Dass der Testamentserbe gewissermassen technisch *heres iure civili* genannt wird, ist aber sehr leicht verständlich: wie das Intestaterbrecht auf den zwölf Tafeln, so beruhte das *testamentum per aes et libram*, ein Werk der römischen Jurisprudenz¹⁾ auf dem *ius civile*. Die technische Bezeichnung des Testamentserben als *heres iure civili* findet sich noch bei Papinian²⁾ und Paulus.³⁾

Dieses Ergebnis wird noch durch eine andere Erscheinung bestätigt. So oft die Römer *heres legitimus* dem *bonorum possessor, hereditas legitima* der *bonorum possessio* entgegensetzen, haben sie immer das gesetzliche Erbrecht, nicht das auf anderen Quellen beruhende Erbrecht im Sinne:

D. 29, 7, 3, pr. (Julian, l. Trigensimo nono digestorum):

Si quis, cum testamentum nullum habebat, codicillis fideicommissa hoc modo dedit: „quisquis mihi heres erit bonorumve possessor, eius fidei committo“ fideicommissa praestari debent, quia paterfamilias, qui testamenti factionem habet et codicilla faceret, perinde haberi debet, ac si omnes heredes eius essent, ad quos legitima eius hereditas vel bonorum possessio perventura esset.

¹⁾ Karlowa, R. RG. II S. 853.

²⁾ D. 31, 69, pr.; 37, 5, 22.

³⁾ D. 17, 23, 2.

D. 29, 4, 1, 9 (Ulpian, *libro quinquagesimo ad edictum*):

Non quaerimus, qui praetermissa causa testamenti ab intestato hereditatem possideant, utrum iure legitimo possideant an non... totiens igitur edictum praetoris locum habebit, quotiens aut quasi heres legitimus possidet aut quia bonorum possessionem accipit ab intestato, aut si forte quasi praedo possideat hereditatem, fingens sibi aliquem titulum ab intestato possessionis. . . .

D. 36, 1, 6, 1 (Ulpian, *libro quarto fideicommissorum*):

Sed est verius, eoque iure utimur, ut hoc senatus consultum (scil. Pegasianum) ad intestatos quoque pertineat, sive legitimi sive honorarii sint successores.

D. 37, 1, 6, 1 (Paulus, *libro quadragesimo primo ad edictum*):

Bonorum possessionis beneficium multiplex est: nam quaedam bonorum possessiones competunt contra voluntatem, quaedam secundum voluntatem defunctorum, nec non ab intestato habentibus ius legitimum vel non habentibus propter capitis diminutionem, quamvis enim iure civili deficient liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor.

D. 37, 4, 11, 1 (Paulus, *libro quadragensimo primo ad edictum*):

Exemplo iuris legitimi et bonorum possessio contra tabulas distribuitur: igitur nepotes ex uno filio unam partem habebunt.

C. 5, 9, 1, 4 (Imppp. Gratianus, Valentinianus, Theodosius):

Eandem quoque mulierem infamem redditam hereditates ab intestato vel legitimas vel honorarias non ultra tertium gradum sinimus vindicare.

I. 2, 23, 10:

Praeterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo iure vel honorario pertinere intellegit.

Dieser Sprachgebrauch wäre kaum möglich, wenn die Römer nicht die *hereditas iure civili*, die sie der *bonorum possessio* entgegensetzen, immer als einen zwieschlächtigen Begriff behandelt hätten, in dem *hereditas legitima* und *hereditas iure civili* im engeren Sinne enthalten seien.

Dieselbe Erscheinung wiederholt sich im Aktionenrechte.

Alle *actiones (obligationes)*, sie mögen durch *leges* oder durch *proprium ius civile* begründet sein, heissen in der Ueberlieferung der severischen Zeit *actiones civiles*: es mangelt aber nicht an Beweisen, dass die Römer sich ihrer doppelten Wurzel stets bewusst geblieben sind:

I. 3, 13, 1:

[Obligationes] civiles sunt quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt;

I. 4, 6, 3:

Sed istae quidem actiones, quarum mentionem habuimus, et si quae sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt . . .

Die letzte Stelle, obwohl in ihrer heutigen Form jedenfalls justinianisch, beruht doch, wie später dargethan werden soll, sehr wahrscheinlich auf einer älteren Ueberlieferung.

Beide Institutionenstellen geben die Auffassung wieder, die unsere Ueberlieferung beherrscht und die der heutigen Lehre vom Gegensatze der *actiones civiles* und *honorariae* zur Grundlage dient. Trotz des Standes der Ueberlieferung ist es aber doch nicht gang unmöglich in ihr ältere Schichten zu unterscheiden, und für die Terminologie des Aktionenrechts eine ähnliche Entwicklung wie für die des Erbrechts darzuthun.

Nachweisbar ist es zunächst, dass in unserer Ueberlieferung den *actiones honorariae* nicht immer *actiones civiles* sondern auch *actiones legitimae* und *actiones iuris civilis* entgegengesetzt werden: dann ist aber unter *ius legitimum* immer das auf den *leges* beruhende Recht zu verstehen.

Die *actiones legitimae* werden den *actiones honorariae* in folgenden Stellen bei- oder entgegengesetzt:

D. 9, 3, 5, 12 (Servius bei Ulpianus, *libro vicensimo tertio ad edictum*):

Idem servandum respondit et si amphora ex reticulo suspensa decidisset et damni dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit.

Unter *actio legitima* kann jedenfalls nur die *actio legis Aquiliae* verstanden werden.

D. 39, 3, 22, 2 (Pomponius, *libro decimo ex variis lectionibus*):

Sed et si fructuarius opus fecerit, per quod aqua pluvia alicui

noceat, erit quidem actio legitima cum domino proprietatis: an vero etiam utilis in fructuarium actio aquae pluviae arcendae danda sit, quaesitum est.

Mit der *actio legitima* ist die *actio aquae pluviae arcendae* des Zwölftafelrechts gemeint.

Gaius IV, 7, 6:

Constitutae sunt autem noxae actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus velut furti lege XII tabularum damni iniuriae lege Aquilia, edicto praetoris . . .

Gaius IV, 110, 111:

Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accommodare, eas vero quae ex propria ipsius iurisdictione pendent plerumque intra annum dare. Aliquando et perpetuo eas dat scilicet cum imitatur ius legitimum.

Warum Gaius nicht die *actiones civiles* sondern nur die *quae ex legibus senatusve consultis proficiscuntur* zu den *actiones perpetuae* zählt, soll an anderer Stelle untersucht werden: dass es nicht von ungefähr geschieht, davon zeugt die Ausdrucksweise zur Genüge. Daher ist auch das *imitatur ius legitimum* in der genauen Wortbedeutung zu nehmen.

D. 35, 2, 32, pr. (Maecian, *Libro nono fideicommissorum*):

Poenales actiones sive legitimae sive honorariae . . .

Eine nicht honorarische *actio poenalis*, die auch nicht auf eine *lex* zurückgeführt werden könnte, ist nicht überliefert: dass eine solche thatsächlich nicht vorhanden war, ergibt sich aus der bereits angeführten Aeusserung des Gaius, der auch keine anderen *actiones noxae* kennt als *legibus aut edicto praetoris constitutae*.

Collatio 2, 5, 4, 5 (Paulus):

Iniuriarum actio aut legitima est aut honoraria.

Legitima ex lege XII tabularum: . . .

I. 4, 6, 13:

Praejudiciales actiones in rem esse videntur . . . Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam quaeritur an aliquis liber sit; caeterae ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capiunt.

Der Freiheitsprozess beruhte bekanntlich auf den zwölf Tafeln. Im vulgären Sinne wird *actio legitima* genommen:

D. 39, 1, 19 (Paulus, *libro quaestionum*):

Sciendum est, denegata executione operis novi nihilominus integras legitimas actiones manere . . .

Hier bedeutet *actio legitima* wohl jeden rechtmässigen Anspruch.

Von den Juristen, die der *actio legitima* die *actio honoraria* entgegensetzen, gehören fast alle der vorseverischen Zeit an. Nur bei einem einzigen Schriftsteller der severischen Zeit, Paulus, findet sich diese Wendung: da Paulus aber, und zwar Paulus zuerst, *actio legitima* auch im nichttechnischen Sinne des gewöhnlichen Lebens gebraucht, so wird er kaum auch auf die technische Bedeutung grossen Wert gelegt haben. Die genannte Stelle ist daher entweder einem älteren Schriftsteller entnommen, oder Paulus hatte einen besonderen Grund, in diesem Falle hervorzuheben, dass es sich um *actiones legitimae* handle.

Actio iuris civilis wird prätorischen Einrichtungen zweimal⁴⁾ entgegengesetzt:

D. 9, 4, 39, pr. (Julianus, *l. nono digestorum*):

Si plurium servus furtum fecerit, et omnes dolo fecerint, quominus eum in potestate haberent, subsequi debet praetor iuris civilis actionem, et iudicium honorarium, quod ex hac causa pollicetur, in eum dare, quem actor elegerit.

D. 19, 5, 16, 1 (Pomponius, *l. vicensimo ad edictum*):

. . . Nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait, an in factum dari debet deliberari posse, sed erit de dolo.

Es wäre eine ganz unzulässige Uebertragung des für eine viel spätere Zeit bezeugten Sprachgebrauchs, wollte man hier unter *actio iuris civilis* das verstehen, was Ulpian und Paulus unter *actio civilis* verstehen. Bei Julian und Pomponius kommt zwar neben *actio iuris civilis* auch *obligatio civilis* beim ersten, beim zweiten *actio civilis* vor, aber, wie an anderer Stelle ausgeführt werden soll, nie in der Bedeutung wie bei Ulpian und Paulus. Julian setzt der *obligatio civilis* nicht die *actio hono-*

⁴⁾ Von D. 43, 26, 14 (Paulus) mag, da es der severischen Zeit angehört, abgesehen werden.

varia, sondern die *obligatio naturalis* entgegen; ebenso bedeutet bei Pomponius *actio civilis* nur einen gerichtlich verfolgbareren Anspruch. Hätte der Ausdruck *actio iuris civilis* bei Julian und Pomponius bereits technisch den Gegensatz zur *actio honoraria* bedeutet und die *actio legitima* mitumfasst, so wäre es nicht einzusehen, warum Ulpian und Paulus zur Bezeichnung dieses Begriffs einen anderen technischen Ausdruck in Anwendung gebracht haben sollten, einen Ausdruck, der bei Julian und Pomponius bereits in einer ganz anderen Bedeutung gebraucht worden ist. Eine derartige willkürliche Aenderung der Terminologie, die nur Verwirrung stiften konnte, ist gewiss nicht wahrscheinlich und auch sonst nicht nachweisbar.

Wenn es richtig ist, dass *ius civile* technisch, bis in die klassische Zeit, Juristenrecht bedeutet, dann kann *actio iuris civilis* nur die auf das Juristenrecht sich gründende Klage sein. Damit stehen die beiden angeführten Stellen durchaus im Einklang. Die *actio in factum civilis* an die Aristo denkt, war bekanntlich ein Werk der römischen Jurisprudenz; es hatte daher einen guten Sinn zu sagen: in diesem Falle sei nach Juristenrecht ein Anspruch nicht begründet. Auch Julian hatte allen Grund, hervorzuheben, dass es sich um eine auf dem Juristenrecht beruhende Klage handle: denn die *actio*, die er dem Prätor als Muster empfiehlt, ist nicht die *actio noxalis*, sondern eine *actio in eum quem actor elegerit*. Diese Ausgestaltung erhielt aber die *actio noxalis* bekanntlich durch die Jurisprudenz (*D. 9, 4, 8, pr.: eoque iure utimur*, die Sache stand daher noch zu Ulpians Zeit nicht ganz fest). Julian bezeichnet daher diese *actio* offenbar absichtlich als *actio iuris civilis*, zum Unterschiede von der *a. noxalis legitima*. Ebenso führt er in *D. 9, 2, 51, 1; 2* die Ausgestaltung der *a. l. Aquiliae* auf die *auctoritas veterum* und in der Folge auf *ius civile* zurück.

Die Folgerung ist daher wohl gerechtfertigt, *actio legitima* bedeute technisch den aus dem *ius legitimum*, *actio iuris civilis* den aus dem *ius civile* sich ergebenden Anspruch: die *actio iuris civilis* und die *actio legitima* seien in der vorseverischen Zeit auch terminologisch ebenso auseinandergehalten worden, wie der *heres legitimo iure* und *heres iure civili*. Man darf aber schon mit Rücksicht darauf, dass die alten Juristen bis in die

severische Zeit nachweisbar benutzt worden sind, dass sich daher auch einiges Verständnis ihrer Terminologie erhalten haben muss, annehmen, dass das *ius civile* des Erbrechts und des Aktionenrechts selbst der klassischen Juristen nichts anderes war, als ein einheitlicher Ausdruck für das auf den *leges* und dem *proprium ius civile* beruhende Erbrecht und Aktionenrecht, dass sie aber die beiden Bestandteile des Begriffs immer unterschieden.

Vielleicht spielt der Gegensatz: *civilis* und *legitimus* auch im Eherecht eine Rolle. Die römische Ehe wird sowohl bei juristischen als auch bei nichtjuristischen Schriftstellern gewöhnlich *matrimonium iustum*, *iustae nuptiae* genannt. Daneben findet sich aber noch der Ausdruck *nuptiae legitimae*, *matrimonium legitimum*. Es ist nicht wahrscheinlich, dass *legitimus* in der juristischen Sprache regelmässig oder immer eine vulgäre Bedeutung habe, dass daher *matrimonium iustum* oder *legitimum* gleichbedeutend sei: es ist aber auch nicht anzunehmen, dass der römischen Ehe eine *lex* im technischen Sinne zu Grunde liege und es spricht dafür auch nicht:

Servius, *In Georg.* 1, 31:

Tribus enim modis apud veteres nuptiae fiebant usu — si mulier anno uno cum viro licet sine legibus fuisset ... Unter *leges* sind hier wohl sakrale Bestimmungen, altes Gewohnheitsrecht, am ehesten *leges regiae* zu verstehen.

Damit aber eine Einrichtung als *legitim* bezeichnet würde, musste sie keineswegs durch *leges* begründet sein, es genügte bekanntlich schon, dass sie irgendwie durch eine *lex* geregelt worden sei. Nun waren die Voraussetzungen der gültigen römischen Ehe teils durch das *ius civile*, teils durch die *leges Julia et Papia* und wohl auch andere Gesetze des Augustus, besonders die *lex Julia de adulteriis* festgestellt: in der offenbar althergebrachten und auch in den Institutionen des Justinian überlieferten Begriffsbestimmung des *matrimonium iustum*, die aus den *regulae* des Ulpian bekannt ist, wird aber der Bestimmungen dieser Gesetze gar nicht gedacht, obwohl zu Ulpians Zeit jedenfalls nur eine Ehe gültig war, die zum Mindesten den Erfordernissen der *lex Julia et Papia* entsprach:

Ulpian 5, 1, 2:

*das Matrimonium
legitim
ist die legitime
Nuptiae in
der l. p. 21*

In potestate sunt liberi parentum ex iusto matrimonio nati. Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, connubium sit et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt. Connubium est uxoris iure ducendae facultas.

Von den Bestimmungen der *lex Julia et Papia* ist an ganz anderer Stelle die Rede:

Ulpian 16, 2:

Aliquando nihil inter se capiunt, id est, si contra legem Julianam Papiamve Poppaeam contraxerint matrimonium, verbi gratia si famosam quis [ingenuus] uxorem duxerit aut libertinam senator.

Nun ist es aber zweifellos, dass die Bestimmungen über die Voraussetzungen der gültigen Ehe in der Ulpianischen und der in den Institutionen überlieferten Fassung altes Gewohnheitsrecht, also *ius civile* im technischen Sinne sind. Dass *connubium* eine Einrichtung des *ius civile* ist, sagt übrigens Ulpian selbst, denn unter *uxoris iure ducendae facultas* ist *iure civili ducendae facultas* zu verstehen, da doch das *connubium* zur Zeit Ulpians nur für das *matrimonium iustum*, längst aber nicht mehr für jede Ehe gefordert wurde. *Matrimonium iustum* bedeutet mithin wohl dasselbe, was *matrimonium civile* bedeuten würde: eine *iure civile* gültige Ehe. Daher sagt:

Gaius II, 241:

. . . item qui in utero est eius, quae iure civili non intellegitur uxor, extraneus postumus patris intellegitur.

Paulus 4, 10, 2:

Ad filiam ancillam vel libertam ex senatus consulto Claudiano effectam, legitima matris intestatae hereditas pertinere non potest, quia neque servi neque liberti matrem civilem habere intelleguntur.

Ist nun das *matrimonium iustum* die *iure civili* gültige Ehe, ohne Rücksicht auf die Bestimmungen der Gesetze, so liegt es wohl sehr nahe, ein *matrimonium legitimum* eine nicht nur dem *ius civile*, sondern auch den Gesetzen oder vielleicht unter Umständen eine nur den Gesetzen entsprechende Ehe zu erblicken.

In der That werden in dieser Weise Bestimmungen des *ius civile* und der *lex* wenigstens in Betreff der Scheidung entgegengesetzt in der bereits angeführten Stelle:

D. 24, 2, 11, pr. (Ulpian, l. tertio ad l. Julianam et Papiam):

Quod ait lex: „divortii faciendi potestas libertae, quae nupta est patrono ne esto“ non infectum videtur effecisse divortium, quod iure civili dissolvere debet matrimonium.

Für die Ehe selbst kommen in Betracht folgende Stellen:

Im Anschluss an ein Reskript der *divi fratres* werden von Ulpian die *liberi secundum ius civile quaesiti* den *liberi „secundum has leges“ quaesiti* entgegengesetzt:

Fr. Vat. 168 (Ulpian, l. de excusationibus):

. . . Quidam tamen iustos secundum has leges putant dici. Dicit quoque Marcus et Lucius Apronio Saturnino ita scripserunt: „si instrumentis probas habere te iustos tres liberos, excusationem tuam Manlius Carbo, praetor, vir clarissimus accipiet.“ Sed iustorum mentio ita accipienda est, ut secundum ius civile quaesiti sint.

Es ist von der *excusatio* des Vormundes die Rede. Wie immer der Anfang der Stelle gelautes haben mag,⁵⁾ gewiss ist es, dass die darin erwähnten *leges* die *leges Julia et Papia* sind.

Der *liberi secundum legem Julianam Papiamve quaesiti* wird noch gedacht:

Collatio 16, 3, 4 (Paulus, l. sententiarum IV subtitulo de intestatorum successionibus):

Sui heredes sunt hi: primo loco filius filia in potestate patris constituti. Nec interest adoptivi sint an naturales et secundum legem Julianam Papiamve quaesiti modo mancant in potestate.

Damit stimmen vollständig zwei von Jörs⁶⁾ angeführte Aeusserungen Dios überein:

ἐπειδὴ τε πολὺν πλεῖον τὸ ἄρρεν τοῦ θήλεος τοῦ εὐγενοῦς ἦν, ἐπέτρεψε καὶ ἐξελευθέρας τοῖς ἐθέλουσι πλὴν τῶν βουλευόντων ἀγεσθαι ἔννομον τὴν τεκνοποιίαν αὐτῶν εἶναι κελύσας.

καὶ ἐξελευθέρας τοῖς γε ἔξω τοῦ βουλευτικοῦ οὖσιν ἀγεσθαι συνεχώρησα, ἵν' εἰ καὶ τις ἐξ ἔρωτος ἢ καὶ συνηθείας τινὸς ἐς ταῦθ' ὑπαχθῆιτ ἔννομως αὐτὸ ποιούη.

⁵⁾ Nach P. Krüger: *Iustos autem liberos esse oportet, id est non naturales sed ex vero matrimonio etsi non secundum legem Julianam Papiamve quaesitos.*

⁶⁾ Die Ehegesetze des Augustus S. 19.

Mit Recht nimmt Jörs an, die *ἐνωμος τεκνοποιία* bei Dio sei ein den *liberi secundum legem Juliam quaesiti* des Paulus (Sent. 4, 8, 4) entsprechenden Begriff.

Ist die Annahme Paul Meyers ⁷⁾ richtig, dass in den Ehegesetzen des Augustus die Verbote der Soldatenehen enthalten waren, dann gehört hierher noch folgende Stelle des Cassius Dio:

τοῖς στρατευομένοις, ἐπειδὴ γυναῖκας οὐκ ἔδυναντο ἔκ γε τῶν νόμων ἔχειν, τὰ τῶν γεγαμηκότων δικαίωματα ἔδωκε.

All dieses rechtfertigt wohl die Annahme, das *matrimonium iustum* sei das *matrimonium secundum ius civile* das *matrimonium legitimum* das *matrimonium secundum legem Juliam Papianam*, wohl auch *secundum legem Juliam de adulteriis* (D. 48, 5, 12, 12, Papinian). Bei der Prüfung dieser Frage im einzelnen ergeben sich allerdings grosse Schwierigkeiten. Nichtjuristische Schriftsteller sind schon mit Rücksicht auf die Möglichkeit, dass sie sich des Ausdruckes *legitimus* in der vulgären Bedeutung bedient hätten, nicht zu beachten. Es ist aber auch bei juristischen Schriftstellern nicht ausgeschlossen, dass sie den Ausdruck *matrimonium legitimum*, selbst wenn er eine technische Bedeutung hätte, im vulgären Sinne gebraucht hätten.⁸⁾ Das war ja bei der *actio legitima*, ja sogar beim *heres legitimus*⁹⁾ der Fall. Andererseits ist es sehr wahrscheinlich, dass die in den justinianischen Quellen enthaltenen Stellen nur verstümmelt überliefert sind, dass insbesondere jede Anspielung auf die fast ganz veraltete *lex Julia et Papia* gestrichen worden ist. Endlich kommt in Betracht, dass die Ueberlieferung gerade in Bezug auf die *lex Julia et Papia* alles zu wünschen übrig lässt. Zweifelhafte ist insbesondere die Frage, auf die es hier sehr ankommt, welche Bedeutung die Eheverbote gehabt haben. Das Wahrscheinlichste ist noch immer, dass die Eheverbote in der ursprünglichen Fassung eine verschiedene, vielleicht sogar be-

⁷⁾ Das röm. Konkubinat S. 25; dagg. Kübler, Z. Sav. St. XVII S. 352.

⁸⁾ Die (*liberi*) *legitimi*, *legitime concepti* u. a. m. die schon in der republikanischen Zeit vorkommen, haben jedenfalls mit *matrimonium legitimum* nichts zu thun. Aus besondern Gründen werden einige dieser Verbindungen hier berücksichtigt.

⁹⁾ Vergl. Mommsen, Z. Sav. St. XII S. 273 ff.

strittene Tragweite hatten, und erst das *senatusconsultum* aus der Zeit des Kaisers Markus ihnen gleichmässig die Bedeutung von Ehehindernissen beilegte.¹⁰⁾ Immerhin ist bei keiner der den juristischen Schriften entnommenen Stellen, in der *matrimonium legitimum* vorkommt, der Zusammenhang mit der *lex Julia et Papia* ausgeschlossen, bei einigen dagegen sehr wahrscheinlich:

1, 5, 19 (Celsus, l. *vicensimonono digestorum*):

Cum legitimae nuptiae factae sint, patrem liberi sequuntur: vulgo quaesitus matrem sequitur.

Das 23. Buch der Digesten von Celsus handelte von der *lex Aelia Sentia*; Lenel¹¹⁾ verweist auf die aus Gaius bekannten Vorschriften über das *uxorem ducere ex lege Aelia Sentia*. In diesem Zusammenhange hat Celsus schwerlich den trivialen Satz ausgesprochen, den wir in den justinianischen Digesten finden, der wohl nur in einem Institutionenwerk am Platze gewesen wäre: die einer giltigen Ehe entsprossenen Kinder folgen dem Vater; wohl aber mag er die Frage aufgeworfen haben, ob es genügt, dass die Ehe, aus der die Kinder stammen, dem *ius civile* entspräche, oder ob sie auch den *leges* entsprechen müsse. Es ist sehr wahrscheinlich, dass auch von den Kindern, die einem *matrimonium iustum nec legitimum* entsprangen, die Rede war: diese Ausführungen wurden aber, da sie ohne praktische Bedeutung waren, seitdem jede verbotene Ehe auch nichtig war, gestrichen. — Oder sollten hier *nuptiae legitimae* bedeutet haben: *ex lege Aelia Sentia*?

D. 23, 2, 4 (Pomponius, l. *tertio ad Sabinum*):

Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum expleisset duodecim annos.

Das dritte Buch des Sabinuswerkes von Pomponius bezog sich auf Testamente, die Stelle selbst wohl auf den Antritt testamentarischer Erbschaften.¹²⁾ Die Frage, die von Pomponius an dieser Stelle erörtert wird, hängt mit dem Erb-

¹⁰⁾ So Brinz 2. Aufl. Bd. 1 S. 156 Anm. 26. Anders Mommsen, Staatsr. III S. 472 Anm. 3, wieder anders Jörs, Die Ehegesetze des Augustus S. 29, und Paul Meyer, Das röm. Konkubinat S. 24.

¹¹⁾ Palingenesia 239.

¹²⁾ Lenel, Paling. 404.

schaftsantritt nur insofern, als die Kapazität in Betracht kommt, zusammen. Pomponius wird ausgeführt haben, auch die mit einer Unmündigen geschlossene Ehe genüge den Vorschriften der *leges*, habe daher die Kapazität zur Folge, wenn die Gattin in der Ehe das zwölfte Jahr vollendet hat.

D. 23, 2, 57 a. *In libro secundo de adulteriis Papiniani Marcianus notat:*

Divus Marcus et Lucius imperatores rescripserunt: Movemus et temporis diuturnitate quo ignaro iuris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum, idcircoque cum haec omnia in unum concurrunt, confirmamus statum liberorum vestrum, in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde atque si legitime concepti fuissent.

Für die Kaiser Markus und Lucius lag es überaus nahe, bei der gnadenweise erfolgenden Legitimierung des Kindes hervorzuheben, dass ihnen die Rechte des Kindes erteilt werden, die in einer den *leges Julia et Papia* entsprechenden Ehe erzeugt werden, insbesondere, wenn zur Zeit des Reskripts bereits im Sinne des Senatuskonsults andere Ehen nicht mehr gültig gewesen wären.

D. 48, 5, 12, 12 (Papinian, *libro singulari de adulteriis*).

Mulier, cum absentem virum audisset, vita functum esse, alii se iunxit; mox maritus reversus est. Quaero quid adversus eam mulierem statuendum sit. Respondit, tam iuris quam facti quaestionem moveri: nam si longo tempore transacto, sine ullius stupri probatione, falsis rumoribus inducta, quasi soluto priore vinculo, legitimis nuptiis secundis iuncta est, quod resissimile est deceptam eam fuisse, nihil vindicta dignum videri potest: quod si ficta mariti mors argumentum faciendis nuptiis probabitur praestitisse . . . vindicari debet pro admissi criminis qualitate.

Der dieser Stelle vorausgehende und ihr nachfolgende Paragraph handelt von dem in der *lex Julia de adulteriis* enthaltenen Verbote der Ehe zwischen Ehebrechern. Es ist klar, dass auch die Worte: *si . . . sine ullius stupri probatione . . . legitimis nuptiis secundis iuncta est* auf das Verbot der Ehe zwischen Ehebrechern hinweisen.

D. 50, 1, 37, 2 (Callistratus, *l. primo de cognitionibus*).

Mulieres quae in matrimonium se dederint non legitimum non ibi muneribus fungendas, unde mariti earum sunt, sciendum est, sed unde ipsae ortae sunt; idque divi fratres rescripserunt.

Es ist wohl zweifellos, dass unter *matrimonium non legitimum* nur eine der *lex Julia et Papia* nicht entsprechende Ehe zu verstehen sei. Dass weder eine ungiltige Ehe noch ein *matrimonium iniustum*, die Ehe einer *civis Romana* mit einem Peregrinen ohne *connubium* auf das Heimatsrecht und die *munera* von Einfluss waren, war jedenfalls im vorhinein zweifellos. Diese Auslegung ist um so wahrscheinlicher, als der Ausdruck *matrimonium legitimum* wohl schon im Reskript der *divi fratres* enthalten war: denn zu ihrer Zeit stand es noch keineswegs fest, ein *matrimonium non legitimum* habe nach keiner Richtung die Wirkung einer Ehe. Es hatte daher einen guten Sinn, es in Bezug auf die *munera* anzuordnen.

D. 1, 5, 24 (Ulpian, *l. vicensimo septimo ad Sabinum*):

Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.

Da Ulpian im 27. Buche der Sabinuserläuterungen von den *statuliberi* handelt, so dürfte sich die Stelle nicht auf die *lex Minucia* beziehen, die nur die Ehe zwischen Bürgern und Peregrinen betraf. Abgesehen davon, hätte die *lex Minucia* wohl ausdrücklich genannt werden müssen. Unter *lex* kann daher wohl nur die *lex Julia et Papia* und unter *matrimonium non legitimum* nicht ein *matrimonium iniustum*, sondern nur eine der *lex Julia et Papia* nicht entsprechende Ehe verstanden werden. Ulpian durfte ganz wohl sagen: die aus einer solchen Ehe entsprossenen Kinder folgen der Mutter, wenn sich aus der *lex Julia et Papia* nicht das Gegenteil ergibt, da zu seiner Zeit das *matrimonium iustum* und *matrimonium legitimum* gleichgestellt waren; aber die *lex Julia et Papia* enthielt über die Folgen ihrer Eheverbote Bestimmungen, deren Inhalt allerdings nicht bekannt ist und davon mag einiges in Bezug auf den Stand der Kinder noch gegolten haben. Lenel¹³⁾ bringt mit dieser Stelle wohl mit Recht in Zusammenhang

¹³⁾ Palingenesia 2698.

D. 1, 5, 68 (Ulpian, *l. vicensimo septimo ad Sabinum*):

Sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit et in potestate patris.

D. 23, 2, 10 (Paulus, *libro trigensimo quinto ad edictum*):

Si ita pater absit ut ignoretur, ubi sit et an sit, quid faciendum est, merito dubitatur. Et si triennium effluerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus, ubi degit et an superstes sit, non prohibentur liberi eius utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere.

Da *iure civili* die Ehe die Zustimmung des Gewalthabers voraussetzte, so konnte auch in diesem Falle kein *matrimonium iustum* geschlossen werden. Aber Paulus durfte sagen, es könne ein *matrimonium legitimum* geschlossen werden, das zu seiner Zeit auch alle Wirkungen eines *matrimonium iustum* erzeugte, zumal die Bestimmung des neuen Rechts, die im Falle der Abwesenheit des Gewalthabers von dem Erfordernis seiner Zustimmung zur Ehe absah, falls sie dem Juristenrechte ihren Ursprung verdankt, wohl mit der Vorschrift der *lex Julia Papiave* zusammenhängt, die die Ergänzung der Zustimmung des Gewalthabers durch den Richter gestattete. Uebrigens ist die Stelle zweifellos interpoliert und ihr ursprünglicher Sinn nicht festzustellen.

D. 50, 2, 3, 2 (Ulpian, *libro tertio de officio proconsulis*):

Spurios posse in ordinem allegi nulla dubitatio est, sed si habet competitorem legitime quaesitum, praeferrri cum oportet divi fratres . . . rescripserunt.

Da zu Ulpian's Zeiten im allgemeinen nur eine den *leges* entsprechende Ehe die Wirkungen einer gültigen Ehe erzeugte, so ist es gar nicht unwahrscheinlich, dass Ulpian das Vorrecht der ehelichen Kinder nur auf die einschränken wollte, die in einer solchen Ehe erzeugt worden sind: alle anderen waren eben *spurii*. Doch mag hier *legitime quaesitus* vulgär sein.

C. 4, 19, 14 (*Imp. Diocletianus et Maximianus* 293):

Non nudis adservationibus nec ementita professione, licet utrique consentiant, sed matrimonio legitimo concepti vel adoptione solemnii filii iure civili patri constituuntur.

Diesem Reskript gegenüber genügt es darauf hinzuweisen,

dass, seit die Eheverbote der *leges* zu Ehehindernissen erhoben worden sind, man wohl auch sagen durfte, nur die *matrimonio legitimo concepti* könnten als Kinder *iure civili* gelten, selbstverständlich mit der Ulpianischen Beschränkung *nisi lex specialis aliud inducit* (D. 1, 5, 24).

C. 6, 55, 7 (*Imp. Diocletianus et Maximianus* 294):

Filium habere suum libertus in potestate non prohibetur, cum ob praeteritum statum ex legitimis nuptiis ingenuorum exemplo filios habere liberto non sit interdictum.

Da die Eheverbote der *leges Julia et Papia* praktisch zu meist die Freigelassenen trafen, so hatte es einen guten Sinn hervorzuheben, dass den Freigelassenen Rechte an den Kindern nur zustehen, wenn sie ein *matrimonium legitimum* abgeschlossen haben.

I. 1, 11, 8:

In plurimis autem causis adsimulatur is, qui adoptatus vel adrogatus est ei, qui legitimo matrimonio natus est.

Es ist nicht unwahrscheinlich, dass die Vorlage der Institutionen die Adoptierten und Arrogierten denen gleichstellen wollte, die in einer den *leges Julia et Papia* entsprechenden Ehe erzeugt worden sind. Dafür spricht auch die Einleitung: *in plurimis causis*, die vielleicht dem *Senatusconsultum* das die Berücksichtigung der Scheinadoption bei der Beurteilung der Kapazität verbot, Rechnung tragen will.

Es mag nochmals hervorgehoben werden, dass es keineswegs behauptet werden soll, *legitimus* sei in allen diesen Stellen im technischen Sinne gebraucht worden, und es würde die Beweiskraft der übrigen Stellen gar nicht schwächen, wenn nachgewiesen werden könnte, dass in der einen oder der anderen Stelle *legitimus* nur die vulgäre Bedeutung von: rechtsgiltig habe, und ohne jede Beziehung zur *lex Julia et Papia* stehe. Die angeführten Stellen gehören einem Zeitraum von mehreren Jahrhunderten an, und es mag sich im Laufe dieser Zeit die Strenge des technischen Wortgebrauchs vielfach abgeschwächt haben. Insbesondere seit die spätere kaiserliche Gesetzgebung und in ihrem Sinne die Jurisprudenz die Ehevoraussetzungen der *leges* und *mandata* in ihren Wirkungen immer mehr denen des *ius civile* gleichstellte, wurde der Gegensatz des *matrimonium*

iustum und *matrimonium legitimum* schliesslich zu einem rein theoretischen und es änderte sich vielleicht auch teilweise das Verständnis für die Terminologie. So erklären sich möglicherweise folgende Stellen:

D. 23, 2, 48 (Terentius Clemens, *libro octavo ad legem Juliam et Papiam*):

Si ignominiosam libertam suam patronus uxorem duxerit, placet, quia contra legem maritus sit, non habere eum hoc legis beneficium.

D. 23, 2, 65, 1 (Paulus, *libro septimo responsorum*):

Respondit, mihi placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, iustas nuptias effici: et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse.¹⁴⁾

Nach Terentius Clemens ist die Ehe eines *patronus ingenuus* mit einer *ignominiosa liberta* zwar *contra legem* aber offenbar ein *matrimonium iustum*. Nach Paulus kann dagegen eine *contra mandata* abgeschlossene Ehe des Statthalters mit einer Provinzialen erst *deposito officio* ein *matrimonium iustum* werden.

VI.

Die vermutliche vorgeschichtliche Entwicklung des *ius civile*.

Man darf wohl behaupten, dass sich der Bericht des Pomponius nach allen Richtungen als zuverlässig erwiesen hat. Eine grosse Anzahl von Zeugnissen bestätigt, dass unter *ius civile* die Rechtswissenschaft, das Juristenrecht und das von Juristen bezeugte Gewohnheitsrecht zu verstehen sei, dass *leges*, *senatus-consulta* und *constitutiones* dazu ebensowenig gezählt worden sind, wie das *ius honorarium*, dass es seit jeher nur die Gegenstände betraf, auf die sich die Thätigkeit der Juristen, das *cavere respondere agere*, erstreckte.

All dieses wird durch zahlreiche Stellen unmittelbar erwiesen: durch andere mittelbar, die sich nur dann ungezwungen

¹⁴⁾ Aehnlich wohl auch D. 28, 2, 28, 3 (Tryphonimus): *licito matrimonio, uxor iusta, civiliter nupta* . . .

auslegen lassen, wenn man *ius civile* im Sinne des Pomponius versteht. Die letzteren mögen für sich allein nichts beweisen, sie beweisen aber durch ihre Menge; ihre Beweiskraft summiert sich, denn wenn sie nur mit Hilfe einer verkünstelten Auslegung mit der herrschenden Lehre in Einklang gebracht werden können, so ist eine solche Auslegung in einem einzelnen Falle unwahrscheinlich, in einer grösseren Anzahl von Fällen unmöglich. Dazu kommt noch „das Gesetz der grossen Zahlen“, das ja auch für die wissenschaftliche Beweisführung gewiss nicht ohne Bedeutung ist. Der vorstehenden Darstellung liegen mehr als hundert vom *ius civile* handelnde, aus juristischen und nichtjuristischen Schriften gezogene Aussprüche zu Grunde: es ist wohl nicht wahrscheinlich, dass ein Beleg von entscheidender Bedeutung bei der Durchforschung des Materiales übersehen worden wäre, mit Absicht übergangen worden sind nur ganz nichtssagende oder in einen anderen Zusammenhang gehörende Stellen, die in der Folge noch besprochen werden sollen. Wenn es sich nun bei der Betrachtung aller dieser Belege ergibt, dass sie mit dem Enchiridionbruchstücke übereinstimmen, wenn sich in der grossen Menge von Stellen keine fand, die sich damit nicht in Einklang hätte bringen lassen; gegenüber der fast unübersehbaren Zahl von Aussprüchen, die Sätze des Juristenrechts oder Gewohnheitsrechts als *ius civile* bezeichnen — man denke nur an die zehn Stellen über das Verbot der Schenkungen zwischen Ehegatten — nicht eine einzige, die eine Bestimmung des Gesetzesrechts zum *ius civile* zählen würde, so wird dieses kaum auf einem Zufall beruhen. Dazu kommt noch, dass die Zweiteilung des ganzen Rechtsgebiets in ein positives Recht und ein Juristenrecht — wozu ja nach römischer Auffassung auch das Gewohnheitsrecht gehört — den Römern nicht eigentümlich ist. Sie erscheint fast in derselben Form in England wieder, im Gegensatze des *statute law* und des *common law*, wozu, ganz wie in Rom, gewissermassen als dritte Gruppe, das *law of equity*, eine Art prätorischen Rechts, hinzutritt.

Trotzdem bleiben noch der Rätsel genug. Woher die so eigentümliche Gestaltung des Gegensatzes in Rom? Woher die sonderbare Bezeichnung: „*ius civile*“ und ihre noch sonder-

barere Verwendung? Es ist kaum möglich bei dem Stande unserer Ueberlieferung eine bestimmte Antwort auf alle diese Fragen zu finden. Bei Cicero ist die Entwicklung bereits abgeschlossen, für die Zeit vor Cicero fehlt es fast an allen Quellen. Nichtsdestoweniger mögen einige Vermutungen gestattet sein.

Schon der Ausdruck *proprius ius civile* im Berichte des Pomponius zeigt, dass die Bedeutung, die hier dem *ius civile* beigelegt wird, wohl die technische aber nicht die einzige ist. Das wird übrigens auch ausdrücklich hervorgehoben:

D. 1, 2, 2, 5 (Pomponius, *libro singulari enchiridii*):

Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, [datis propriis nominibus ceteris partibus] sed communi nomine appellatur ius civile.

Bei dem Zustande, in dem das Enchiridionbruchstück auf uns gekommen ist, ist es allerdings kaum möglich zu entscheiden, ob gerade diese Ausführung Pomponius oder seiner Vorlage angehört, und manches würde, wie bereits bemerkt worden ist, für das erste sprechen. Dann wäre die Mehrdeutigkeit allerdings nur für die Zeit des Pomponius bezeugt. Sie lässt sich jedoch schon für die Zeit Ciceros mit Bestimmtheit behaupten, wenn auch wohl in einem anderen Sinne, als für die Zeit des Pomponius.

Es soll zunächst auf eine bisher wenig beachtete Tatsache hingewiesen werden. Bekanntlich bedeutet *judicium* schlechthin häufig *judicium publicum*.¹⁾ *Cap. III legis Col. Gen.* möge als Beleg dafür angeführt werden, dass der Sprachgebrauch sogar in amtlichen Schriftstücken üblich war. *Ius* ist das gewöhnliche Gericht vor dem Prätor mit besonderer Rücksicht auf die Oertlichkeit: das sagt Paulus ausdrücklich²⁾ und es ergibt sich auch aus zahllosen Quellenstellen. Später wurden mit dem Ausdrucke *ius* auch andere den prätorischen nachgebildete Gerichte ausserhalb Roms bezeichnet:³⁾ auf Gerichte anderer Art dagegen ist der Aus-

¹⁾ Vergl. Kübler, Z. Sav.St. 139.

²⁾ D. 1, 1, 11.

³⁾ *Lex. agr.* 24, 37 u. a. m. *Lex de Term.* II, *Lex. Rubr.* XXI u. s. w.

druck kaum je angewendet worden; ja es ist nicht ausgeschlossen, dass *ius* als prätorisches Gericht sogar anders gearteten Gerichten entgegengesetzt wurde: so in der älteren Fassung, die Mommsen⁴⁾ für die richtige hält, von:

Plautus *Menaechmi* 587:

Aut ad populum aut in iure aut apud aedilem res est.

Unter *ad populum* ist nach Mommsen die öffentliche Anklage, unter *in iure* die Civilklage, unter *apud aedilem* die Polizei zu verstehen.

In ähnlicher Weise wird das *ius dicere* dem *iudicium exercere* entgegengesetzt von:

Asconius in *Scaur.* p. 30 Or.:

Cato praetor iudicium, quia aestate agebatur, sine tunica exercuit campestri sub toga cinctus. In forum quoque sic descendat iusque dicebat . . .

Es dürften also einst *ius* und *iudicium* oft als Gegensätze betrachtet worden sein. Nun findet sich im *Auctor ad Herennium* folgende Stelle:

Ad Herennium I 22:

Ex translatione controversia nascitur, cum aut tempus differendum aut accusatorem mutandum aut iudices mutandos reus dicit. Hac parte constitutionis Graeci in iudiciis nos in iure [civilis] plerumque utimur, in iudiciis tamen nonnihil [utimur] hoc modo: si quis peculatus accusetur, quod vasa argentea publica de loco privato dicatur sustulisse, possit dicere, cum definitione sit usus, quid sit furtum, quid peculatus, secum furci agere, non peculatus oportere. Haec partitio legitimae constitutionis his de causis raro venit iudicium, quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt, et causa cadit qui egit, nisi habuit actionem, et in publicis quaestionibus cavetur legibus, ut ante, si reo commodum sit, iudicium de accusatore fiat, utrum illi liceat accusare necne.

Zwar wird *in iure [civilis]* von Kayser und Marx angefochten aber mit Unrecht. Dafür sind nicht nur die Handschriften, sondern auch

Cicero, *De invent.* II, 57, 58:

Cum autem actio translationis aut commutationis indigere

⁴⁾ Röm. Strafr. S. 177 A. 3.

videtur, quod non aut is agit, quem oportet, aut cum eo, quicum oportet, aut apud quos, qua lege, qua poena, quo crimine, quo tempore oportet, constitutio translativa appellatur . . . atque in nostra quidem consuetudine multis de causis fit, ut rarius incidant translationes, nam et praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones et ita ius civile habemus constitutum ut causa cadat is, qui non quemadmodum oportet egerit. Qua re in iure plerumque versantur ibi enim et exceptiones postulatur et quodammodo agendi potestas datur et omnis conceptio privatorum iudiciorum constituitur; in ipsis autem iudiciis rarius incidunt, et tamen, si quando incidunt, eius modi sunt, ut per se minus habeant firmitudinis, confirmentur autem adsumpta alia aliqua constitutione: ut in quodam iudicio, cum venefici cuiusdam nomen esset delatum et, quia parricidii causa subscripta esset, extra ordinem esset acceptum.

Dass die Stelle im *Auctor ad Herennium* mit dieser Stelle zusammenhängt, ergibt sich aus den wörtlichen Uebereinstimmungen: sei es dass *Auctor ad Herennium* die Vorlage Ciceros war, sei es dass beide eine gemeinsame Vorlage hatten. Jedenfalls war der Ausdruck *ius civile* in der Vorlage Ciceros enthalten und kann aus dieser Vorlage in die Schrift *ad Herennium* übergegangen sein, wenn man nicht annehmen will, dass diese Schrift selbst Cicero als Vorlage gedient habe.

Vergleicht man nun die Stelle in der Schrift *ad Herennium* mit der entsprechenden Stelle der Schrift *de inventione*, so fällt es zunächst auf, dass in der ersten Stelle den *iudicia* das *ius civile* (*Gracci in iudiciis nos in iure civili*) gegenübergestellt wird, in der zweiten lautet dagegen die Entgegenstellung: *in iure plerumque versantur . . . in ipsis autem iudiciis rarius incidunt*. Der vorausgehende Satz lautet allerdings: *et ita ius civile habemus constitutum*, hier wird aber *ius civile* den *iudiciis* nicht entgegengesetzt. Es ist gewiss nicht wahrscheinlich, dass Cicero im zweiten Satze den Ausdruck *in iure* in demselben Sinne gebraucht hätte, wie im ersten Satze *in iure civili*: dann kann aber das *ius civile* nur das Recht bedeuten, das *in iure* zur Anwendung kommt; dieses sei so eingerichtet, dass der den Prozess verliert, der nicht so geklagt habe, wie es sein soll. *Ius civile* hat daher in der Schrift *ad Herennium*

eine andere Bedeutung als bei Cicero: dort wird es den *iudicia publica* entgegengesetzt, hier ist es das Recht, nach dem *in iure* Recht gesprochen wird. Bei Cicero ist *ius civile* Juristenrecht, nicht aber in der Schrift *ad Herennium*, und die Mehrdeutigkeit des Ausdrucks ist auch hier bezeugt. Dagegen findet sich bei Cicero die Entgegenstellung des *ius civile* und der *iudicia publica* an anderen Stellen öfter:

Cicero, *De orat.* I, 182:

. . . quam possumus reperire ex omnibus rebus civilibus causam contentionemque maiorem [quam de ordinanda civitate, de libertate, de capite hominis consularis], praesertim cum haec non in crimine aliquo, quod ille possit infitiri, sed in civili iure consisteret?

Cicero, *In Verrem Act.* II, I, 108, 109:

In lege Voconia non est FECIT, FECERIT; neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur nisi eius rei, quae sua sponte tam scelerata et nefaria est, ut, etiam si lex non esset, magno opere vitanda fuerit; atque in eis ipsis rebus multa videmus ita sancta esse legibus, ut ante facta in iudicium non vocentur: Cornelia testamentaria, nummaria, ceterae complures, in quibus non ius aliquod novum populo constituitur, sed sancitur, ut quod semper malum facinus fuerit, eius quaestio ad populum pertineat ex certo tempore. De iure vero civili si quis novi quid instituit, is non omnia, quae ante acta sunt, rata esse patietur? Cedo mihi leges Atinias, Furias, Fusias, ipsam, ut dixi Voconiam, omnis praeterea de iure civili . . .

Von den *leges de iure civili* ist überdies noch die Rede:

Cicero, *Pro Balbo*, 21:

Tulit apud maiores nostros legem C. Furius de testamentis, tulit Q. Voconius de mulierum hereditatibus, innumerabiles aliae leges de civili iure sunt latae . . .

Es ist wohl unmöglich zu verkennen, dass das *ius civile* beim *Auctor ad Herennium*, in der Schrift *de oratore* und in der Rede in *Verrem* ganz dasselbe bedeutet: das Verfahren vor dem Prätor, das was gewöhnlich mit dem Ausdrucke *ius* bezeichnet wird. In diesem Sinne bringt *Auctor ad Herennium* und Cicero hier überall *ius civile* in Gegensatz zum Verfahren vor den *iudicia*

publica ebenso wie Plautus und Pseudo-Asconius *ius* dem *iudicium* entgegensetzen. *De iure civili si quid novi quis instituit*: wenn jemand etwas Neues über solche Gegenstände bestimmt hat, über die im (gewöhnlichen gerichtlichen) Verfahren vor dem Prätor entschieden wird; *leges de iure civili*, (also gewiss nicht *leges* = *ius civile*): Gesetze, die sich auf Gegenstände beziehen, worüber im gewöhnlichen gerichtlichen Verfahren vor dem Prätor zu entscheiden ist. Von dieser Art sind: *lex Atinia* über den Ausschluss der *usucapio* des *subruptum*, *lex Furia de testamentis*, *lex Voconia de hereditatibus*. (*Lex Fusia*?)

Dass *Auctor ad Herennium* und Cicero als Civilprozess (*ius civile*) eigentlich nur das Verfahren *in iure* betrachtete und nur dieses den *iudicia* gegenüberstellte, ist fast selbstverständlich. Das Verfahren *in iudicio* war noch zu Ciceros Zeit, jedenfalls aber damals, als der Sprachgebrauch sich festgesetzt hatte, ein rechtlich fast gar nicht geregeltes Schiedsgericht, in dem ein Privatmann nach freier Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Auftrage des Prätors und in Gemässheit des prätorischen Auftrages zu entscheiden hatte.⁵⁾ Die Gesetze mögen für das *ius* (für den Prätor) massgebend gewesen sein, für das *iudicium* (den *iudex*) traten sie gegenüber dem Inhalt des prätorischen Auftrags zurück. Das *supplere* und *corrigen*e des *ius vetus* durch den Prätor wäre sonst gar nicht denkbar.

Ius civile dürfte also ursprünglich Rechtsgang vor dem Prätor bedeutet haben: das uns geläufige *ius* ist wohl ebenso aus dem *ius civile* entstanden, wie *iudicium* aus *iudicium publicum*. So erklärt sich auch die rätselhafte Stelle:

Lex Col. Genetivae LXI:

Iure civili vinctum habeto . . .

Dass damit, wie Exner⁶⁾ meint, einfach eine Verweisung auf den Inhalt der zwölf Tafeln ausgedrückt werden sollte, ist wohl ganz ausgeschlossen. Man mag über die bisherigen Ausführungen was immer denken: dass man das Zwölftafelrecht unter Umständen mit zum *ius civile* gezählt habe, mag ja

⁵⁾ Vergl. dazu Pernice, Z. Sav. St. V S. 38 ff. der freilich im wesentlichen die Kaiserzeit im Auge haben dürfte.

⁶⁾ Z. f. R. G. XIII S. 392 ff.

wie noch unten ausgeführt werden soll, vorgekommen sein, dass aber die Bestimmungen des Zwölftafelrechts schlechthin als *ius civile* bezeichnet worden wären, ist einfach unmöglich, da die Römer unter *ius civile* schlechthin eben etwas ganz anderes verstanden haben. Aber auch abgesehen davon ist es schon an und für sich nicht wahrscheinlich, dass die Römer in einem ihrer amtlichen Schriftstücke, deren Sprache an Umständlichkeit ihresgleichen sucht, sich damit begnügt hätten, auf die zwölf Tafeln einfach als auf das *ius civile* zu verweisen.⁷⁾ Bei der Menge anderer Bedenken kommt auch noch in Betracht, dass die Exnersche Auslegung sprachlich zwar möglich ist, dass der Ausdruck dann aber nicht ganz tadellos wäre: es hätte eigentlich heissen sollen: *secundum ius civile vinctum habeto*. Versteht man aber unter *ius civile* das ordentliche Verfahren, dann ist die Stelle ganz klar. *Iure civili vinctum habeto* bedeutet: er habe den Schuldner in (prozessualer) Privathaft zu halten, etwa im Gegensatz zu den *vincula publica*. je privat.

Dasselbe gilt auch von zwei bekannten Inschriften:

C. I. L. VI 8861:

Agathopus Aug. Lib. invitator, quemadmodum in introitum porticulae ad monumentum Aureliae Irenes superposito titulo super ostium scriptura continetur, qui titulus attendit in horto, ea omnia de suo fecit . . . Ab iis omnibus dolus malus abesto et ius civile.

C. I. L. VI 8862:

Iter privatum a via publica per hortum pertinens ad monumentum sive sepulchrum, quod Agathopus, Aug. lib. invitator vivus et Iunia Epictesis fecerunt. Ab iis omnibus dolus malus abesto et ius civile.

Die Schlussformel kann doch nicht wohl eine andere Bedeutung haben als die: „Gott beschütze uns alle vor Prozessen!“⁸⁾ ?

⁷⁾ Vergl. *Lex Rubria XX*: *eam stipulationem, quam is qui Romae inter peregrinos ius deicit in albo propositam habet.*

⁸⁾ Mit diesen beiden Schlussformeln wird mit Recht von Bruns fontes 6. Aufl. S. 300 zusammengestellt die der Inschriften: *C. I. L. VI, 12, 133 Huius mon. dolus mal. abesto et iurisconsultus* und *C. I. L. VI 10525: H. M. D. M. et I. C. A.*

Diese Formel ist offenbar herkömmlich; die Herkömmlichkeit der S. 71 in der Anmerkung 8 angeführten Formel ergibt sich schon daraus, dass sie in der zweiten Inschrift abgekürzt erscheint. Jedenfalls hat sich die eine Formel aus der anderen entwickelt; die im Texte genannte ist wohl die ältere. Ihre Zeitfolge mag aber wie immer gewesen sein: dass *ius civile* für *iuris consultus*, oder *iuris consultus* für *ius civile* gesetzt werden konnte, beweist, dass sie für gleichbedeutend gehalten wurden.

Von Cicero mag der Ausdruck *ius civile* noch mehrmals in der Bedeutung von Streitverfahren genommen worden sein. So vielleicht:

Cic., *De off.* III, 91:

In mancipio vendendo dicendane vitia, non ea, quae nisi dixeris, redhibeatur mancipium iure civili, sed haec, mendacem esse, aleatorem, furacem, ebriosum . . .

obwohl es hier näher liegen mag, an die *iure civili* (*a iuris consultis*) *reticentiae poena constituta* (*De off.* III, 65) zu denken.

Eine besondere Beachtung verdienen jedoch die Ausführungen, mit denen Cicero in der Rede *Pro Caecina*, im Anschluss an die bereits im ersten Abschnitte (S. 4 ff.) dieser Schrift erörterte Stelle, in der Verteidigung des *ius civile* fortfährt:

Cicero, *Pro Caecina* 73—75:

Quid enim est ius civile? . . . Quid enim refert aedis aut fundum relictum a patre aut aliqua ratione habere bene partum, si incertum est, quae patrimonium tua iure mancipii sunt, ea possisne retinere; si parum communitum ius est civile ac publica lege contra alicuius gratiam teneri non potest? . . . mihi credite, maior hereditas uni cuique nostrum venit in isdem bonis a iure et a legibus, quam ab eis, a quibus illa ipsa bona relicta sunt: nam ut perveniat ad me fundus, testamento alicuius fieri potest; ut retineam quod meum factum est, sine iure civili fieri non potest. Fundus a patre relinqui potest; at usucapio fundi, hoc est, finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure civili sumitur. Quapropter non minus diligenter ea, quae a maioribus accepistis, publica patrimonium iuris quam privatae rei vestrae retinere debetis, non solum quod haec iure

civili saepta sunt, verum etiam quod patrimonium unius incommodo dimittetur, ius amitti non potest sine magno incommodo civitatis . . .

Es ist klar, dass Cicero hier nicht mehr wie in der bereits besprochenen Stelle seiner Rede *Pro Caecina* von den Juristen spricht und *ius civile* hier unmöglich mehr Juristenrecht bedeuten kann. Dort bekämpfte Cicero die, die das *ius civile* nicht anerkennen wollten: sobald die Juristen im Rechte sind, müsse man sich ihnen fügen. Nun will er weiter gehen und die Unentbehrlichkeit des *ius civile* für das Gemeinwesen beweisen. Das ist allerdings nicht leicht: Die Nützlichkeit der Jurisprudenz zu behaupten, die ja von den Laien auch nicht gar so gerne zugegeben wird, dass geht an; aber dass ein Gemeinwesen ohne Jurisprudenz gar nicht bestehen könnte, das würde ihm selbst ein Jurist nicht ohne weiteres geglaubt haben, geschweige denn seine Laienrichter. Cicero macht nun in diesem Absatze zwei Erschleichungen, die bei seiner bekannten sophistischen Manier gar nicht überraschen können. Vor allem spricht er gelegentlich davon, was dem Gemeinwesen nicht vom *ius civile*, sondern *a iure et a legibus* geboten wird, um von der Sache abzulenken, dann aber verwendet er in der Folge den Ausdruck *ius civile* offenbar in seiner zweiten Bedeutung, in der Bedeutung von Streitverfahren: das kann er allerdings ohne weiteres als für das Gemeinwesen unentbehrlich hinstellen. Da überdies unter *ius civile*, wie bereits bemerkt worden ist, auch die Rechtsgeschäfte verstanden werden, die zum Rechtserwerb führen, so liegt es nahe, darunter auch den Schutz zu verstehen, den das *ius civile* (Prozess) dem erworbenen Rechte angedeihen lässt: *quid refert aedis aut fundum in aliqua ratione habere bene partum si incertum est, quae patrimonium tua iure mancipii sunt ea possisne retinere; . . . si . . . iura finium, possessionum aquarum, itinerumque . . . haec perturbari aliqua ratione commutarique possunt, . . . ut retineam, quod meum factum est, sine iure civili fieri non potest . . . haec iure civili saeptae sunt . . .* Auch hier überall kann *ius civile* nicht mehr Jurisprudenz, sondern nur Prozess bedeuten. Diese Sophistik ist eben wieder einmal echter Cicero. Vom Standpunkte dieser Schrift muss jedoch betont werden,

dass Cicero zwar die *leges* zur Unterstützung seiner Ausführungen auch heranzieht, dass es ihm aber nicht einfällt, sie etwa anstatt *ius civile* zu setzen. Das tritt besonders scharf in dem Satze hervor: *si parum communitum ius est civile ac publica lege contra alicuius gratiam teneri non potest, . . .* der nur übersetzt werden kann: wenn der Rechtserwerb ungenügend befestigt ist, und auf Grund der Gesetze gegen den Einfluss eines anderen nicht gehalten werden kann. Das mutet also selbst Cicero seinen Laienrichtern doch nicht zu, dass sie die Bedeutung der *leges* für das Gemeinwesen mit der Bedeutung des *ius civile* verwechseln könnten; wo von einer durch *leges* geschaffenen Einrichtung die Rede ist, dort erwähnt er das *ius civile* nicht mehr: *ac usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur sed a legibus.*

Von den juristischen Schriftstellern wird *ius civile* in der Bedeutung von Gericht, Streitverfahren nicht mehr gebraucht. In der gewöhnlichen Sprache mag dieser Gebrauch sich noch im zweiten Jahrhundert erhalten haben. So wird wohl zu erklären sein:

Tacitus, *Ann.* XIII, 27:

Nec multo post ereptus amitae eius libertus Paris quasi iure civili, non sine infamia principis, cuius iussu impetratum ingenuitatis iudicium erat.

Petronius, *Satirae* 13:

Echilaratus ego non tantum quia praedam videbam, sed etiam quod fortuna me a turpissima suspitione dimiserat, negavi circuitu agendum, sed plane iure civili dimicandum, ut si nollet alienam rem domino reddere, ad interdictum veniret.

Hyginus, *De limitum controversia* p. 134 L.:

De via et actu et itinere et ambitu et accessu et rivis et vallibus fossis fontibus saepe moventur contentiones; quae omnes partes non nostram, sed forensis officii, id est iuris civilis, operam exigunt . . .

Hier überall dürfte *ius civile* etwa mit: ordentlicher Prozess zu übersetzen sein.

Der enge Zusammenhang zwischen *ius civile* im Sinne von Streitverfahren vor dem Prätor und *ius civile* in der Bedeutung

von Jurisprudenz ist aber nachweisbar; denn, wie bereits oben ausgeführt worden ist, wurde als *ius civile* nur die Rechtswissenschaft bezeichnet, die *ad res suas obtinendas* diente, die *in rebus causisque civium* angewendet worden ist. Unter *ius civile* wird also nur die Rechtswissenschaft verstanden, die sich auf den Rechtsgang vor dem Prätor (*ius civile* in diesem Sinne) bezog. Es möge hier nochmals auf die bereits gewürdigte Stelle hingewiesen werden:

Cic., *de orat.* I, 182:

. . . quam possumus reperire ex omnibus rebus civilibus causam contentionemque maiorem, [quam de ordinanda civitate, de libertate, de capite hominis consularis] praesertim cum haec non in crimine aliquo, quod ille posset infitiri, sed in civili iure consisteret? . . .

Hier geht die eine Bedeutung so sehr in die andere über, dass es kaum noch möglich ist, zu entscheiden, in welchem Sinne das *ius civile* genommen wird.

Das mag immerhin dazu dienen, um eine Vermutung über die ungefähre Entwicklung des Begriffs zu rechtfertigen. In den Anfängen der Rechtsentwicklung unterscheidet kein Volk zwischen Recht, Rechtswissenschaft und Verfahren. Da alles Recht Gewohnheitsrecht ist, die Rechtskundigen Wahrer des Gewohnheitsrechts, Träger der Rechtswissenschaft, Leiter und Bildner des Verfahrens sind, so verschwimmen die Grenzen und alles erscheint als Einheit. Das war zweifellos auch in Rom einst der Fall: die scharfe Trennung, die in den juristischen Schriften der Kaiserzeit entgegentritt, ist noch bei Cicero nur im Keime vorhanden, und war der früheren Zeit gewiss ganz unbekannt.

Dieses Recht, zu dem alle Gebiete der Rechtskunde gehören, das *universum ius*, wie es Cicero nennt, umfasst das *ius pontificium* und *ius civile* (Cicero, *de leg.* I, 14). Der Pflege des ganzen Rechts lagen seit jeher die *pontifices* ob. In diesem *ius universum* begann man schon früh — jedenfalls noch vor den XII Tafeln, die ja sonst als Kodifikation des rein weltlichen Rechts nicht möglich gewesen wären — die weltlichen und geistlichen Bestandteile zu unterscheiden, das *ius pontificium* vom *ius civile*. Zum letzten gehörten als einheitliche Masse: materielles Recht und Prozessrecht, soweit es Gewohn-

heitsrecht war, Prozess als praktische Bethätigung des Rechts und Rechtswissenschaft, also der ganze auf weltliche Dinge gerichtete Teil des pontifischen Rechtsbetriebes. Seinen Namen mochte das *ius civile* daher haben, weil es sich auf die Angelegenheiten der Bürger bezog. Dagegen gehörten die *leges* sowie das Staatsrecht nicht zum *ius civile*: sie waren Gemeingut des Volkes, nicht Wissenschaft der *pontifices*. Grundsätzlich änderten daran auch die XII Tafeln nichts: Gewohnheitsrecht und Rechtswissenschaft verblieben nach wie vor *ius civile*, nur musste das erste sich, wenigstens der Form nach, als *interpretatio* geben. Der weltliche Teil der pontifischen Rechtskunde, das *ius civile* wurde in der Folge in zwei Sammlungen veröffentlicht, in dem *ius civile Papirianum* und wohl schon früher dem *ius civile Flavianum*. Das *ius civile Flavianum* wird nur das unmittelbar Verwertbare enthalten haben; später entschloss man sich alles *ius civile* zur allgemeinen Kenntnis zu bringen, also alles was die Archive noch enthielten, insofern es nicht rein sakrale Vorschriften waren, insbesondere die sogenannten *leges regiae*: so mag das *ius civile Papirianum* entstanden sein.

War nun *ius civile* zunächst der Inhalt des pontifikalen Archivs, insofern es nicht *ius sacrum* enthielt, insofern es sich also auf die Privatangelegenheiten der Bürger bezog, so wirft das ein neues Licht auf die Livianische Erzählung:

Liv. IX, 46:

Civile ius repositum in penetralibus pontificum . . . vulgavit.

und die daraus geschöpfte bei

Valerius Maximus 2, 5, 2:

Ius civile per multa saecula inter sacra coerimoniaeque deorum immortalium abditum, solisque pontificibus notum Cn. Flavius evulgavit.

sowie auf die älteste beglaubigte Anwendung des Ausdruckes *ius civile*:

D. 1, 2, 2. 7. (Pomponius, *libro singulari enchiridii*):

Hic liber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum.

Der Ausdruck *ius civile* dürfte hier bei Livius das einzige

Mal überliefert sein, er war ihm selbst daher jedenfalls nicht sehr geläufig, und es ist sehr wahrscheinlich, dass er ihn schon in seiner Vorlage gefunden hat.

Nach Pomponius gehörten die *legis actionis*, die Geschäfts- und Klagsformularien nicht zum *ius civile*. Wie das zu verstehen sei, ist nicht klar. Im dritten Abschnitt dieser Schrift wurden Stellen aus Varro, Cicero und Festus angeführt, die die Geschäftsformularien gewissermassen technisch als *ius civile* bezeichnen. Dass es bei den Formularien für das Streitverfahren anders gewesen sein sollte, ist im vorhinein nicht wahrscheinlich: wie sollen die Römer jener Zeit die Grenze zwischen *actiones* des streitigen und nichtstreitigen Verfahrens gezogen haben? Und woher dann die Bezeichnung *ius civile Flavianum* für die Geschäfts- und Klagsformularien enthaltende Sammlung? Es ergibt sich aber aus den im dritten Abschnitte dieser Schrift angeführten Stellen, dass auch die Spruchformeln *ius civile* waren. Das *agere* der Juristen war zweifellos *ius civile* und was kann es anders gewesen sein als die Verfassung von Spruchformeln? Denn *cavere* war die Verfassung der Geschäftsformulare, *respondere* die Erstattung von Gutachten, *scribere* war — wenn es von *agere* unterschieden werden soll — die Verfassung von Schriftformeln. Vielleicht beruht die ganze Unterscheidung zwischen *legis actiones* und *ius civile* auf einem Missverständnis, vielleicht ist sie Eigenbau des Pomponius, der so sehr an dem *proprium ius civile quod sine scripto venit* haftete, dass er die immerhin schriftlich überlieferten Spruchformeln nicht zum *ius civile* zählen mochte.

Nach allen diesen Richtungen trat mit der Verweltlichung des Rechts keine wesentliche Aenderung ein. *Civile ius repositum in penetralibus pontificum* wurde Gemeingut, damit änderte sich weder sein Inhalt noch sein Name. Nur eine Erweiterung hat es erfahren: zu den bisherigen Bethätigungsarten der Juristen kam eine neue, die schriftstellerische Tätigkeit. Sie wurde mit dem hergebrachten *cavere, respondere, agere* in eine Linie gestellt, als *ius civile* bezeichnet und behandelt.

Diese Stellung des *ius civile* trägt schon den Keim zu einer Begriffsentwicklung in sich. Der Form nach ist es und

darf es nichts anderes sein als *interpretatio* der *leges*, und wenn es auch thatsächlich weit darüber hinausgeht, zum Teil ist es doch nur eine überwuchernde Auslegung des Gesetzes, und es ist nicht möglich die Grenze zwischen *lex* und *ius civile* zu ziehen. Abgesehen vom gesetzlichen Erbrecht wird zwar eine Bestimmung des XII-Tafelrechts als solche nur in einem unten anzuführenden Reskripte Diocletians zum *ius civile* gerechnet, die *leges* samt dem Recht aber, das die *interpretatio* angesetzt hat, einigemal:

D. 26, 1, 1, *pr.* (Paulus, *l. trigesimo octavo ad edictum*):

Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa.

Es wird sich Servius nur darum gehandelt haben, die Gewalt des Vormundes von der Gewalt der Magistrate zu scheiden: *vis ac potestas iure civili data ac permissa* von der *vis ac potestas iure publico data ac permissa*. Um den Gegensatz zum *ius publicum* nachdrücklich hervorzuheben, mag er den ungenauen Ausdruck *ius civile* gewählt haben, ohne Rücksicht darauf, dass sich die Vormundschaft auch auf Bestimmungen des Gesetzesrechts gründet. Es ist jedoch nicht unwahrscheinlich, dass Servius geschrieben habe: *legibus et iure civili*. Diese Wendung, noch bei Cicero so häufig, ist in der Kaiserzeit abgekommen und wurde vielleicht schon in der Quelle, aus der Paulus den Anspruch des Servius herübergenommen hat, durch das blosse *iure civili* ersetzt.

Gaius II, 253:

Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut, si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae iure civili heredi et in heredem competere, ei et in eum darentur, cui ex fideicommissis restituta esset hereditas.

D. 36, 1, 41 (Paulus, *l. vicensimo ad edictum*):

Quamvis senatus de his actionibus transferendis loquatur, quae iure civili heredi et in heredem competunt...

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass durch das *iure civili* das bisherige Recht gegenüber dem Recht des

Senatusconsults bezeichnet werden sollte. Die Bestimmung über den Uebergang der Forderungen auf die Erben und gegen die Erben beruht vielleicht in letzter Linie auf den XII Tafeln, aber ausgestaltet wurde sie durch das Juristenrecht. Es ging nicht an, etwa zu bestimmen: *actiones quae ex lege XII tabularum heredi et in heredem competunt*, denn das SC. ordnete die Uebertragung der *actiones* so an, wie sie nach dem *ius civile* geschehen sollte: dabei musste die Vorschrift der XII Tafeln, über die Teilung der *nomina* beim Erbgang, die nur den historischen Anknüpfungspunkt für die Rechtswissenschaft bildete, selbstverständlich ausser Betracht bleiben.

J. 2, 5, 6; 6, *pr.*:

Exposuimus summam, quibus modis iure gentium res acquiruntur: modo videamus quibus modis legitimo et civili iure acquiruntur. Iure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderat eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave qua iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis, biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent. Et cum hoc placitum erat...

Die justinianischen Institutionen verstehen das *iure civili* (*constitutum fuerat*) als Gegensatz zum *iure gentium*. Das war ganz gewiss nicht der Sinn der Vorlage der Institutionen. *Ius civile* als Gegensatz zum *ius gentium* ist nicht eine Rechtsquelle, sondern ein Rechtsgebiet, eine Rechtsregel kann *iuris civilis* oder *iuris gentium* sein, sie kann aber nicht vom *ius civile* oder *ius gentium* geschaffen sein, es giebt daher ebenso wenig ein *constitutum iuris civilis* (in diesem Sinne), als es ein *constitutum iuris gentium* in diesem Sinne giebt. *Iure civili constitutum est* bedeutet daher immer: es ist durch *prudantium auctoritas* bestimmt. Auch die Bemerkung im Beginne des zweiten Satzes: *et cum hoc placitum erat*, die wohl ebenfalls von der Vorlage herrührt, kann sich nur auf Juristenrecht beziehen. Die Verfasser der Institutionen haben dem *ius civile* wohl infolge eines Missverständnisses den Sinn beigelegt, den es jetzt hat.

Die *usucapio* ist schon in den XII Tafeln vorgeschrieben. Aber ein Blick auf die Institutionenstelle zeigt, dass hier

auch *ius civile* nicht der XII-Tafelsatz, sondern die Ausgestaltung der *usucapio* durch die *interpretatio* genannt wird. Die Erfordernisse der *bona fides*, der *iusta causa*, die Einschränkung auf das *solum Italicum*, all das rührt nicht von den XII Tafeln, sondern vom *proprium ius civile* her. Es ging daher auch hier nicht an, etwa anstatt *iure civili constitutum est* zu sagen: *lege duodecim tabularum constitutum est*, da fast alles, was von der *usucapio* angegeben wird, gar nicht in den XII Tafeln bestimmt war. Es möge gestattet sein, nochmals auf *D. 9, 2, 51, 2* hinzuweisen, wo Julian die Ausgestaltung der *actio legis Aquiliae* auf *ius civile (auctoritas veterum)* zurückführt.

An sich ist die Vieldeutigkeit des Ausdrucks *ius civile* sehr natürlich. Die Sprache ist ein sehr unvollkommenes Werkzeug des Gedankenausdrucks und es ist ein Irrtum, wenn man glaubt, die Worte hätten irgendwie eine festumschriebene Bedeutung: in Wirklichkeit hat jedes Wort unserer Sprache nur einen ungefähren Sinn, der überdies fortwährend wechselt, je nach Zeit, Ort und Individualität des Sprechenden; was es im einzelnen Falle bedeutet, muss man oft recht unsicher aus dem Zusammenhange und den sonstigen Verhältnissen bestimmen. *Ius civile* bedeutete ungefähr: Gericht, Prozess, die Jurisprudenz, zumal die sich auf den Prozess beziehende, das Recht, das aus dieser Jurisprudenz hervorging, das Gewohnheitsrecht, dessen Wahrer die Juristen waren. Seit Cicero verlieren sich die beiden ersten Bedeutungen immer mehr, bei den Juristen der Kaiserzeit sind sie nicht mehr nachweisbar. Ausgeschlossen sind aus dem *ius civile* das eigentliche positive Recht, die *leges, senatusconsulta constitutiones*. Nicht ausgeschlossen ist es aber wieder, dass einzelne, von den Juristen ausgestaltete Grundsätze des gesetzlichen Rechts, in der Gestaltung die sie von den Juristen erhalten haben, *ius civile* genannt werden.

Das ist nun allerdings ein ausserordentlich schillernder Ausdruck. Dazu kommt noch, dass seine Bedeutung sich vielfach verschiebt, je nachdem, was im einzelnen Falle als Gegensatz gedacht ist: *ius sacrum, ius publicum, lex*, oder, worauf noch zurückzukommen sein wird, *ius gentium, ius honorarium*. Immerhin ist es sehr merkwürdig, dass Cicero schreiben konnte:

Cicero, *Topica* 28 (ebenso wörtlich nach Cicero, *Julius Victor* p. 379, Halm):

Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum: partitionum, cum ea res, quae proposita est, quasi in membra discernitur; ut si quis dicat, ius civile id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus iudicatis, [iuris] peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat. Divisionum autem definitio formas omnis complectitur, quae sub eo genere sunt, quod definitus ...

Versteht man hier unter *ius civile* das geltende Recht, dann ist die Stelle wohl für jede Auffassung eine Verlegenheit. Die herrschende Lehre⁹⁾ konnte sie schon wegen der *edicta magistratum* nicht ernst nehmen. Vom Standpunkt dieser Schrift ist aber vor allem hervorzuheben, dass hiernach, wörtlich genommen, das *ius publicum* und das Recht der *iudicia publica* zum *ius civile* gehören würde, was doch gewiss im Sinne Ciceros nicht der Fall war.

Die Schwierigkeiten werden beseitigt, wenn angenommen wird, Cicero habe hier *ius civile* nicht im Sinne von geltendem Recht, also in einer Bedeutung, die ja sonst bei ihm nicht nachweisbar ist, sondern im Sinne von Rechtswissenschaft, Rechtskenntnis, also in der Bedeutung genommen, die es etwa in *iuris civilis scientia, ius civile discere* hat. Das wird dadurch bewiesen, dass Cicero in dieser Stelle, wo er von dem Unterschied zwischen der *definitio partitionum* und *definitio divisionum* handelt, ein Beispiel für die *definitio partitionum* geben will. Die *definitio partitionum* besteht in der Aufzählung der Teile, aus denen ein Ding zusammengesetzt ist, die *definitio divisionum* in der erschöpfenden Aufzählung der zu einer Gattung gehörenden Arten. (*Quint. Inst. V. 10, 62; 63: Cicero ... divisione adiuvare finitionem docet, eamque differre a partitione, quod haec sit totius in partis, illa generis in formas.*) Wäre hier *ius civile* geltendes Recht, dann hätte Cicero ein Beispiel nicht für die *definitio partitionum*, sondern für die *definitio divisionum* gegeben; denn *lex, senatusconsultum* u. s. w. sind Arten des geltenden Rechts, jedem von ihnen kommt das Prädikat: geltendes Recht zu, und Cicero hätte dann den Begriff des geltenden Rechts

⁹⁾ Vergl. jetzt Pernice, *Z. Sav.St.* XX S. 143 ff.

durch Aufzählung aller Arten des geltenden Rechts bestimmt. Für die *definitio partitionum* gilt das Beispiel nur, wenn *ius civile* Rechtskunde heisst; dann wollte Cicero sagen: Rechtskunde sei das, was in den *leges, . . . mos, aequitas* beruhe, sich darauf gründe (Georges Lat.-deutsch. Handw. *consistere* II, 2b, $\beta\beta$ in etwas beruhen, auf etwas sich gründen; vgl. die dort angeführte Stelle aus Cicero: *in interitu tuo . . . libertas populi Romani dignatasque consistit*). Das giebt immerhin einen annehmbaren Sinn, zumal wenn man bedenkt, wie flüchtig im übrigen die *Topica* geschrieben sind. Freilich hat diese Auffassung der Stelle auf den ersten Blick hin etwas Befremdendes. Aber man darf es eben nicht aus den Augen lassen, dass Cicero nicht jemand, der nicht weiss, was *ius civile* sei, diesen Begriff erklären, sondern Römern, von denen er doch voraussetzen muss, sie würden unter *ius civile* Rechtskunde verstehen, ein Beispiel der *definitio partitionum* geben will. Gewiss wird aber, wer in der Stelle seinen vorgefassten Gedanken, *ius civile* bedeute: geltendes Recht, bestätigt findet, in ihr unmöglich ein Beispiel der *definitio partitionum* erblicken können. Allerdings hat Cicero hier einen unklaren Gedanken recht unglücklich ausgedrückt und bezeichnend ist es, dass er selbst mit den Worten *si quis dicat* gewissermassen die Verantwortung für diese Begriffsbestimmung ablehnt. Diese Worte, die Cicero vielleicht ganz unbewusst entschlüpft sind, sind psychologisch wertvoll, denn sie zeugen von einer gewissen Unsicherheit. Wenn aber die Stelle auch aus allen diesen Gründen nicht geeignet ist, irgend welcher Lehre als Grundlage zu dienen, so genügt es für die Zwecke dieser Schrift doch, dass bewiesen werden kann, dass sie der hier vertretenen Auffassung des *ius civile* nicht widerspricht.

Ist nun aber in republikanischer Zeit *ius civile* im allgemeinen das Recht, über das man beim Juristen die Auskunft einholt, wenn man einen Streit führen oder ein Rechtsgeschäft vornehmen will, so ist es leicht begreiflich, dass es in der Kaiserzeit, in der Sprache des gewöhnlichen Lebens, auch überhaupt das geltende, verbindliche Recht bedeuten kann:

Seneca, *De benef.* VII, 4, 2:

Iure civili omnia regis sunt. Et tamen illa, quorum ad

regem pertinet universa possessio, in singulos dominos descripta sunt et unaquaqueque res habet possessorem suum.

Einen ähnlichen Gedanken bringt zum Ausdruck der Kirchenvater

Lactantius, *Instit.* IV, 29, 7 (angeführt von Ferrini a. a. O.):

Cum quis habet filium, quem unice diligit, qui tamen sit in domo et in manu patris licet ei nomen domini potestatemque concedit, civili tamen iure et domus una et unus dominus nominatur.

Diese Bedeutung hat *ius civile* wohl auch bei:

Ovidius, *Metamorph.* XV, 832 (angeführt bei Jörs, Die Ehegesetze des Aug. S. 46):

Pace data terris animum ad civilia vertet

Iura suum legesque ferret iustissimus auctor.

obwohl es offenbar nicht ausgeschlossen ist, dass *legesque* in Gegensatz zu *civilia iura* gebracht sein könnte.

In der juristischen Litteratur fehlt es fast an allen Spuren eines derartigen, sich an den des gewöhnlichen Lebens anschliessenden Sprachgebrauchs. Immerhin mögen folgende Stellen angeführt werden, die sich aber alle in anderer Weise erklären lassen:

D. 50, 17, 8 (Pomponius, *l. quarto ad Sabinum*):

Iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt . . .

Die Stelle handelt von der *capitis diminutio* durch Adoption oder Emanzipation, also Einrichtungen des Juristenrechts. Es spricht aber vieles dafür, dass *ius civile* hier einfach geltendes Recht bedeutet.

D. 42, 8, 24 (Scaevola, *l. singulari quaestionum publice tractatarum*):

. . . sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est.

Auch diese Stelle könnte auf eine Vorschrift des Juristenrechts bezogen werden: die Tilgung der Schuld durch Zahlung; nur die *solutio per aes et libram* beruhte auf der *lex*. Es ist aber nicht wahrscheinlich, dass der Jurist die Geltung des Grundsatzes auf das Juristenrecht eingeschränkt wissen wollte. Vielleicht hat er unter *ius civile* das Recht der Geltendmachung

des Anspruchs verstanden. Aber auch die Bedeutung: Rechtswissenschaft ist hier nicht unmöglich.

Es ist wahrscheinlich, dass in allen diesen Stellen, in denen der vulgäre Sprachgebrauch durchschimmert, als Gegensatz zum *ius civile* das *ius publicum* zu denken ist, wenigstens in der engeren Bedeutung von Staatsrecht: aber nicht so, dass in den Stellen der Gegensatz zum *ius publicum* durch den Ausdruck *ius civile* hervorgehoben werden sollte, sondern nur in dem Sinne, dass die Schriftsteller den Ausdruck *ius civile* nicht gebraucht hätten, wenn sie auch Einrichtungen *iuris publici* hätten bezeichnen wollen (vergl. auch Lactantius, *Inst.* VI, 23, 24 mit der S. 83 angeführten Stelle desselben Schriftstellers).

VII.

Ius civile und *ius gentium*.

Der Grundsatz der Nationalität des Rechts ist in den Anfängen der Rechtentwicklung nur der Ausdruck der Rechtlosigkeit der Fremden. In Rom gilt die *lex* nur für den Bürger, wie schon früher das Wohnheitsrecht nur für den Bürger gegolten hatte, und da das *ius civile* der Form nach eine *interpretatio* der *lex* war, so hat es schon aus diesem Grunde nur für Bürger gelten können. Der innere Grund war selbstverständlich der, dass es im republikanischen Rom ebensowenig jemand einfallen konnte, der Fremden wegen Jurisprudenz zu treiben, wie ihretwegen Gesetze zu erlassen.¹⁾ Die *lex* und die *interpretatio* soll eben nur dem Bürger zu Gute kommen. Dass das *ius civile* nur ein Recht für Bürger ist, war also selbstverständlich und fiel jedenfalls ebensowenig auf, als sonst Selbstverständliches aufzufallen pflegt: umsoweniger kann angenommen werden, diese Selbstverständlichkeit habe den Anlass gegeben, es *ius civile* zu nennen.

¹⁾ Dass Rom den unterworfenen Völkern ihr Recht liess, war weder Gunst noch höhere politische Weisheit, sondern selbstverständlich. Die viel erörterte Frage, warum die römischen Wuchergesetze für die Latiner und *socii* nicht gegolten habe, beantwortet Cicero, *P. Balbo* 21: *immunerabiles leges de iure civili sunt latae; quas Latini voluerunt, asciverunt.*

Es ist aber auch nicht wahrscheinlich, dass die Römer ihr Recht von Anfang an als *ius civile* zu dem Zwecke bezeichnet hätten, um so den Gegensatz zum Rechte der anderen Völker auszudrücken, also den Gegensatz des *ius civile Romanorum* zum *ius civile Carthaginiensium* oder *Atheniensium*. Das würde eine Fähigkeit der Abstraktion und Verständnis für fremde Eigenart voraussetzen, die auf dieser Entwicklungsstufe kaum vorkommen dürfte. Römisch war es gewiss nicht, die eigene Art neben die fremde zu setzen und diese so gewissermassen als gleichberechtigt anzuerkennen. Es wäre auch ganz ohne Beispiel, denn weder ihre Religion noch ihr Staatswesen haben den Römer als *civilis* bezeichnet, um sie von denen der anderen Völker zu unterscheiden; was sie hätte veranlassen können, es bei ihrem Rechte zu thun, nicht nur aus einem besonderen Anlasse, sondern jeden Augenblick, bei jedem *iuris civilis peritus*, jeder *iuris civilis regula* hervorzuheben, dass es sich da um ein Ding handle, das den Römern eigen ist, ist wohl nicht leicht einzusehen. Wenn Varro im Anschluss an die Griechen in der Religion das *genus mythicon*, *physicon* und *civile* unterscheidet, so versteht er darunter nicht etwa die römische Religion im Gegensatze zu der anderer Völker:

Augustinus, *De civit. Dei* VI, 5:

Tertium genus (civile) est, inquit, quod in urbibus cives, maxime sacerdotes nosse atque administrare debent. In quo est, quos deos publice, sacra ac sacrificia colere et facere quemque par sit . . .

Iuris civilis scientia, ius civile discere, iuris civilis peritus, omnis definitio in iure civili periculosa, regula, ratio, argumentum iuris civilis, alle diese und ähnliche Wendungen hängen offenbar mit dem *ius proprium civium Romanorum* nicht zusammen. Es wäre ganz unmöglich, den Ausdruck *ius civile* durch den Ausdruck *ius proprium civium Romanorum* zu ersetzen. Hier überall bedeutet *ius civile* Rechtswissenschaft, Rechtskenntnis, zunächst allerdings Wissenschaft oder Kenntnis des römischen Rechts: aber das hinderte schon Cornelius Nepos nicht, von der *iuris civilis prudentia* des Cimon zu sprechen.

Der Gegensatz, in dem *ius civile* zum *ius gentium*, zum Rechte anderer Völker steht, hat daher mit der ursprünglichen Bedeutung des Ausdrucks an sich nichts zu thun. Noch bei Livius

und Sallust bedeutet *ius gentium* nie etwas anderes als Völkerrecht besonders Gesandtenrecht.²⁾ Eine Verschiebung trat wohl erst ein, als die den Fremden bisher auf Grund von Gastverhältnissen und völkerrechtlichen Verträgen, also kraft Völkerrechts, gewährte Rechtsschutz zur Regel wurde, und sich dafür mehr oder weniger feste Normen ausgebildet haben, die jetzt ebenfalls *ius gentium* genannt werden. Nunmehr gibt es in der That ein *ius civile* für *cives*, ein *ius gentium* für Fremde, besonders aber für den Verkehr zwischen Bürgern und Fremden.

Die Grundsätze des *ius gentium* werden schon frühe auch auf die Rechtsverhältnisse der Römer angewendet, sie dringen teils durch prätorisches Recht,³⁾ teils durch das Juristenrecht ein.⁴⁾ Wlassak hat bereits längst darauf hingewiesen, dass das von den Juristen zur Geltung für Bürger gebrachte *ius gentium* eben dadurch *ius civile* geworden ist; es verpflichtete also die Bürger nur deswegen, weil es *ius civile* war, *ius gentium* als solches hat für römische Bürger nie irgendwelche Bedeutung gehabt. Aber nach dem Eindringen des *ius gentium* ins *ius civile* müssen in diesem zwei Bestandteile unterschieden werden: der eine, das ursprüngliche *ius civile*, die *interpretatio*, gilt nur für Bürger, der andere, der jedenfalls in der Kaiserzeit, obwohl er *ius civile* geworden ist, *ius gentium* genannt wird, gilt sowohl in Angelegenheiten der Bürger als auch der Fremden. Es ist gewiss sehr merkwürdig, dass im *ius civile* diese beiden Körper von Rechtsregeln nebeneinander bestehen konnten, ohne dass der eine vom anderen aufgesogen worden ist; es ist nur verständlich, wenn man annimmt, die *interpretatio* sei zur Zeit, als das *ius gentium* einzudringen begann, eine ziemlich feste, erstarrte Masse gewesen, die neuen Stoff nicht mehr aufnahm und von der sich die zweite Schichte sehr

²⁾ Vergl. I, 14, 1; IV, 17, 4, 32, 5; V, 36, 8, 5; 7; VI, 1, 6; VII, 6, 11; VIII, 5, 2; 6, 7; IX, 10, 90; XI, 9, 3; XXI, 10, 6; Sall., *Jug.* 37, 3; Seneca, *Dial.* V, 2, 5. Dazu auch Cicero, *Rab. Post.* 42.

³⁾ Wlassak, R.P.G. S. 89, 359. — Vergl. Mommsen, *Röm. Staatsr.* III S. 604 A. 2.

⁴⁾ Wlassak, *Neg. gestio* S. 153 ff.

deutlich abhub.⁵⁾ Die Sache verhält sich so, dass man in der Regel, wenn man vom *ius civile* spricht, darunter beide Bestandteile versteht, so insbesondere in den Wendungen *ius civile discere*, *scientia iuris civilis*, *iuris civilis peritus*, *libri iuris civilis*, dass aber manchmal die ältere Schichte der neuen entgegengesetzt wird: dann heisst sie *ius civile*, die neuere dagegen *ius gentium*. Diese engere Bedeutung hat *ius civile* wieder in zahlreichen stehenden Wendungen: *regula iuris civilis*, *ratio iuris civilis*, *iure civili constitutum*. Gaius spricht demgegenüber von einer *regula iuris gentium*, die teilweise anerkanntes Recht — also *ius civile*? — teilweise durch *leges* ausser Kraft gesetzt worden sei.⁶⁾

In der ältesten Erwähnung des Gegensatzes des *ius civile* und *ius gentium* wird dieser bereits als hergebracht bezeichnet: Cicero, *De off.* III, 69:

Itaque maiores aliud ius gentium aliud ius civile esse voluerunt, quod civile non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet . . .

Auch wird das *ius civile* bereits mit Bezug auf diesen Gegensatz bestimmt von:

Cicero, *Topica* 5:

Ius civile est aequitas constituta eis, qui eiusdum civitatis sunt ad res suas obtinendas.

Es wäre zweifellos voreilig, wenn man ohne weiteres annehmen wollte, *ius civile* bedeute in diesen beiden Stellen etwas anderes, als sonst bei Cicero. Dazu ist gar kein Anlass vorhanden. *Ius civile* ist hier dasselbe, was es sonst in der Regel ist: Gericht, Prozess, Rechtswissenschaft, Juristenrecht, Gewohnheitsrecht. Diesen, die nur für Bürger galten, setzten schon die Alten, *maiores*, das Juristenrecht und Gewohnheitsrecht der Fremden, — vielleicht auch das Fremdengericht und den Fremdenprozess, — als *ius gentium* gegenüber. Rationalistisch gefärbt, von historischen Zufälligkeiten frei, sagt es Cicero besonders zu, daher meint er: *quod gentium idem civile esse debet*. Aus der Stelle ergibt sich daher gewiss nicht, dass

⁵⁾ So vielleicht Karlowa, R. R.G. II S. 417 ff.

⁶⁾ Gaius I, 80.

die Alten oder Cicero selbst das ganze Recht des römischen Bürgers, mit Einschluss der *leges*, *ius civile* genannt hätten; ebensowenig als Cicero zum *ius gentium* etwa auch die einzelnen den Nichtbürger verpflichtenden *leges* zählt.

Aus Cicero ist auch nicht zu entnehmen, ob sein *ius gentium* auch für den Verkehr der *cives* untereinander gegolten hat: jedenfalls ist dies unwahrscheinlich, da, wie Bremer⁷⁾ nachgewiesen hat, kein Jurist vor Hadrian das *ius gentium* erwähnt. Erst viel später, in der Kaiserzeit, nachdem man begonnen hatte im *ius gentium* ein unmittelbar auch auf Bürger anwendbares Recht zu erblicken, tritt es in den Vordergrund, dass das *ius civile* ein nur für Bürger geltendes, den Bürgern gegebenes Recht ist, und das kommt auch in den Begriffsbestimmungen zum Ausdruck:

Gaius I, 1 = J. 1, 2, 1:

... quod quisque populus ipse sibi ius constituit id ipsius proprium est, vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis, quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium... Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.

D. 1, 1, 11 (Paulus, libro quarto decimo ad Sabinum):

Ius ... dicitur ... altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile.

Dositheus 1, 2. (Nach Krüger):

Ius civile autem proprium est civium Romanorum, ab eo dictum, quod nostra civitas eo ... utitur. Sed quidam hoc esse praedicant, quod omnibus civibus peculiariter aut maiori parti expedit.

Isidorus Hispalensis *Etymologia* V, 5:

Ius civile est, quod quisque populus vel civitas sibi proprium vel humana divinaque causa constituit.

Boëthius, *In Top.* III p. 321 Or.:

Nam iure civili fieri aliquid non inter alios nisi inter cives Romanes potest, quorum est etiam ius civile, quod duodecim tabulis continetur.

⁷⁾ *Iurispr. Antehadr.* III p. XXII.

Excerpta ex codice Cassinensi (Corpus Glossar. V S. 548):

Ius civile est, quod quisque populus vel civitas sibi proprie constituit.

Weder von Cicero noch von den Klassikern dagegen wird dem *ius civile* das Recht anderer Völker nebengesetzt oder entgegengesetzt. Eine Ausnahme könnte man sehen in:

Cic., *De orat.* I, 197:

Percipietis etiam illam ex cognitione iuris laetitia et voluptatem, quod, quantum praestiterint nostri maiores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intelletis, si cum illorum [Lycurgo et Dracone et Solone] nostras leges conferre volueritis; incredibile est enim, quam sit omne ius civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum.

Die Stelle ist in der That sehr bemerkenswert. Cicero will zum Studium des Rechts aneifern, lobt daher die Vortrefflichkeit des römischen Rechts im Vergleich mit dem Recht anderer Völker: wo er aber das fremde Recht wirklich mit dem Recht der Römer zusammenstellt, spricht er nicht wie in all den sonstigen Ausführungen an dieser Stelle vom *ius civile*, sondern von *leges*: *si cum illorum nostras leges conferre volueritis*. Des Ausdrucks *leges* bediente man sich bekanntlich regelmässig, um das Recht griechischer Staaten zu bezeichnen (*leges Solonis, Charondaes*).

Wenn nun Cicero in der Folge davon spricht, *quam sit omne ius civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum*, so ist es wohl klar, dass hier *ius civile* nicht dasselbe wie *leges* bedeuten kann: es werden eben die *leges* der Römer mit denen der Griechen und das auf ihnen beruhende *ius civile* der Griechen mit dem der Römer verglichen.

Ebensowenig spricht vom *ius civile*

Cicero, *In Verr.* I, 13:

Hoc praetore Siculi neque suas leges, neque nostra senatus-consulta neque communia iura temerunt.

Wenn Cornelius Nepos von der *iuris civilis prudentia* des Cimon spricht, so wurde bereits darauf hingewiesen, dass damit nicht das Recht, sondern die Jurisprudenz der Athener

gemeint ist. Das erste Mal wird ein fremdes Recht *ius civile* genannt von

Schol. Gron. p. 391 Or. (zu der soeben angeführten Verrinenstelle, nach Orellis Restitution):

Suas leges] Omne enim ius civile Siciliae est aut proprium civitatis aut civium Romanorum, quod a populo Romano suscepit provincia Sicilia per P. Rutilium ...

Neque communia iura] iura gentium sunt.

In diesem Sinne nimmt *ius civile* offenbar auch der Kirchenvater:

Lactantius, *Inst. div.* VI, 9, 7 (angeführt von Ferrini a. a. O.):

Aliud est igitur civile ius, quod pro moribus utique variatur, aliud vera iustitia quam uniformam ac simplicem proponit omnibus deus.

Erst in den Institutionen wird in einer allerdings vielleicht einer klassischen Vorlage entnommenen Stelle das *ius civile Romanorum* mit dem *ius civile* anderer Völker in Zusammenhang gebracht

J. 1, 2, 2:

Sed ius quidem civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium: nam si quis velit Solonis vel Draconis leges appellare ius civile Atheniensium, non erraverit. Sic enim et ius, quo populus Romanus utitur, ius civile Romanorum appellamus, vel ius Quiritium, quo Quirites utuntur ... Ius autem gentium omni humano generi commune est ...

Auch hier wird bezeichnenderweise zunächst nur von *Solonis vel Draconis leges* gesprochen und diese dem *ius civile* entgegengesetzt: dass das *ius civile Atheniensium* der gewöhnlichen Sprache nicht geläufig war zeigt die Ausdrucksweise (*non erraverit*).

Aber überall, selbst in der letztgenannten Institutionenstelle, wird dem *ius civile Romanorum* nicht das *ius civile Atheniensium*, sondern das *ius gentium* entgegengesetzt. *Ius civile Romanorum* ist nicht das Recht der Römer im Gegensatze zum Recht anderer Völker, *ius civile Romanorum* ist, ebenso wie das *ius proprium civium Romanorum*, das Recht, das den Römern ausschliesslich eigen ist, im Gegensatze zu dem Rechte, das

ihnen mit anderen Völkern gemein ist. Dem *ius civile Romanorum* wird das *ius civile Siciliae*, *ius civile Atheniensium* nicht entgegen- sondern nebengesetzt und beide zusammen werden dem *ius gentium* entgegengestellt: wo die Römer ihr Recht unmittelbar dem Recht anderer Völker entgegensetzen, sprechen sie nicht vom *ius civile Romanorum*, sondern vom *ius Romanum*,⁸⁾ *ius Romanorum*⁹⁾ vielleicht auch vom *ius Quiritium*.¹⁰⁾

Die angeführten Begriffsbestimmungen des *ius civile* seit Cicero zerfallen offenbar in zwei Gruppen. Zur ersten gehört die, die Cicero in den *Topica* gibt, zur zweiten alle anderen seit Gaius. *Ius civile* ist nach Cicero *aequitas constituta eis, qui eiusdem civitatis sunt*: es ist kaum anzunehmen, dass Cicero, bei dem *aequitas* immer einen Gegensatz zum positiven Recht bedeutet, hier diesen Ausdruck ohne jede Absicht gebraucht hätte; Cicero hat offenbar den Ausdruck *aequitas* absichtlich gewählt, um die *leges* auszuschliessen. Die Begriffsbestimmungen der Späteren schliessen dagegen zweifellos das positive Recht ein: die *leges*, *constitutiones*, und wohl auch die *edicta magistratum*. Der galianische Ausdruck: *quod quisque populus ipse sibi ius constituit*, der sich bei Isidorus und in den *excerpta ex codice Cassinensi* wiederfindet, setzt dieses wohl ausser allen Zweifel. Für Boethius, von dem Wlassak¹¹⁾ annimmt, er habe aus einer guten Quelle geschöpft, ist *ius civile*: *quod duodecim tabulis continetur*; etwas Ähnliches findet sich aber sonst nirgends und man könnte darin mit Grund Eigenbau des Boethius erblicken. Aus dem ganz verstümmelten § 2 des Dositheus Schlüsse zu ziehen ist jedenfalls nicht geraten.

Zwischen Cicero und Gaius dürfte daher eine Entwicklung liegen, deren Mittelglieder zwar bei dem heutigen Stande der

⁸⁾ Pseudo-Asconius p. 212 Or.

⁹⁾ Gai III, 96.

¹⁰⁾ J. 1, 2, 2; Isid., *Etym.* V, 9. — *Glossa Abavus* (*Corpus Glossar.* IV, 358) *Ius cyritium ius romanorum, romani enim sunt cyrites.* — *Glossarium amplius secundum* (*Corpus glossarior.* V 305) *ius cyritum ius Romanorum qui romani cyritem.*

¹¹⁾ R. P.G. II S. 146 A. 14.

Quellen nicht mehr festgestellt werden können, deren treibende Kräfte aber immerhin deutlich wahrnehmbar sind. Von dem Zeitpunkte an, wo das *ius gentium* als solches in das *ius civile* aufgenommen, also auf den Verkehr der Bürger untereinander anwendbar erklärt worden ist, musste im Lehrvortrage und in der schriftstellerischen Darstellung des Rechts jeden Augenblick die Frage beantwortet werden, welche Einrichtungen dem Nichtbürger und Sklaven zugänglich seien, welche Rechtsätze auch für den Verkehr des Bürgers mit dem Nichtbürger und Sklaven gelten. Ausschliesslich für Bürger und den Sklaven als Erwerbswerkzeug des Bürgers galten *leges, senatus-consulta, constitutiones*¹²⁾ und der Teil des *ius civile*, der mit der alten *interpretatio* zusammenfiel und als abgeschlossene Masse dem *ius gentium* gegenübergestellt wurde; da war es ausserordentlich naheliegend, die *leges, senatus-consulta, constitutiones* und den nur für Bürger geltenden Teil des *ius civile* zusammenzufassen und mit dem ohnehin in der gewöhnlichen Sprache zur Bezeichnung des ganzen geltenden Rechts üblichen Ausdruck *ius civile* benannt, dem *ius gentium*, als dem auch für Fremde geltenden Rechte, entgegensetzen. Diese Umwälzung fällt daher aller Wahrscheinlichkeit nach in die Zeit zwischen Gaius und Cicero.

Dasselbe gilt wohl auch vom Gegensatze des *ius civile* und *ius naturale*. Alles spricht dafür, dass die Römer unter *ius gentium* zunächst die zur allgemeinen Anerkennung gelangten Regeln des unter Fremden anwendbaren Rechts verstanden haben, dass sie aber, wenn es an solchen Regeln mangelte, in Fragen, die nach *ius gentium* zu entscheiden wären, auf eine rationalistische Billigkeit zurückgriffen, die sie als *ius naturale* bezeichneten, ohne es aber im einzelnen Falle genau vom *ius gentium* zu unterscheiden.¹³⁾ Für die Sklaven, insofern bei ihnen Rechtsfragen überhaupt in Betracht kommen, gilt selbstverständlich nur das *ius naturale*. Eine scharfe Grenze zwischen *ius gentium* und *ius naturale* dürfte ganz unmöglich zu ziehen sein:

D. 1, 1, 6, pr. (Ulpian, *libro primo Institutionum*).

¹²⁾ Hierzu der II. Bd. von Wlassak, Röm. P.G.

¹³⁾ Vergl. Pernice Z. Sav.St. XX S. 138 A. 2.

... *Ius civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium id est civile effeimus* ...

J. 1, 2, 11 (nicht Justinianisch!):

Sed naturalia quidem iura ... semper firma atque immutabilia permanent, ea vero, quae ipsa sibi civitas quaeque constituit saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata.

Damit ist wohl noch in Zusammenhang zu bringen:

Quintillian, *Inst. orat.* XII, 2, 3:

... *erit ... iustus qui aequi bonique tractatum, qui leges quaeque natura sunt omnibus datae quaeque proprie populis et gentibus constitutae, nunquam eruditore aliquo sermone tractarit?*

Gellius VI, 3, 45:

*Ac primum ea non incallide acquisivit, 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.*¹⁴⁾

Vergleicht man die Begriffsbestimmung Ciceros mit der des Gaius und der Späteren, so gewahrt man noch nach einer anderen Richtung hin einen bedeutenden Unterschied. Bei Cicero ist das *ius civile: aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt*, bei Gaius *quod quisque populus ipse sibi ius constituit*. Die Worte Ciceros sind der naive Ausdruck einer Anschauung, für die die Nationalität des Rechts etwas Notwendiges ist, für Gaius ist die Nationalität des Rechts eine positive Anordnung: das Volk selbst hat sich das Recht so gegeben. Paulus und die Quelle des Dositheus gehen darüber hinaus: es ist das Recht, das allen Bürgern oder einem Teile frommt; sie versuchen daher die Nationalität des Rechts rationalistisch zu begründen. (*Ius, quod omnibus aut pluribus ... utile est; quod omnibus ... aut maiori parti expedit.*) Das was für Cicero selbstverständlich ist, ist für Gaius eine positive

¹⁴⁾ Die Stelle ist nicht der Rede Catos entnommen, sondern enthält die eigenen Worte von Gellius: Vergl. Jörs, Röm. R.W. I S. 114 A. 4.

Norm, für Paulus und Dositheus an sich unverständlich, es bedarf einer rationalistischen Begründung. Bei Cicero wirkt daher noch die Auffassung des Rechts als Stammesrechts nach, Paulus und Dositheus stehen bereits mit einem Fusse im Territorialstaate: sie würden es ganz gut verstehen, wenn der Staat allen Bürgern dasselbe Recht geben würde, müssen sich aber mit der Thatsache abfinden, dass dies nicht geschieht; und wenn in der Vorlage des Dositheus wirklich gestanden hat: *ius civile* sei, *quod omnibus civibus peculiariter aut maiori parti expedit*, so wäre dies wohl der erste bekannte Versuch, nationale Gegensätze in Interessenkonflikte aufzulösen. Paulus und Dositheus werden zur Genüge erklärt durch die Zustände, die die *constitutio Antonina* gezeitigt hat, die die Civität und die Geltung des *ius civile* auf alle *ad Romanum imperium pertinentes* ausgedehnt hatte.

Die einzelnen Quellenstellen, in denen vom Gegensatz des *ius civile* und *ius gentium* die Rede ist, gehören ausnahmslos der Lehr- und Handbücherliteratur an: besonders zahlreich sind die Institutionen vertreten. Nicht eine einzige ist einer Responsensammlung entnommen, nicht eine einzige rührt von Papinian her. Das zeigt zur Genüge, dass die ganze Einteilung des Rechts in ein *ius civile* und *ius gentium* ausschliesslich systematischen und Lehrzwecken zu dienen bestimmt war. Es handelte sich entweder darum, einen brauchbaren Einteilungsgrund für die darzustellenden juristischen Thatsachen zu gewinnen, oder bei einer Rechtseinrichtung hervorzuheben, ob sie nur den *cives* oder auch den *peregrini* zugänglich sei. Der erste Gesichtspunkt dürfte für folgende Stellen zutreffen:

Gaius II 65:

Ergo ex his, quae dicimus apparet, quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur, quaedam iure civili; nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.

D. 41, 1, 1, *pr.* (Gaius, libro II, *Rerum cottidianarum*):

Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est proprio iure civitatis nostrae.

D. 1, 5, 5, 1 (Marcianus, *libro primo institutionum*):

Servi autem in dominium nostrum rediguntur aut iure civili aut gentium; iure civili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est: iure gentium servi nostri sunt, qui ab hostibus capiuntur, aut qui ex ancillis nostris nascuntur.

D. 1, 1, 5 (Hermogenianus, *l. primo iuris epitomarum*):

Ex hoc iure gentium . . . obligationes institutae; exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt.

Dasselbe gilt von den Stellen, in denen das *ius civile* dem *ius naturale* entgegengesetzt wird:

D. 3, 5, 38 (Gaius, *l. tertio de verborum obligationibus*):

Naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignoranti, et inviti nos facere posse, deteriorem non posse.

D. 43, 18, 2 (Gaius, *l. vigesimo quinto ad edictum provinciale*):

Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto solo positae sunt, quarum proprietas et civili et naturali iure eius est, cuius et solum.

D. 38, 10, 10, 4 (Paul. *l. sing. de grad.*) . . . *qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est; alterum enim civile, alterum naturale nomen est.*

D. 38, 10, 4, 2 (Modestinus, *libro duodecimo Pandectarum*):

Cognitionis substantia bifariam apud Romanos intellegitur, nam quaedam cognationes iure civili, quaedam naturali connectuntur, nonnumquam utroque iure concurrente et naturali et civili copulatur cognatio.

Bei den beiden letzterwähnten Gaiusstellen tritt allerdings der systematische Gesichtspunkt zurück: die Beisetzung von *naturalis* dient fast nur rhetorischen Zwecken. Ueberall, besonders aber etwa aus der Vergleichung von Paulus D. 38, 10, 10, 4 ff. und D. 48, 20, 7, *pr.* ergibt sich wie leicht *ius civile* in der technischen Bedeutung (*proprium ius civile*) in Gegensatz tritt zum *ius gentium*. Bei Gaius D. 43, 18, 2 hat es sich sehr wahrscheinlich, bei Gaius D. 3, 5, 38 sicher daneben auch um *ius civile* technischen Sinne gehandelt.

In die zweite Gruppe gehören vor allen die bekannten

Stellen der Gaiianischen Institutionen, in denen vom *ius proprium Romanorum* die Rede ist.

Gaius I, 55:

Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est . . .

Gaius I, 108:

Nunc de his personis videamus, quae in manu nostra sunt. Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est.

Gaius II, 65:

Ergo ex his quae dicimus apparet quaedam naturali iure alienari . . . quaedam civili, nam mancipationis et iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.

Gaius III, 92:

Sed haec quidem verborum obligatio: DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; caeterae vero iuris gentium sunt, . . . itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent . . . At illa verborum obligatio: DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri potest . . .

Ferner folgende Stellen:

Gaius III, 133:

Transscripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodammodo iuris civilis est talis obligatio.

D. 48, 19, 17, 1 (Marcian, libro primo institutionum):

Item quidam ἀπόλιδες sunt, hoc est sine civitate; ut sunt in opus publicum perpetuo dati et in insulam deportati, ut ea quidem, quae iuris civilis sunt, non habeant, quae vero iuris gentium sunt, habeant.

D. 48, 22, 15 (Marcianus, libro? nach den Basiliken ergänzt):

Deportatus civitatem amittit, libertatem retinet et iure civili caret, gentium vero utitur.

D. 28, 1, 20, 7 (Ulpian, libro primo ad Sabinum):

Servus quoque merito ad sollemnia adhiberi non potest, cum

iuris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem edicti.

Trotz des Ulpianischen Beisatzes: *ne praetoris quidem edicti* ist als Gegensatz der *civilis iuris communitio* jedenfalls das *ius naturale* zu decken.

D. 45, 1, 38, 7 (Ulpian, libro quadragésimo nono ad Sabinum):

Haec quoque stipulatio „possidere mihi licere spondes?“ utilis est . . . sed quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est, et ideo dubitari non oportet, quin et servus recte ita stipuletur.

D. 50, 17, 32 (Ulpian, libro quadragésimo tertio ad Sabinum):

Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.

Fr. Vat. 47a (Paulus):

In rem nec mancipi per traditionem deduci ususfructus non potest, nec in homine si peregrino tradatur; civili enim actione constitui potest, non traditione, quae iuris gentium est.

D. 6, 1, 23, pr. (Paulus, libro vicésimo primo ad edictum):

In rem actio competit ei, qui aut iure gentium aut iure civili dominium adquisiit.

Hier überall handelt es sich nur um die Frage, ob eine Rechtsvorschrift nur für Bürger gelte oder auch im Verkehre zwischen Bürgern und Nichtbürgern anwendbar sei. Auch die letzterwähnte Paulusstelle behandelt eine Frage dieser Art: ob die *rei vindicatio* einem Bürger auch dann zustehe, wenn er das *dominium ex iure Quiritium* durch eine Erwerbsart *iuris gentium* erhalten hat?¹⁵⁾ Die Frage wird bejaht. Es kommen dabei hauptsächlich, vielleicht ausschliesslich, nur *res nec mancipi* in Frage. Daraus ergibt sich auch die Richtigkeit der von Wlassak¹⁶⁾ längst auf Grund anderweitiger Belege verteidigten Ansicht, an den *res nec mancipi* werde durch Tradition *dominium ex iure Quiritium* erworben.

Nur in zwei Stellen wird das *ius civile* wie es scheint dem

¹⁵⁾ So mit Recht Karlowa, R. R.G. II S. 362.

¹⁶⁾ *Negotiorum gestio* S. 158, — Karlowa, R. R.G. S. 362 ff., 417 ff. Ehrlich, Theorie der Rechtsquellen. I.

ius naturale (*naturalis aequitas, factum*) ohne die Absicht, das Geltungsgebiet des Rechtssatzes gegenüber Nichtbürgern und Sklaven zu bestimmen, entgegengesetzt:

D. 44, 4, 1, 1 (Paulus, *l. septuagensimo primo ad edictum*):
 . . . *ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit . . .*

D. 15, 1, 41 (Ulpian, *l. quadragensimo tertio ad Sabinum*):
 . . . *factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem.*

So wenig aber daran gezweifelt werden kann, dass die Juristen von Gaius an, wenn sie vom *ius civile* im Gegensatze zum *ius gentium* sprechen, darunter das ganze *ius proprium civium Romanorum* verstehen, mit Einschluss des Rechts der *leges, senatusconsulta* und wohl auch der *constitutiones* und des *edictum perpetuum*, so ist es doch auffallend, dass im besonderen nur zweimal Einrichtungen, die auf Bestimmungen des positiven Rechts beruhen, als dem *ius civile* in diesem Sinne angehörend bezeichnet und den Einrichtungen *iuris gentium* gegenübergestellt werden: von Gaius in Bezug auf die, in letzter Linie auf den zwölf Tafeln beruhende *usucapio*, und von Marcian in Bezug auf die Entstehung der Sklaverei, wenn sich ein Freier *pretii participandi causa* hat verkaufen lassen.

Aber auch die beiden angeführten Fälle sind nicht vollwertig. Wie der Rechtssatz über die Entstehung der Sklaverei durch Verkauf *pretii participandi causa* zur Geltung kam, ist im Dunkeln, und es ist, was man dagegen auch einwenden mag,¹⁷⁾ nicht ausgeschlossen, dass schon im republikanischen Juristenrecht Ansätze dafür gewesen seien.¹⁸⁾ Die *usucapio* dagegen, auf den zwölf Tafeln beruhend, wurde, wie schon erwähnt, durch das Juristenrecht ausgebildet. Es ist ja nicht der einzige Fall, dass eine auf den zwölf Tafeln beruhende, durch Gewohnheitsrecht nur ausgestaltete Institution als gewohnheitsrechtlich bezeichnet wird: auch bei der *cura prodigi*, die sowohl auf die zwölf Tafeln als auch auf die *mores* zurückgeführt wird, tritt uns dieselbe Erscheinung entgegen.

¹⁷⁾ Darüber jetzt Mommsen, R. R.Str.R. S. 854 A. 5.

¹⁸⁾ Darüber jetzt Karlowa, R. R.G. II S. 1116 ff.

Nicht hierher gehört dagegen die bereits angeführte Institutionenstelle:

J. 2, 5, 6; 2, 6, *pr.*

Exposuimus sumatim, quibus modis iure gentium res adquiruntur; modo videamus, quibus modis legitimo et civili iure adquiruntur. Iure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat . . . rem emerit vel ex . . . aliave iusta causa acceperit, is eam rem . . . usucipiat . . .

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es sich in dieser Stelle wohl im Sinne der Institutionen Justinians, nicht aber im Sinne ihrer wahrscheinlich klassischen Vorlage um die Einteilung der Erwerbsarten, noch weniger aber um die Frage handelt, zu welcher Art die *usucapio* gehöre.

Dass in der ganzen Ueberlieferung nur zweimal von einer Bestimmung des gesetzten Rechts gesagt wird, sie sei *iuris civilis* — und in ganz unzweifelhafter Weise überhaupt nicht — ist allerdings eine auffallende Thatsache, die sich nur durch die Geschichte des Begriffs des *ius civile* erklären lässt. An sich, in Lehr- und Handbüchern, mag ja der Römer immerhin sein ganzes Recht, also auch das auf positiven Quellen beruhende, als ausschliesslich für Römer geltend, also als *ius civile*, dem *ius gentium* entgegengesetzt haben: aber er dürfte doch, selbst in der Kaiserzeit, umso weniger vergessen haben, was *ius civile* eigentlich heisst, als ja der Ausdruck in seiner ursprünglichen Bedeutung noch im Gebrauche war, wenn auch immer mehr nur in stehenden Wendungen. Es widerstrebte ihm daher, verletzte vielleicht auch sein Sprachgefühl, etwa das Recht der *lex Julia Papiave* oder der *lex Falcidia* als *ius civile* oder gar *ius proprium civium Romanorum* zu bezeichnen er vermied das, obwohl wahrscheinlich nur unbewusst. Dazu kommt aber noch, dass ja das gesetzte Recht, die *leges, senatusconsulta* ohnehin nur für Bürger galten, dass sie Bestimmungen *iuris gentium* nicht enthielten: praktisch war daher wohl überflüssig, bei ihnen die Geltungsbeschränkung noch hervorzuheben.

Wenn in der vorstehenden Darstellung davon ausgegangen wurde, der Gegensatz des *ius civile* und *ius gentium* sei ein rein historischer, beziehe sich auf zwei Schichten innerhalb des *proprium ius civile*, so soll doch nicht geleugnet werden,

dass auch noch andere als historische Gesichtspunkte im einzelnen mitgespielt haben mögen: es dürften auch vielfach aus praktischen Gründen, um eine Einrichtung den Peregrinen zugänglich zu machen, oder auf die Beobachtung hin, dass sich ähnliches auch bei anderen Völkern vorfindet, dass das Allgemeingiltige bei einer Rechtseinrichtung das national Eigenartige überwiege, die Versetzung aus der Kategorie *ius civile* in die des *ius gentium*, vielleicht mit einigen Abweichungen, vorgenommen worden sein. Das ist ja zweifellos bei der Ausweitung der *sponsio* zur *stipulatio* geschehen, und wird mit guter Begründung von Karlowa für die *traditio* angenommen. Vieles spricht insbesondere dafür, dass die Konsensualkontrakte, ursprünglich *iuris civilis*, nachträglich als Geschäfte *iuris gentium* anerkannt worden seien.

Von entscheidender Bedeutung ist es, dass in dem Gegensatze: *ius civile* und *ius gentium*, sowohl das *ius civile* als auch das *ius gentium* im Laufe der Jahrhunderte mehr als einmal die Bedeutung geändert haben. Ein Recht, das nur für Bürger, und ein Recht, das vor römischen Gerichten im Verkehre zwischen Bürgern und Nichtbürgern oder zwischen Nichtbürgern allein gilt, gibt es schon in der republikanischen Zeit: zum ersten gehören die *leges*, das *ius civile*, das *edictum*, zum letzteren das *ius gentium*, vielleicht auch das *edictum praetoris peregrini*. *Leges*, *senatusconsulta* oder das *edictum*, selbst wenn sie ausnahmsweise auf Nichtbürger oder auf Verhältnisse zwischen Bürgern und Nichtbürgern Anwendung finden, sind selbstverständlich nie *ius gentium*; aber es werden auch die Grundsätze, die, dem *ius gentium* entnommen, durch das *ius civile* oder das *edictum* für den Verkehr der Bürger Geltung erhalten haben, nicht *ius gentium* genannt. Mit einem Worte: *ius civile* ist das für die Privatverhältnisse der Bürger geltende ungesetzte Recht, *ius gentium* sind die Grundsätze des ungesetzten Rechts, die den Verkehr der Bürger und Nichtbürger oder der Nichtbürger allein betreffen. Es lag sehr nahe, *ius civile* und *ius gentium* schon in dieser alten Bedeutung einander entgegenzusetzen, da ja einerseits beide für verschiedene Kreise galten, andererseits beide das gesetzte Recht (*leges*) nicht umfassten. Diesen Sinn hat der Gegensatz des

ius civile und *ius gentium* wohl bei Cicero. Bei Gaius und den Klassikern ist das *ius civile* im engeren Sinne, das Recht, das ausschliesslich die Privatrechtsverhältnisse der Bürger regelt und auf Nichtbürger keine Anwendung findet, gleichviel ob es den *leges* oder dem *ius civile* oder einer anderen Quelle seinen Ursprung verdankt; das *ius gentium* ist das ungesetzte Recht, das nicht nur für den Verkehr der Bürger, sondern auch für den Verkehr der Bürger und Nichtbürger und der Nichtbürger gilt. Das *ius civile* nimmt also nunmehr auch das gesetzte Recht in sich auf, das *ius gentium* ist ein Bestandteil des auch für Bürger geltenden Rechts geworden. Das *ius civile* als Recht der Römer im Gegensatze zum Recht der anderen Völker gehört wohl dem nachklassischen Sprachgebrauche an.

VIII.

Die Entstehung des Gegensatzes *ius civile* und *ius honorarium*.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Römer zwischen den Einrichtungen, die sie mit dem Ausdrucke *legitimus* bezeichneten, und denen, für die sie den Ausdruck *civilis*, *iuris civilis* gebrauchten, in genauer Sprache unterschieden haben: die ersten beruhen auf der *lex*, die zweiten auf dem *proprium ius civile*. Aber in unserer Ueberlieferung wird im allgemeinen dieser Unterschied nicht gemacht, sondern es sind, wenigstens in allen Fällen, wo das *ius civile* oder *civilis* dem *ius honorarium* oder *honorarius* entgegengesetzt wird, darunter sowohl die auf gesetztem Rechte, als auch die auf dem *proprium ius civile* beruhenden Rechtseinrichtungen begriffen.

Dass die Ausdrücke *ius civile* und *ius honorarium* konjunktiv oder disjunktiv (*iure civili et honorario*, *iure civili vel honorario*, *nec civili nec honorario iure*) und ähnliche Wendungen in der Ueberlieferung verwendet werden, um ganze Rechtsgebiete erschöpfend zu bezeichnen, ist allerdings zweifellos. Es wurde jedoch schon von andern bemerkt, dass sich diese Ausdrucksweise bei den Juristen der severischen Zeit viel häufiger findet, als in früheren Perioden. Es handelt sich nun darum, ob der

in diesen Wendungen zu Tage tretende Gegensatz den Römern seit jeher als solcher bekannt war, oder erst später entstanden ist? Wann haben die Römer begonnen ihr ganzes Recht als *ius civile et honorarium* zu bezeichnen? Seit wann bedeutet *ius civile* jedes Recht, das nicht auf dem prätorischen Edikte beruht?

Man will die erste Spur dieser Auffassung schon finden bei: Cicero, *Pr. Caecina* 34:

... *Feci equidem quae dicis omnia ... Quid ergo est? impune feci; nam quod agas mecum ex iure civili ac praetorio non habes.*

Es ist jedoch klar, dass diese rhetorische Phrase nur dann für die Zeit Ciceros etwas beweisen würde, wenn dafür Belege aus der republikanischen oder frühen Kaiserzeit beigebracht werden könnten, dass *ius civile* hier denselben Sinn, wie in der späteren Zeit, habe: für sich allein beweist sie allerdings, dass man zu Ciceros Zeiten einen Anspruch mit Hilfe des *ius civile* und des *ius praetorium* verfolgen konnte, nicht aber, dass ein Anspruch nur entweder auf das *ius civile* oder auf das *ius praetorium* gegründet werden musste, dass jeder Anspruch, der auf einer andern Rechtsquelle, als auf dem prätorischen Edikte beruhte, als auf dem *ius civile* beruhend angesehen wurde.

Einen Gegenbeweis gegen die herrschende Lehre, die den Gegensatz des *ius civile* und *ius honorarium* schon bei Cicero findet, bilden die bereits in einem anderen Zusammenhange gewürdigten Stellen:

Cic., *Top.* 28:

... *si quis dicat, ius civile id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat ...*

und die, wie bereits bemerkt worden ist (S. 16), jedenfalls aus einer republikanischen Quelle herrührende:

Iuris peritorum auctoritas est eorum qui ex XII tabulis vel ex edictis magistratum ius civile interpretati sunt probatae civium iudiciis creditaque sententiae ...

Es ist klar, dass beide Stellen so nicht hätten niedergeschrieben werden können, wenn die Verfasser unter *ius*

civile ein Recht verstanden hätten, das zu dem im prätorischen Edikte enthaltenen im Gegensatz steht.

In Wirklichkeit findet sich aber in der Ueberlieferung aus der republikanischen oder frühkaiserlichen Zeit nicht das geringste Zeichen, dass dieser Gegensatz schon damals bekannt war. Man mag immerhin einwenden, dies könnte durch einen der Zufälle veranlasst sein, denen unsere Ueberlieferung in so hohem Grade ausgesetzt war. So weit es sich jedoch um Gaius handelt, ist das Walten eines solchen Zufalls jedenfalls nicht wahrscheinlich. Wäre der Gegensatz des *ius civile* — *ius honorarium* schon Gaius geläufig gewesen, in seinen Institutionen, in denen die Theorie der Rechtsquellen so sorgfältig und allseitig an vielen Stellen erörtert wird, hätte sich doch eine Spur davon erhalten müssen. Aber es ist auch bei Gaius nichts zu finden, was darauf hindeuten würde, dass er an den Gegensatz *ius civile* — *ius honorarium* je auch nur gedacht hätte.¹⁾ Wo immer Gaius von den Rechtsquellen spricht, drückt er sich in einer Weise aus, die den Gedanken, dass ihm der Gegensatz bekannt gewesen wäre, geradezu ausschliesst:

Gaius III, 32:

... *nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, velut per senatusconsultum et constitutionem principalem ...*

Gaius III, 82:

Sunt autem etiam alterius generis successiones, quae neque lege XII tabularum neque praetoris edicto, sed eo iure quod consensu receptum est, introductae sunt.

Gaius IV, 118:

Exceptiones ... vel ex legibus vel ex his quae legis vicem optinent, substantiam capiunt, vel ex iurisdictione praetoris proditae sunt.

Es ist wohl ganz undenkbar, dass ein Jurist, dem jedes Recht, das nicht prätorischen Ursprungs ist, *ius civile* wäre,

¹⁾ Darüber Erman n, Z. Sav.St. XIX S. 296.

keine andern Worte gefunden hätte als Gaius hier, zumal in der ersten und dritten Stelle. In diesen Stellen tritt daher wohl eine ganz andere Theorie der Rechtsquellen zu Tage als etwa in der berühmten Papinianstelle *D. 1, 1, 1, 7, pr.*

Allerdings fehlt es auch in der frühen Kaiserzeit, zumal bei Gaius, nicht an Stellen, in denen die Eingriffe des Prätors dem *ius civile* entgegengesetzt oder an die Seite gesetzt werden:

Fragm. Vat. 83 (Ulpian, l. XVII ad Sabinum):

Nam si duobus ususfructus legetur et apud alterum sit consolidatus, ius adcrendi non perit, . . . et ipse, quibusmodis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc ipso quidem iure non amittet, sed praetor secutus exemplum iuris civilis utilem actionem dabit fructuario; et ita Neratio et Aristoni videtur et Pomponius probat.

D. 36, 3, 13 (Neratius, l. septimo membranarum):

Ei quoque, cui legatorum actio datur in eum, qui praetermissa institutione ab intestato possidet hereditatem, legatorum satisdatur . . . nam haec quoque praetor perinde salve esse vult, atque ea quae iure civili debentur.

Gaius II, 170:

Omnis autem cretio certo tempore constringitur . . . Potest tamen nihilo minus iure civili ant longius cent brevius tempus dari; longius tamen interdum praetor coartat.

Gaius III, 56:

. . . admonendi sumus . . . eos, qui nunc Latini Iuniani dicuntur, olim ex iure Quiritium servos fuisse, sed auxilio praetoris in libertatis forma servari solitos . . .

Gaius IV, 38:

Nam si ex contractu nobis obligatus obligatae sit et capite deminutus deminutave fuerit, . . . desinit iure civili debere nobis . . . sed . . . introducta est contra eum eamve actio utilis rescissa capitis deminutione.

Gaius IV, 115, 116:

Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. . . Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari.

D. 29, 2, 57, pr. (Gaius, libro vicensimo tertio ad edictum provinciale):

Necessarius heredibus . . . abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit, ut, quamvis creditoribus hereditariis iure civili teneantur, tamen in eos actio non detur . . .

D. 33, 2, 29 (Gaius, libro primo fideicommissorum):

. . . licet iure civili morte et capitis deminutione ex persona legatarii pereat ususfructus, . . . tamen praetor iurisdictione sua id agere debet . . .

D. 38, 8, 2 (Gaius, libro sextodecimo ad edictum provinciale):

Hac parte proconsul . . . omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficient.

Gaius III, 36, 37:

Nam si verbi gratia iure facto testamento heres institutus creverit hereditatem sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod iure civili heres sit . . .

Gaius II, 115, 118:

Non tamen, ut iure civili valeat testamentum sufficit ea observatio quam supra exposuimus . . . »sed« ante omnia requirendum est, an institutio heredis solemniter facta sit; . . . Observandum praeterea est, ut si mulier quae in tutela est, faciat testamentum, tutore auctore facere debeat; alioquin inutiliter iure civili testatur. Praetor tamen . . .

Gaius II, 151:

. . . apparet »autem« non posse ex eo solo infirmari testamentum quod postea testator id voluerit valere, usque adeo, ut si linum eius intercederit, nihilominus iure civili valeat . . . (Es folgt in der unleserlichen Stelle jedenfalls die Angabe, wie der Prätor trotzdem den Willen des Erblassers zur Geltung bringt.)

Gaius II, 128, 129:

Ceterae vero liberorum personae vel feminini sexus vel masculini satis inter ceteros exheredantur . . . Sed hoc ita [est iure civili]. Nam praetor omnes virilis sexus liberorum personas . . .

Gaius II, 135, 136:

Emancipatos liberos iure civili neque heredes instituturum neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes; sed praetor . . . emancipati vero <a> patre adoptivo neque iure civili neque

quod ad edictum praetoris pertinet, inter liberos numerantur . . .

Gaius III, 71:

Neque autem matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve si, eum cumve heredem non instituat, exheredare necesse est, sive de iure civili quaeramus sive de edicto praetoris.

Gaius I, 54:

Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium, vel ex utroque iure servus esse intellegitur) . . .

Gaius II, 40:

. . . sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere . . .

Diese Stellen stimmen jedoch mit der herrschenden Lehre nicht überein. Sie weisen nach zwei Richtungen Eigentümlichkeiten auf. Vor allem ist es auffallend, dass prätorische Einrichtungen denen des *ius civile* nie in dem Sinne entgegengesetzt werden, wie wenn sie auf einer gleichartigen Rechtsquelle beruhen würden: wenn Aristo, Neratius, Gaius, nachdem sie dargelegt haben, was das *ius civile* darüber bestimmt, dann mit ihrem stereotypen *sed praetor, nam praetor, tamen praetor* kommen, so macht das denselben Eindruck, wie wenn ein moderner Jurist sagen würde: so bestimmt zwar das Gesetz, allein in der Praxis machen wir es anders; dabei denkt gewiss niemand daran, die Praxis als eine dem Gesetze gleichwertige Rechtsquelle zu bezeichnen. Damit soll selbstverständlich nicht gesagt sein, die Eingriffe des Prätors seien das gewesen, was wir heute mit dem Ausdrucke Praxis bezeichnen, wohl aber, dass sie von den Römern ähnlich aufgefasst worden sind, wie etwa heute eine vom Gesetze abweichende Praxis. Besonders bezeichnend sind in dieser Beziehung einige Gaiusstellen. (II, 170; III, 56; IV, 38; IV, 115, 116 a u. a. m.)

Es wird ferner in allen bisher angeführten Stellen überall nur das *proprium ius civile*, nie aber das *ius legitimum* zu dem aus der Thätigkeit des Prätors hervorgegangenen Rechte in Gegensatz gebracht. Es liegt daher auch gar kein An-

lass vor, in dem *ius civile* bei Gaius etwas anderes als das Juristenrecht zu erblicken; wenn es der Uebung des Prätors gegenübergestellt wird, so mag dieses in demselben Sinne geschehen, in dem es etwa in den S. 17 ff. zusammengestellten Aussprüchen den *leges, senatusconsulta, constitutiones* entgegengesetzt wird.

Daneben finden sich aber bei Gaius allerdings zwei Stellen, die ganz anders lauten:²⁾

Gaius III, 37:

. . . si ad agnatum iure civili pertinet hereditas et is adierit hereditatem, sed bonorum possessionem petere noluerit, et si . . . cognatus petierit . . .

Gaius III, 34:

Item ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat. Quibus casibus beneficium eius in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, ut is, qui ita bonorum possessionem petit, interdico cuius principium est QUORUM BONORUM uti possit . . . Alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure civili.

Vom *ius honorarium* ist auch hier keine Rede.

Aber es muss wohl gestattet sein, die Frage aufzuwerfen, ob der Jurist, von dem der Grundstock der Institutionen herrührt, in der That auch der Verfasser dieser beiden Stellen ist. Wie bereits hervorgehoben worden ist, befeissigt sich Gaius in Bezug auf die Ausdrücke *legitimus* und *civilis* einer geradezu peinlichen Sorgfalt: hier wird sie ausseracht gelassen, und zwar in der zweiten Stelle (III, 37), wo es heisst: *si ad agnatum iure civili pertinet hereditas* in ziemlich gröblicher Weise. Das ist umso auffallender, als wenige Zeilen vorher (III, 36, 37) *heres legitimo iure* und *heres iure civili* einander mit gewohnter Sauberkeit entgegengesetzt worden sind. Erwägt man, dass dies die

²⁾ Man könnte versucht sein auch D. 36, 6, 13 (Neratius) her zu beziehen, da die Vermächtnisse zum *ius legitimum* gehören mögen: aber einerseits ist das nicht ganz sicher, — wurde ja das testamentarische Erbrecht immer zum *ius civile* gezählt; — andererseits würde die Stelle schon mit Rücksicht auf ihren allgemeinen Wortlaut auch dann nicht entscheidend sein, wenn das Vermächtnisrecht nachweisbar *ius legitimum* wäre: *praetor perinde salva esse vult, atque ea, quae iure civili debentur.*

einzig zwei Fälle einer derartigen Verwendung des Ausdrucks *ius civile* in der vorseverischen Zeit wären; dass diese beiden Fälle sich bei Gaius knapp bei einander, auf demselben Blatte des veroneser Manuskripts finden, dass es sich beide Mal eigentlich um überflüssige Bemerkungen handelt, um die nähere Ausführung eines bereits ziemlich breit ausgesprochenen und hinlänglich klaren Gedankens, dass diese Stellen sich an das Vorhergehende nur lose und äusserlich anschliessen, und ohne jede Störung des Zusammenhanges auch weggelassen werden könnten, so drängt es sich von selbst auf, dass es spätere Zusätze sein mögen, wie sie bei diesem beliebten Lehrbuch immerhin vorkommen dürften. Rührt aber der Grundstock der Institutionen nun überhaupt nicht von Gaius her, hat dieser, der „Provinzialjurist“, nur eine ältere Schrift umgearbeitet, den Bedürfnissen seiner Zeit und seiner Gegend angepasst, dann wäre es ebenfalls hinlänglich erklärt, wie es kommt, dass die Strenge des technischen Ausdrucks hier plötzlich nachlässt.

Zum ersten Mal findet sich der Gegensatz *ius civile* — *ius honorarium* in:

D. 36, 1, 67, 3 (Maecianus, *libro quinto fideicommissorum*):

Si pupillo infanti restituere hereditatem quis rogatus sit, . . . si autem heres recuset adire hereditatem, quemadmodum res expediri possit, difficile est . . . Sed et infanti non dubito omnimodo subveniendum, idque ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est: sive enim heres institutus esset, non dubie pro herede tutore auctore gerere posse videtur, sive de bonorum possessione ageretur, peti ei per tutorem posset.

So sehr auch Maecian hier an die Ausdrucksweise der Juristen der severischen Zeit erinnert, so kann man diese Stelle doch nicht als vollgiltigen Beweis ansehen, dass ihm, dem Zeitgenossen des Gaius, der Gegensatz *ius civile* — *ius honorarium* bereits geläufig war. Sein *ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est* dürfte doch nichts anderes bedeuten als das Julianische *subsequi praetor debet iuris civilis actionem et iudicium honorarium dare* (*D. 9, 4, 39, pr.*), das *praetor secutus exemplum iuris civilis utilem actionem dabit fructuaria* des Neratius oder Aristo (*Fr. Vat. 83*), oder das *imitatur ius legitimum*

des Gaius (IV, 110). Maecian empfiehlt hier ein Auskunftsmittel, das, je nach Umständen, dem *ius civile* oder *ius honorarium* angehört.

Der erste Jurist, von dem *ius civile* zweifellos zum *ius honorarium* in Gegensatz gebracht wird, bei dem es jedes Recht, das nicht aus dem *edictum* hervorging, bedeutet, ist Papinian:

D. 1, 1, 7, pr.; 1 (Papinianus, *l. secundo definitionum*):

Ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Ius praetorium, est, quod praetores introduxerunt adinvandi vel suppleudi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam.

Hier wird also zum ersten Mal die Theorie von der „Duplizität der Rechtsquellen“ vorgetragen. Während das Ediktum noch bei Gaius bestenfalls eine Rechtsquelle ist, wie jede andere, wie die *leges*, *plebis scita*, *senatusconsulta*, *constitutiones* und die *prudentium auctoritas*, während er dem *ius civile*, nie das *ius honorarium*, sondern nur die Thätigkeit des Prätors entgegengesetzt, ist bei Papinian schon das *edictum* allen übrigen Quellen zusammen an die Seite gesetzt, also nicht jeder einzelnen, sondern der Gesamtheit aller übrigen Quellen gewissermassen gleichwertig.

Wenn man aber den Gegensatz *ius civile* — *ius honorarium* bisher immer schon bei den Juristen der ersten Kaiserzeit finden zu können glaubte, obwohl sich bei diesen kaum hie und da ein daran anklingender Ausdruck, gewiss aber nicht die Sache selbst nachweisen lässt, so hat da wohl auch der Umstand mitgespielt, dass man, allerdings mit mehr Grund, annahm, ein anderer, damit zusammenhängender Gegensatz sei jedenfalls schon den Zeitgenossen des Gaius bekannt, der der *actio civilis* — *actio honoraria*. Aber auch diese Annahme ist ganz hinfällig.

Die vorseverischen Juristen gebrauchen den Ausdruck *actio* und *obligatio civilis* im Allgemeinen nur in zwei Fällen:

Vor allem in der Wendung *actio in factum civilis*, die nach einer, allerdings anfechtbaren, Ueberlieferung schon bei den Juristen der ersten Kaiserzeit vorkommen soll:³⁾

³⁾ In *D. 19, 5, 5, 2* ist nicht gesagt, Julian habe eine *a. in factum civilis* geben wollen. Julian wird wohl nur mit Rücksicht auf die *a. de*

D. 19, 5, 1, 1; 2 (Papinianus, *l. octavo quaestionum*):

Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit. Item si quis praetii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subiicitur actio (Labeo?).

D. 19, 5, 16, pr. (Pomponius, *l. vicesimo secundo ad Sabinum*):

Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo ita, ut eum locum, unde exemissem, replerem: exemi nec repleo: quaesitum est, quam habeas actionem. Sed certum est civilem actionem (id est conditionem L.) incerti competere . . .

Ueber den Grund, warum diese *actio* als *actio civilis* bezeichnet wurde, lässt uns Neratius gar keinen Zweifel:

D. 19, 5, 6 (Neratius, *l. primo responsorum*):

Insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi. Respondit nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est.

Die *actio in factum civilis* ist also eine *actio in factum* mit einer *intentio iuris civilis* und wird mit Rücksicht auf diese *intentio* als *actio civilis* bezeichnet. Diese abgekürzte Bezeichnung hat daher mit dem Gegensatze des *ius civile* und *ius honorarium* gar nichts zu thun.

Ueberdies bedeutet *actio civilis* einen wirksamen Anspruch. Der Ausdruck entspricht der *obligatio civilis*, die bei den vorseverischen Juristen in der Regel den Gegensatz zur *obligatio naturalis* zum Ausdrucke bringt:

D. 35, 1, 40, 3 (Javolenus, *l. sec. ex posterior. Labeonis*):

Dominus servo aureos (sestertios L.) quinque eius legaverat: „heres meus Stichus servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos (sestertios L.) quinque, quos in tabulis debeo, dato“ . . . ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo iure utimur.

dolo angeführt, bloß der Ausdruck ist ungeschickt. Dass Julian eine *actio in factum civilis* ebensowenig kannte wie die andern Sabinaner, ist wohl sicher: man müsste also, wenn man die Stelle wörtlich verstehen will, mit der herrschenden Meinung eine Interpolation annehmen.

Gaius III, 119 a:

Fideiussor vero omnibus obligationibus . . . adici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur . . .

Besonders häufig wird der Ausdruck in diesem Sinne von Julian gebraucht: weder *actio* noch *obligatio civilis* sind bei ihm in einer anderen Bedeutung überliefert. Zwar findet sich bei ihm

D. 46, 1, 11 (Julianus, *l. duodecimo digestorum*):

Qui contra senatus consultum filiofamilias crediderit, mortuo eo fideiussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet . . .

Allein wir kennen diese Stelle noch in einer anderen Fassung:

D. 14, 6, 18 (Venuleius, *l. secundo stipulationem*):

Creditorem filii familias mortuo eo fideiussorem accipere non posse Julianus scribit, quia nulla obligatio aut civilis aut naturalis supersit, cui fideiussor accedat.

Die Ueberlieferung des Venuleius verdient zweifellos den Vorzug. Es hatte einen guten Sinn, hervorzuheben, dass dem Gläubiger, der gegen den Sohn eine mit der *exceptio senatus-consulti Macedoniani* entkräftete *obligatio naturalis* hatte, gegen den Vater weder eine *obligatio civilis* noch eine *obligatio naturalis* zustehe, aber es war ganz überflüssig zu betonen, dass er weder eine *actio civilis*, noch eine *actio honoraria* habe. Die Frage der Bürgschaft für eine *obligatio naturalis* wird ja von Julian und andern auch sonst häufig aufgeworfen: dagegen wird die Bürgschaft für eine *actio honoraria* nie erörtert, und es ist auch nicht einzusehen, zu welchem Zwecke das hätte geschehen sollen. Es lag nicht in der Art Julians, unnütz viele Worte zu machen. Abgesehen davon findet sich bei Julian, wie sogleich dargethan werden soll, die Wendung *obligatio civilis aut (et) naturalis* noch zweimal, und es rührt von ihm auch die sogleich zu erwähnende Africanusstelle her, in der sie mehrmals vorkommt; die Wendung *actio civilis et honoraria* kommt dagegen bei ihm sonst nicht vor. Die Julian in den Digesten zugeschriebene Form dürfte daher irgendwie, etwa durch einen Abschreiber, der ein Glossem verwertet haben mag, verdorben worden sein.

Die zwei Stellen, in denen Julian sonst noch die Wendung *obligatio civilis* — *obligatio naturalis* gebraucht, sind folgende:

D. 46, 1, 16, 3 (Julian, *libro quinquagesimo tertio digestorum*):

Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis cui applicetur.

D. 46, 1, 8, 3 (Julian bei Ulpian, *libro quadragesimo septimo ad Sabinum*):

Et post litem contestatam fideiussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio, et hoc et Julianus admittit eoque iure uti mur.

Es ist bemerkenswert, dass es sich in beiden Stellen, ebenso wie bei Venuleius, um die Bürgschaft für eine *obligatio naturalis* handelt: auch das spricht entschieden für die Echtheit der von Venuleius überlieferten Fassung.

Dasselbe gilt von folgender, jedenfalls auch von Julian herrührender Africanusstelle:

D. 46, 1, 21, 2; 3 (Africanus, *l. septimo quaestiorum*):

*Servo tuo pecuniam credidi: eum tu manumisisti: deinde eundem fideiussorem accepi . . . Quod si hic servus manumissus fideiussori suo heres existat durare causam fideiussionis putavit et tamen nihilominus naturalem obligationem mansuram, ut, si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit. Nec his contrarium esse, quod, cum reus fideiussori heres existat, fideiussoria obligatio tollatur, quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest . . . Quod si stipulator reum heredem instituerit, omnimodo fideiussoris obligationem peremit, *(sive civilis sive tantum naturalis in reum fuisset)*.*

Dieser für Julian ziemlich ausgiebig bezeugte Sprachgebrauch, der vielleicht schon anklingt bei Cicero, *De Rep.* I, 27 . . . *nec civili nexo, sed communi lege naturae, quae vetat ullam rem esse cuiusquam nisi eius qui tractare et uti sciat* . . . stimmt aber nicht zu dem späteren Sprachgebrauch, der nur die *actio honoraria* als Gegensatz zur *actio civilis* kennt. Hier umfasst also *actio civilis*, im Gegensatz zur *actio naturalis* auch die bloss durch honorarische Rechtsmittel geschützten Ansprüche.

Bei Pomponius bedeutet dagegen *actio civilis* regelmässig jeden verbindlichen Anspruch, also offenbar ebenfalls mit

Einschluss des nur durch honorarische Rechtsmittel geschützten, und im Gegensatz zu dem rechtlich unwirksamen Anspruch:

D. 15, 1, 49, 2 (Pomponius, *libro quarto ad Qu. Mucium*):

Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est: ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit neque ulla causa praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem.

Darauf konnte es selbstverständlich nicht ankommen, ob das Verhältnis des Herrn und Sklaven so beschaffen war, dass es geeignet wäre, eine *actio civilis* zu erzeugen; es genügte, wenn es eine *actio honoraria* begründet hätte.

D. 36, 1, 72, 1 (Pomponius, *l. secundo fideicommissorum*):

Si heres antequam fideicommissam hereditatem restitueret, alienaverit quid ex hereditate aut servum hereditarium manumiserit, aut ruperit quid vel fregerit vel usserit, non competit in eum ulla civilis actio restituta postea hereditate ex Trebelliano senatusconsulto, sed ex fideicommissi causa erit hoc quod deperierit persequendum.

D. 41, 1, 50 (Pomponius, *libro sexto ex Plautio*):

Quamvis quod in litore publico vel in mari extruxerimus, nostrum fiat, tamen decretum praetoris adhibendum est, ut id facere liceat: immo etiam manu prohibendus est, si cum incommodo ceterorum id faciat: nam civilem eum actionem de faciendo nullam habere non dubito.

D. 2, 14, 7, 2 (Ulpian, *l. quarto ad Edictum*):

Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνδλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem . . .

Auch die *obligatio civilis* des Aristo ist jedenfalls nur ein „wirksamer“, nicht, wie häufig behauptet worden ist, ein auf dem *ius civile* beruhender Anspruch.

Andererseits findet sich, bei den vorseverischen Schriftstellern in beglaubigter Weise nicht die Ulpian und Paulus so geläufige Wendung: *actio civilis* — *actio honoraria*. Sie ist zwar, abgesehen von der bereits angeführten Julianstelle, zwei-

mal in Anführungen älterer Schriftsteller bei Ulpian überliefert:

D. 4, 9, 3, 9 (Ulpianus, l. decimo ad edictum):

... Pomponius miratur igitur cur honoraria actio sit inducta cum sint civiles ...

D. 30, 28, pr. (Ulpian, l. nonodecimo ad Sabinum):

... sicut Aristo ait, id quod honoraria actione mihi debetur, si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria.

Allein in diesen von Ulpian angeführten Stellen ist der Wortlaut, auf den hier alles ankommt, zweifelhaft. Pomponius mag *actiones iuris civilis*, Aristo *actio legitima* geschrieben haben. Ulpian, der diese Ausdrücke geflissentlich vermeidet, wird sie durch *actio civilis*, *actiones civiles* ersetzt haben. Ulpian hat, wie an anderer Stelle dargethan werden soll, nicht nur nachweisbar in einer herkömmlichen Einteilung der *actiones paenales* den hergebrachten Ausdruck *actio legitima* durch *actio civilis* ersetzt; sondern er hat sich sogar nicht gescheut den von ihm angeführten Wortlaut des *senatusconsultum Trebellianum*, der neueren Terminologie Rechnung tragend, zu entstellen. Man darf ihn also gerade in Bezug auf die hier in Betracht kommende Ueberlieferung als durchaus unzuverlässig bezeichnen.

Nur von einem einzigen Schriftsteller der vorseverischen Zeit, Gaius, ist unmittelbar eine Stelle überliefert, worin er anscheinend der *actio civilis* in einer Weise gedenkt, die der der späteren Schriftsteller nahe steht:

D. 5, 5, 2 (Gaius, l. sexto ad edictum provinciale):

... per quam (scil. *possessoriam*) hereditatis petitionem tantum consequitur honorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

Dass der Gegensatz *actio civilis* — *actio honoraria* schon Gaius bekannt gewesen sei, beweist aber die Stelle, selbst wenn sie echt wäre, nicht. Man weiss nicht einmal, was die *superiores civiles actiones* ursprünglich bedeutet haben: auch lässt sich bei ihrer fragmentarischen Ueberlieferung nicht beurteilen, ob Gaius selbst von der *possessoria hered. petitio* gesprochen hat oder ihm das nur durch den Zusammenhang in den Mund gelegt wird, ob er die prätorische *hereditatis petitio*

nicht ebenfalls als eine *actio civilis* bezeichnet habe, und aus welchen Gründen das nicht geschehen sei. Jedenfalls wäre es aber sehr merkwürdig, wenn sich nur hier und nicht in Gaius Institutionen eine Spur vom Gegensatze *actio civilis* — *actio honoraria* erhalten hätte. Es empfiehlt sich daher gewiss nicht, die Stelle, deren Echtheit bekanntlich sehr zweifelhaft ist, für die herrschende Lehre zu verwerten.

Dass der Sprachgebrauch des Ulpian und Paulus ein anderer ist, ist wohl zweifellos. *Actio civilis* bedeutet bei ihnen regelmässig die auf *lex, senatus consultum* und *ius civile* gegründete *actio*, lässt sich dagegen in der Bedeutung, die bei Julian und Pomponius noch die regelmässige war, „rechtsverbindlicher, gültiger Anspruch“, nicht mit Sicherheit nachweisen, kommt jedenfalls nur ganz ausnahmsweise vor. Es ist daher jetzt in den Ausdrücken *obligatio, actio civilis* schwerlich mehr die *actio honoraria* mit begriffen:

D. 13, 6, 17, 3 (Paulus, l. vicensimo nono ad edictum):

Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficio ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles —

Hier dürfte der Ausdruck *actiones civiles* mit Rücksicht auf den Charakter der *actio commodati* gewählt worden sein. Schwieriger ist:

D. 11, 6, 1, pr. 1 (Ulpianus, libro vicensimo quarto ad edictum):

Adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit ... Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolum malum solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est.

Das *civiliter obligatus non est* bedeutet aber wohl nicht: gegen den keine *actio civilis* angestellt werden kann, denn das wäre selbstverständlich kein Grund, die Haftung bei der *actio in factum* auf den *dolus* zu beschränken; es kann nur bedeuten: mit dem kein *iure civili* gültiges Geschäft abgeschlossen worden ist.

Zweifelhaft sind:

D. 11, 6, 3, 6 (Ulpian, libro quarto ad edictum):

Servi autem nomine magis noxale quam de peculio competere ait, quamvis civilis actio de peculio competat.

Es wird von der *actio in factum* gehandelt: *si mentor falsum modum dixerit*. Die *civilis actio*, die etwa gegen den Sklaven zustehen könnte, ist wohl die *actio locati*; der Ausdruck kann hier daher etwas anderes bedeuten als eine wirksame *actio*, wie bei Julian.

D. 24, 1, 32, 1 (Ulpian, *l. trigensimo tertio ad Sabinum*):

Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus . . . pertinet, . . . ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius, cui donatae sunt et obligatio sit civilis . . .

Es ist wohl nicht anzunehmen, Ulpian habe hier durch den Ausdruck *obligatio civilis* andeuten wollen, der Anspruch sei *iure civili* nicht *iure honorario* verbindlich: dazu wäre gar kein Anlass. Der Ausdruck kann daher wohl am besten mit „rechtsverbindlich“ übersetzt werden. Aber das erklärt sich zur Genüge damit, dass an eine Verbindlichkeit *iure honorario* in diesem Zusammenhange überhaupt nicht gedacht werden konnte.

Die Wendung *obligatio civilis et naturalis* findet sich zur erschöpfenden Bezeichnung aller Arten von Verbindlichkeiten bei den späteren Schriftstellern überhaupt nicht. Denn nicht hierher gehört:

D. 12, 6, 59 (Papinian, *libro secundo definitionum*):

Si sponsor tempore (L.: fideiussor iure T.) liberatus solverit errore pecuniam, repetenti non oberit: si vero reus promittendi per errorem et ipse postea pecuniam solverit, non repetet, cum prior solutio, quae fuit irrita, naturale vinculum non dissolvit, nec civile, si reus promittendi non tenebatur.

D. 46, 3, 95, 2 (Papinian, *libro vicensimo octavo quaestionum*):

Nam si heres qui restituerit ex Trebelliano hereditatem, fideicommissario heres exstiterit, vel mulier, quae pro Titio intercesserat, eidem heres extiterit, incipit obligatio civilis propter hereditatem eius, qui iure tenebatur, auxilium exceptionis amittere . . .

Papinian will hier wohl als *obligatio civilis* mit besonderem Nachdruck einen Anspruch kennzeichnen, der, trotzdem er durch eine *exceptio* entkräftet wird, an sich wirksam ist.

D. 46, 2, 1, *pr.* (Ulpian, *libro quadragessimo sexto ad Sabinum*):

Novatio est prioris debiti in etiam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio.

In beiden Stellen handelt es sich offenbar nicht um eine Gesamtbezeichnung der Forderungen als *obligationes civiles et naturales*, sondern um diese zwei Arten der *obligationes* als solche, wobei die *actio honoraria* nicht erwähnt wird, weil an sie nicht gedacht wird (Papinian), oder weil sie nicht vorkommen kann: die *novatio* kann eine *actio honoraria* nicht erzeugen.

Erwägt man, wie sehr die späteren Juristen in der Ueberlieferung überwiegen, so darf man wohl annehmen, dass es kein Zufall ist, wenn sich darin die Wendung *obligatio civilis et naturalis* und jede andere, bei der die *actio honoraria* in dem Ausdruck *actio civilis* in zweifelloser Weise mitbegriffen wäre, nicht mehr vorkommt. Das wird noch mehr dadurch bestärkt, dass sich bei den späteren Juristen auch noch die Wendung *actio civilis honoraria et naturalis* zweimal findet:

D. 46, 2, 1, 1 (Ulpian, *libro quadragessimo sexto ad Sabinum*):

Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum civilis

naturalis an honoraria . . .

D. 20, 1, 5, *pr.* (Marcian, *libro singulari ad formulam hypothecariam*):

Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione . . . et vel pro civili obligatione vel honoraria vel tantum naturali.

Diese Ausdrucksweise verrät wohl einige Fühlung mit der Julianischen, gleichzeitig beweist sie aber, dass *obligatio civilis* nicht mehr die *obligatio honoraria* mitumfasst.

Bei den vorseverischen Juristen bedeutet also *actio civilis* den rechtswirksamen Anspruch; in einer anderen Bedeutung ist der Ausdruck nicht nachweisbar. Bei den Juristen der severischen Zeit bedeutet *actio civilis* den auf einer nicht-prätorischen Rechtsquelle beruhenden Anspruch und es findet sich der Ausdruck *actio (obligatio) civilis* höchstens ausnahmsweise in der früher regelmässigen Bedeutung: rechtswirksamer Anspruch. Die Annahme, dass ein Bedeutungswechsel vorliegt ist daher kaum abzuweisen. Der erste Schriftsteller, bei dem *actio civilis* als Gegensatz zur *actio honoraria* gebraucht

wird, die auf *leges* und *ius civile* gegründeten Ansprüche umfassend, ist Scaevola: bei ihm kommt der Ausdruck in dieser Bedeutung zweimal vor (*D.* 13, 5, 31; 18, 5, 8).

An sich kann man allerdings daraus, dass der Ausdruck vor Scaevola in einer bestimmten Bedeutung nicht überliefert ist, gewiss nicht schliessen, dass er in dieser Bedeutung nicht angewendet worden ist. Aber auch hier ist die Haltung von Gaius entscheidend. Dass sich unter den vielen Einteilungen der *actiones*, die er in den Institutionen gibt, eine solche in *actiones civiles et honorariae* nicht findet, wäre, wenn ihm diese Einteilung bekannt gewesen wäre, geradezu unbegreiflich. Man hat in neuerer Zeit die Frage aufgeworfen, warum die Wirkungen der Klagenkonsumtion nicht auf den Gegensatz: *actio civilis* — *honoraria*, sondern auf den Gegensatz *intentio in ius* — *in factum concepta* abgestellt sind. Man könnte mit der Gegenfrage antworten, wo denn überhaupt bei Gaius der Gegensatz der *actio civilis* — *honoraria* vorkommt. Sehr bemerkenswert ist auch folgende Stelle:

Gaius IV, 110:

Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones quae ex legibus senatus ve consultis proficiscuntur, perpetuo solere praetorem accommodare, eas vero quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque intra annum dare . . .

Wäre Gaius der Gegensatz *actio civilis* — *honoraria* bekannt gewesen, wenn irgend wo, hier hätte er Ausdruck finden müssen. Aus welchen Gründen Gaius hier die auf Juristenrecht beruhenden Klagen nicht erwähnt, mag dahingestellt bleiben.

Der Gegensatz *actio civilis* — *honoraria* ist daher von Scaevola ebensowenig nachweisbar, als sich von dem Gegensatze *ius civile* — *honorarium* eine über Papinian zurückreichende Kunde erhalten hat. Alles spricht dafür, dass er sich in der Zeit zwischen Gaius und Scaevola entwickelt hat. Dafür gibt es aber auch einen unmittelbaren Beweis. Zunächst kommt in Betracht, dass bis auf die bereits angeführten Stellen von Paulus der Ausdruck *actio legitima* sich in der severischen Zeit nicht mehr vorfindet, und von Ulpian offenbar geflissentlich vermieden wird:

Gaius IV 76:

Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris.

D. 35, 2, 32, *pr.* (Marcianus, *l. nono fideicommissorum*):

Poenales actiones sive, legitimae sive honorariae.

D. 47, 1, 2 (Ulpian, *l. quadragesimo primo ad Sabinum*):

In ceteris quoque actionibus, quae ex delicto oriuntur, sive civiles sunt sive honorariae.

In dieser, jedenfalls hergebrachten Einteilung wurde, also von Ulpian der Ausdruck *actiones legitimae* durch *actiones civiles* ersetzt. Das kann nur in der Weise erklärt werden, dass jetzt *actio civilis* auch *actio legitima* umfasst, während das früher nicht der Fall war.

Noch zwingender ergibt sich dieser Schluss aus dem Wortlaute des *senatusconsultum Trebellianum* und der Art, wie es von Ulpian, Gaius und Paulus behandelt wird. Das *senatusconsultum Trebellianum* enthält bekanntlich die Anordnung

D. 36, 1, 41 = Gaius II, 253:

. . . actiones quae iure civili heredi et in heredem competunt.

Es ist wohl anzunehmen, dass das *senatusconsultum* von Anfang an nicht bloss den Uebergang der *actiones civiles* sondern auch der *actiones honorariae* anordnen wollte, da es ja nur gesetzlich festlegen wollte, was bisher durch *stipulationes emtae et venditae hereditatis* angestrebt worden ist. Das ist übrigens, wenigstens für die Schulden, auch bezeugt.⁴⁾ Die Ausdrucksweise des *senatusconsultum* wäre aber offenbar undenkbar, wenn zu seiner Zeit der Gegensatz des *ius civile* und *ius honorarium* schon in der Form, wie in der severischen Zeit, bestanden hätte, denn dann hätte man unter *actiones quae iure civili . . . competunt* unmöglich auch die *actiones honorariae* mit bezeichnen wollen. Wie verhalten sich nun die Juristen dazu?

Zunächst sei auf den von Ulpian überlieferten Wortlaut des *senatusconsultum* hingewiesen:

D. 36, 1, 1, 2 (Ulpianus, *l. tertio fideicommissorum*):

⁴⁾ Vergl. Ulpian *D.* 50, 16, 173, 3; dazu Lenel 2966 A. 3.

. . . placet, ut actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent . . .

Schon Wlassak hat erkannt,⁵⁾ dass die Worte *dari solent* nicht echt sein können. Ulpian hat also das *iure civili competunt*, das von Gaius und Paulus in einer jeden Zweifel ausschliessenden Weise bezeugt ist, durch diesen Ausdruck ersetzt, jedenfalls deswegen, weil er ihn mit Rücksicht auf den Sprachgebrauch seiner Zeit für missverständlich hielt.

Noch bezeichnender ist aber in dieser Richtung das Verhältnis des Gaius zu Paulus:

Gaius II, 253, 255:

Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaco Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones quae iure civili heredi et in heredem competere, <ei> et in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas . . . Ergo siquidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure civili, in eum vero qui recipit hereditatem ex senatusconsulto Trebelliano . . .

D. 36, 1, 41 (Paulus, libro vicensimo ad edictum):

Quamvis senatus de his actionibus transferendis loquatur, quae iure civili heredi et in heredem competunt, tamen honorariae actiones transeunt, nulla enim separatio est: immo et causa naturalium obligationum transit.

Gaius nimmt daher noch gar keinen Anstoss daran, dass das *senatusconsultum* nur von den *actiones quae iure civili heredi et in heredem competunt* spricht; in der späteren Erläuterung bedeutet bei ihm *iure civili* blos der Gegensatz zu *ex senatusconsulto Trebelliano*; er sagt daher nur: *in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure civili, in eum vero qui recipit hereditatem ex senatusconsulto Trebelliano*. Paulus dagegen hebt ausdrücklich hervor, dass

das *senatusconsultum* durch den Ausdruck *iure civili* die *actiones honorariae* nicht ausgeschlossen habe, offenbar deswegen, weil dies nach seiner Terminologie allerdings der Fall gewesen wäre. Paulus steht dem *senatusconsultum Trebellianum* ganz anders als Gaius, und ähnlich wie Ulpian gegenüber: für beide ist sein Wortlaut in einem gewissen Sinne eine Verlegenheit. Man kann es also fast bis auf ein viertel Jahrhundert bestimmen, wann der Gegensatz *ius civile* — *ius honorarium*, so wie ihn die heute herrschende Lehre versteht, entstanden ist: in der Zeit, die zwischen die schriftstellerische Thätigkeit des Gaius und der severischen Juristen fällt.

Die *actio civilis*, in ihrer uns aus dem Digesten so wohl bekannten, alle nicht honorarischen Klagen umfassenden Bedeutung, ist also ebenso wie das *ius civile* als Gesamtbezeichnung für alles nicht durch den Prätor geschaffene Recht, wohl eine Erfindung des severischen Zeitalters. In der vorseverischen Zeit konnte man wahrscheinlich nur die auf *leges* gegründete Klage, die *actio legitima*, und die *actio iuris civilis*, für die das *proprium ius civile* die Grundlage abgab. Das Verhalten von Ulpian und Paulus zeigt, dass die Sache nicht von ungefähr entstanden ist, dass es sich um bewusste Fortbildung der Terminologie handelt.

Aus alledem ergibt sich, dass die beiden Institutionenstellen:

J. 3, 13, 1:

Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera didicitur, namque aut civiles sunt aut praetoriae, aut certe iure civili comparatae sunt. Praetoriae, quas praetor ex sua constitutione constituit, quae etiam honorariae vocantur;

J. 4, 6. 3:

Sed istae quidem actiones, quarum mentionem habuimus, et si quae sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt. Aliae autem sunt quas praetor ex iuris dictione sua comparatas habet . . .

sie mögen im übrigen klassisch oder Justinianisch sein, jedenfalls eine Lehre vortragen, die erst der severischen Zeit angehört.

Wie sich der Bedeutungswechsel vollzogen hat, das kann bei dem gänzlichen Schweigen der Quellen nur vermutet werden.

⁵⁾ Röm. Proz. Gesetzes I S. 42, A. 6. — Ebenso Lenel, Paling. 1871 N. 1.

Zweifellos lag es gewissermassen in der Entwicklungslinie der Sprache: davon zeugt der Umstand, dass das *ius civile*, zum *ius gentium* in Gegensatz gebracht, schon längst das gesamte geltende Recht der Römer umfasste, soweit es eben nicht *ius gentium* war. Aehnlich wie die Lehre vom Gegensatz des *ius civile* und *ius gentium*, so wird auch diese in erster Linie Schul- und Lehrzwecken zu dienen bestimmt. Wie gross seit langer Zeit schon das Bedürfnis nach einem alle nichthonorarischen Klagen und alle nichthonorarischen Erbberechtigungen umfassenden Ausdruck war, das beweisen am besten die angeführten unbeholfenen Wendungen von Gaius (vgl. etwa: III, 32, III, 82, IV, 118). Eine dem allgemeinen Bedürfnisse entsprechende, viele Schwierigkeiten lösende Lehre, brauchte wohl nur von einem angesehenen Rechtsgelehrten aufgestellt zu werden, um allgemein angenommen zu werden. Aber noch etwas anderes dürfte die Entwicklung sehr befördert haben. Seit Beginn der Kaiserzeit zerfällt die gangbare juristische Litteratur in zwei grosse Gruppen: Werke die das *ius civile* enthalten und Ediktskommentare. Die ersten schliessen sich methodologisch wohl an die Traditionen der republikanischen Litteratur an; sie legen den Gesetzestext und das Edikt aus, und stellen bei dieser Gelegenheit auch das selbständige Juristenrecht dar, wie es bereits zur allgemeinen Anerkennung gelangt ist, oder wenigstens zur Anerkennung empfohlen wird. Diese sind so recht eigentlich noch *ius civile* im republikanischen Sinne. Die Ediktskommentare, aus bescheidenen Anfängen in republikanischer Zeit, gewinnen immer mehr an Bedeutung: in den Digesten Julians ist die Gleichwertigkeit der litterarischen Darstellung des *ius civile* und des Ediktsrechts formell anerkannt, das schliesslich ganz überwuchert, und, zumal in systematischer Beziehung, allein massgebend wird. Das gesetzte Recht, die *leges*, *senatusconsulta*, *constitutiones* treten dem gegenüber sehr in den Hintergrund. Ihre Kenntnis wurde im allgemeinen nur durch die Litteratur, und zwar zunächst durch die Werke über das *ius civile*, vermittelt, denn Gesetzessammlungen in unserem Sinne gab es ja bekanntlich nicht, kaum irgendwie umfassendere Konstitutionensammlungen. Und ganz abgesehen

davon, war auch, wenigstens was die zwölf Tafeln und die republikanischen Gesetze betrifft, der Wortlaut in der Regel ganz bedeutungslos und die *interpretatio* allein massgebend; in diesem Sinne dürfte daher, wie bereits ausgeführt worden ist, die *usucapio*, der Uebergang der Forderungen und der Schulden auf den Erben, wohl auch die *cura prodigum* nicht auf die *lex*, sondern auf das *ius civile* gegründet werden, und ebenso galt in Wirklichkeit kaum noch die *lex Voconia* oder das *senatusconsultum Vellaeianum*, sondern die Ausgestaltung, die ihnen das *ius civile* gegeben hatte. So konnte man sich fast in jedem Falle ebenso gut auf die zwölf Tafeln, wie auf das *ius civile* berufen, und gelangte leicht dazu, beides gleichzuachten oder wenigstens zwischen beiden in der Regel nicht zu unterscheiden. Es standen also einander in der juristischen Litteratur *ius civile* und *ius honorarium* im Sinne der severischen Juristen thatsächlich lange gegenüber, bevor sich eine entsprechende Ausdrucksweise eingebürgert oder gar eine Theorie der Rechtsquellen ausgebildet hatte.

Wie leicht und gewissermassen unbemerkt sich ein derartiger Bedeutungswechsel unter dem Drucke thatsächlich vorhandener Gegensätze vollzieht, lehren zahlreiche andere Beispiele. Die Quellen gestatten, dies zweimal an dem Ausdrucke *ius civile* selbst zu verfolgen:

D. 29, 1, 20, pr. (Julian, *libro vicensimo septimo digestorum*):

Tribunus militum, si intra dies certos, quam successor eius in castra venerat, manens in castris codicillos fecerit et ibi decesserit, quoniam desinit militis loco haberi, postquam successor eius in castra venit, ideo communi iure civium Romanorum codicilli eius aestimandi sunt.

D. 29, 1, 17, 4 (Gaius, *libro quinto decimo ad edictum provinciale*):

Si miles testamentum in militia fecerit, codicillos post militiam et intra annum missionis moriatur, plerisque placet in codicillis iuris civilis regulam spectari debere, quia non sunt a milite facti, nec ad rem pertinere, quod testamento confirmati sunt. Ideoque in his legatis, quae testamento data sunt, legi Falcidiae locum non esse, at in his, quae codicillis scripta sunt, locum esse.

C. 3, 28, 9 (*Imp. Antoninus 223*):

124 VIII. Die Entstehung des Gegensatzes *ius civile* u. *ius honorarium*.

De inofficioso testamento militis vel iure militari vel civili facto, vel centurionis vel tribuni numeri, nec filios posse queri ius certum est.

D. 28, 3, 7 (Ulpian, libro decimo ad Sabinum):

Si miles iure civili testamentum fecerit et primo gradu heredem eum scripserit, quem iure militari poterat, secundo eum quem communi iure potest, et post annum missionis decesserit, primus gradus irritus fiet et a secundo incipiet testamentum.

Julian nennt das Recht des nichtmilitärischen Testaments *commune ius civium Romanorum*. Die Späteren setzen dagegen ohne weiteres das *ius civile* dem *ius militare* entgegen, verstehen aber unter *ius civile* offenbar nicht nur, wie Gaius, das Konstitutionenrecht, was ja mit der herrschenden Lehre vereinbar wäre, sondern auch das Recht des prätorischen Testaments. Diese Bedeutung des Ausdrucks *ius civile*, *civilis* setzt sich nunmehr fest, und spielt in der späteren Kaiserzeit ja, bis auf den heutigen Tag, bekanntlich eine sehr grosse Rolle als Gegensatz zum militärischen Recht.

Eine ganz ähnliche Entwicklung hat sich auch noch auf einem anderen Gebiete vollzogen. Ihr erster Ansatz findet sich in:

D. 48, 2, 16 (Ulpian, libro quinquagesimo sexto ad edictum):

In eum, eius dolo malo hominibus coactis damni quid datum esse dicatur, non debet cogi actor ommissa actione civili crimen intendere.

Ulpian bezeichnet also die prätorische Klage geradezu als *actio civilis* im Gegensatze zur *criminis delatio*. Diese Bezeichnung wird in der späteren Kaiserzeit zur technischen. Unter *actio civilis* schlechthin ist in der Regel der Gegensatz zur *actio criminalis*, also, um im Stile der Zeit zu sprechen, jede *actio de re pecuniaria* zu verstehen.⁶⁾

⁶⁾ Diocletian und Maximianus haben noch: C. 9, 41, 15 *non solum in criminali causa sed etiam in pecuniaria*. Dagegen: C. 1, 35, 1 *non solum civiles sed etiam criminales (causae)* (320); C. 7, 65, 3 *in eo negotio quod ratione, civili, super patrimonium forte, apud proprium iudicem inchoavit* (365); C. C. Th. 9, 20, 1 *quotiens de re familiari et civilis et criminalis competit actio* (378); C. 9, 31, 1, 1: *cum libertus se dicit ingenuum tam de operis civiliter quam lege Visellia criminaliter argueri* (378); C. 5, 7, 1, 2 *vel civilia vel criminalia negotia* (380); C. 9, 9, 32 *cum ... et civilis actio*

Belehrend ist es, dass Ulpian der *actio civilis* auch einen *extra ordinem* verfolgbaren Anspruch entgegengesetzt:

D. 11, 7, 12, pr. (Ulpian, l. vicensimo quinto ad edictum):

Non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpellatur praeses et iam compellere debet, iusto pretio iter ei praestari.

Es liegen daher noch manche weitere Verschiebungen in der Bedeutung des Ausdrucks *ius civile*, *actio civilis* vor. Dass alle diese Bezeichnungen mit der Theorie der Rechtsquellen keinen Zusammenhang haben, ist wohl ohne weiteres klar.

IX.

Ius civile und *ius honorarium*.

Ueber den Gegensatz des *ius civile* und *ius honorarium* ist in der Wissenschaft die Vorstellung gang und gäbe, der Gegensatz habe das ganze Recht umfasst, so dass man von jeder Rechtseinrichtung müsse sagen können, sie gehöre entweder dem einen oder dem anderen Systeme an; die Einteilung habe auch vollständig durchgegriffen, es gäbe überhaupt keinen anderen Gegensatz des *ius civile* als das *ius honorarium*. Zeitweilig angefochten, ist diese Ansicht gegenwärtig, hauptsächlich infolge des Einflusses Wlassaks, wohl wieder herrschend.

Es wurde bereits dargethan, dass das nur für die Zeit der severischen Juristen, nicht für die früheren Perioden gelten könnte. Aber die herrschende Lehre bedarf noch einer anderen Einschränkung. Es ist jedenfalls auffallend, dass die Juristen der severischen Zeit, die vom *ius civile et honorarium* so sprechen, als ob darin das ganze geltende Recht begriffen wäre, sich dabei immer nur entweder auf das Aktionenrecht oder auf die Erbberechtigungen beziehen: würde der Gegensatz das ganze Recht durchziehen, so müsste er doch wohl auch auf anderen Gebieten zu Tage treten. Was aber zunächst das Aktionenrecht betrifft, so wird die Tragweite dieser Thatsache noch dadurch ins rechte Licht gesetzt, dass hier sehr häufig *ius civile* durch *actio civilis*, *ius honorarium* durch *actio honoraria* ersetzt wird.

criminali iure postponatur (392). Nov. Mart. I, 1 *Quicumque civilem actionem vel certe criminalem accusationem . . .*

Ius civile wird dem *ius honorarium* in diesem Sinne entgegengesetzt:

D. 47, 5, 1, 3 (Ulpian, *l. trigensimo octavo ad edictum*):

... *utrum mallet cum exercitore honorario iure an cum fure iure civili experiri* ...

D. 14, 1, 5, 1 (Paulus, *l. vicensimo nono ad edictum*):

Item si servus meus navem exercebit et cum magistro eius contraxero, nihil obstat quominus adversus magistrum experiar actione quae mihi vel iure civili vel honorario competit.

Es ist aber klar, dass hier überall *actio quae iure civili vel honorario competit, honorario iure an iure civile experiri* ersetzt werden könnte durch *actio civilis und honoraria*. Daher werden der *actio civilis* auch wohl honorarische Rechtsmittel entgegengesetzt, *actio in factum, de dolo, interdicta*:

D. 43, 26, 14 (Paulus, *l. tertia decimo ad Sabinum*):

Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset ...

D. 21, 1, 31, 24; 33 pr. (Ulpian, *l. primo ad edictum aedilium curulium*):

In his autem actionibus (scil. aediliciis) eadem erunt observanda, quae de partu, fructibus, accessionibus, quaeque de mortuo redhibendo dicta sunt ... nam iure civili ut integra sint, quae accessura dictum fuerit ex empto actio est ...

Hier überall wird das auf Grund des *ius civile* zustehende Rechtsmittel offenbar in demselben Sinne den prätorischen Rechtsmitteln entgegengesetzt, wie anderwärts die *actiones civiles* den *actiones honorariae*:

D. 18, 5, 8 (Scaevola, *l. secundo responsorum*):

Titius Seii procurator defuncto Seio ab eo scriptus heres, cum ignoraret, fundum vendente servo hereditario quasi procurator subscripsit: ... respondit Titium, si non ipse vendidit, non ideo actionibus civilibus teneri, quod servo vendente subscriperat, sed servi nomine praetoria actione teneri.

D. 4, 9, 3, 1 (Ulpianus, *l. quarto decimo ad edictum*):

Pomponius ... miratur igitur cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles.

D. 4, 3, 1, 4 (Ulpianus, *l. decimo ad edictum*):

... *quoniam famosa actio non temere debuit a praetore de erui, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri.*

D. 4, 3, 1, 7 (Ulpianus, *l. undecimo ad edictum*):

Si quis, cum actionem civilem haberet vel honorariam in stipulatum deductam, acceptilatione vel alio modo sustulerit, de dolo experiri non poterit, quoniam habuit aliam actionem ...

D. 5, 5, 1 (Ulpianus, *l. decimo ad edictum*):

Ordinarium fuit post civiles actiones heredibus propositas rationem habere praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit, id est eorum, quibus bonorum possessio data est ...

D. 6, 2, 1, 1 (Ulpianus, *l. sextadecimo ad edictum*):

Merito praetor ait „nondum usucaptum“ nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam.

D. 44, 7, 25, 2 (Ulpianus, *libro singulari regularum = de iur. 8*):

Omnes autem actiones aut civiles dicuntur aut honorariae.

D. 47, 1, 2 (Ulpian, *libro quadragensimo primo ad Sabinum*):

... *in ceteris quoque actionibus, quae ex delictis oriuntur, sive civiles sunt sive honorariae, id placet ut noxa caput sequatur.*

D. 14, 1, 5, 1 (Paulus, *libro vicensimo nono ad edictum*):

Item si servus meus navem exercebit et cum magistro eius contraxero, nihil obstat, quo minus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel iure civili vel honorario competit.

Auch finden sich als Gegensatz der *actiones civiles* *actiones in factum, de dolo, interdicta*.

D. 13, 5, 31 (Scaevola, *l. quinto digestorum*):

... *respondit, nec civilem eo nomine actionem competere: sed nec de constituta pecunia secundum ea quae praeponebantur.*

D. 19, 5, 5, 3 (Paulus, *l. quinto quaestionum*):

Quodsi faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur.

D. 5, 6, 1, 2 (Ulpianus, *l. sextodecimo*, Paulus, *l. vicensimo ad edictum*):

Ex ordine occurrit actio quae proponitur his, quibus resti-

tuta est hereditas ... quae actio eadem recipit, quae hereditatis petitio civilis.

D. 8, 5, 6, 1 (Ulpian, libro septimodecimo ad edictum):

Et si forte non habeam aedificatum alius in meo, adversarius meus possessor est; nam cum nihil sit innovatum, ille possidet et aedificantem me prohibere potest et civili actione et interdicto quod vi aut clam ...

D. 43, 18, 1, 1 (Ulpian, libro septuagensimo ad edictum):

Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est; nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit ex empto agere cum domino soli potest ... sed longe utile visum est ... hoc interdictum (scil. de superficiebus) proponere ...

D. 47, 2, 14, 11 (Ulpian, libro vicensimo nono ad Sabinum):

Is qui precario servum rogaverat subrepto eo potest quaeri an habeat furti actionem. Et cum non est contra eum civilis actio ... ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem.

D. 43, 26, 14 (Paulus, libro tertio decimo ad Sabinum):

Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset.

Wenn Ulpian erschöpfend sein will, so stellt er den actiones civiles allenfalls auch mehrere prätorische Rechtsmittel gegenüber:

D. 44, 7, 42, 1 (Ulpian, libro vicensimo primo ad edictum):

Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent, sic tamen, ne exceptione submoveantur, vel honorariam actionem vel in factum.¹⁾

D. 42, 2, 6, 2 (Ulpian, libro quinto de omnibus tribunalibus):

Et si alia quaecunque actione civili vel honoraria vel interdicto exhibitorio vel restitutorio vel prohibitorio²⁾ dum quis convenitur, confiteatur, dici potest in his omnibus subsequi praetorem voluntatem divi Marci debere et omne omnino quod quis confessus est pro iudicato habere.

Bei dem engen Zusammenhange, der in Rom zwischen

¹⁾ Dazu Erman, Z. Sav.St. XIX S. 303 A. 1.

²⁾ ... vel interdicto ... prohibitorio mag allerdings, wie Lenel Paling. annimmt, interpoliert sein.

actio und obligatio bestand, ist es aber begreiflich, dass die Römer in solchen Wendungen oft anstatt *actio civilis obligatio civilis, iure civili obligari, teneri, debere, liberari* sagten. Alle diese Wendungen sind gleichartig: *obligatio civilis, iure civili debere, teneri, obligari* wird ohne weiteres dem prätorischen Rechtsmittel, der *actio honoraria, utilis, exceptio* entgegengesetzt:

D. 13, 5, 1, 8 (Ulpian, libro vicensimo septimo ad edictum):

Sed et is, qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur ...

D. 30, 28, pr. (Ulpianus, l. nonodecimo ad Sabinum):

... sicut Aristo ait, id quod honoraria actione mihi debetur, si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria.

D. 24, 3, 17, 1 (Paulus, libro septimo ad Sabinum):

... sicuti cum socia fuit, dabitur ei exceptio (scil. ut in id damnetur, quod facere possit) quamvis iure civili sit obligata.

D. 13, 5, 3, 1; 2 (Ulpian, libro vicensima septimo ad edictum):

Si quis autem constituerit, quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur quaeritur ... Si is, qui et iure civili et praetorio debebat, in diem sit obligatus, an constituendo teneatur? ...

C. 2, 3, 5 (Imp. Antoninus 213):

Creditori tuo si partem pecuniae exsolvesti, de parte vero non petenda inter te et eum convenit ... ea obligatione partim iure civili partim honorario liberatus es ...

Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, dass *iure civili obligatus esse, iure civili teneri, debere* hier überall nichts anderes bedeuten, als was anderwärts durch *actioe civili obligatus esse, teneri, debere* ausgedrückt wird.

Es handelte sich den Römern also offenbar nicht um einen Gegensatz der Rechtssysteme, sondern bloss um eine Verschiedenheit der Rechtsmittel, die entweder von der Rechtsordnung oder vom Prätor gegeben werden, und wenn die Juristen nicht nur die *actiones civiles* den *actiones honorariae*, sondern auch das *ius civile* dem *ius honorarium* entgegengesetzen, so liegt der

Grund darin, weil sie hier ebensowenig wie anderwärts zwischen dem Rechtsmittel und dem ihm zu Grunde liegenden materiellen Rechte genau unterschieden haben: es genügt ja als Beleg auf die vielen Stellen hinzuweisen, wo der Gegensatz zum *ius civile* die *actio honoraria* bildet.

Nicht viel anders ist es bei dinglichen Rechten: auch hier werden dem nach *ius civile* bestehenden Rechtsverhältnis die vom Prätor geschaffenen Rechtsmittel gegenübergestellt:

D. 7, 4, 1, pr. (Ulpian, *libro septimodecimo ad Sabinum*):

... *parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitione praetoris.*

D. 7, 9, 9, 1 (Ulpian, *libro quinquagesimo primo ad edictum*):

... *sive ipso iure quis usum fructum habet, sive etiam per tuitionem praetoris.*

D. 43, 18, 1, 9 (Ulpian, *libro septuagesimo ad edictum*):

Servitutes quoque praetorio iure constituentur et ipsae ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, utilibus actionibus petuntur.

Nur auf zwei Gebieten hat der Gegensatz eine tiefer einschneidende Bedeutung: auf dem des Eigentums und des Erbrechts. Hier waren die Eingriffe des Prätors so stark, dass ihnen in der That ganze Rechtsinstitute ihr Dasein verdanken. Und so werden in den Quellen nicht mehr bloss die Rechtsmittel, sondern das materielle Recht einander gegenübergestellt, und zwar, was das Eigentum betrifft, wie bereits hervorgehoben worden ist, schon von Gaius:

Gaius I, 54:

Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium, vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur, ...

Gaius II, 41:

Sed postea divisionem accipit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.

Bei Gaius ist das *ius utrumque* selbstverständlich nicht das *ius civile* und *ius honorarium*, sondern das *dominium ex iure Quiritium* und das *in bonis esse*. Immerhin ist es bezeichnend,

dass schon Gaius die Reflexwirkung der prätorischen Rechtsmittel als materielles Recht auffasst, und dem vollwertigen *dominium* an die Seite stellte. Ebenso:

D. 44, 7, 35, pr. (Paulus, *l. primo ad edictum [praetoris]*):

... *Publiciana ... cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.*

Im Erbrecht bedeutet *ius civile* die Gesamtheit der auf den *leges, senatusconsulta, constitutiones* und auf dem *proprium ius civile*³⁾ beruhenden erbrechtlichen Regeln im Gegensatze zu den erbrechtlichen Bestimmungen des Edikts. Daher wurden, zumal in den Konstitutionen, mit dem Ausdrucke *ius civile* et *honorarium* nicht selten alle möglichen Fälle der Erbberechtigungen bezeichnet:

D. 50, 16, 70 (Paulus, *libro septuagesimo tertio ad edictum*):

Verba haec: „is ad quem ea res pertinet“, sic intelliguntur, ut qui in universum dominium vel iure civili vel iure praetorio succedit, contineatur.

D. 50, 4, 1, 4 (Hermogenianus, *libro primo epitomarum*):

[*His similes sunt bonis dati curatores*] *custodiendis ab eo relictis, cui necdum quisquam civili vel honorario iure successit ...*

C. 3, 42, 8, 1 (*Impp. Diocletianus et Maximianus 293*):

... *si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet ...*

C. 6, 30, 14 (*Impp. Diocletian. et Maximianus 294*):

Si sorori suae frater tuus civili vel honorario successit iure ...

C. 6, 59, 3 (*Impp. Diocletian. et Maximian. 294*):

Vitrico privigni successionem intestati civili vel honorario iure non deberi certissimum est.

C. 6, 59, 10 (*Impp. Diocl. et Maxim. 294*):

Nutritoribus hoc nomine nec civili nec honorario iure defertur hereditas.

Im einzelnen werden zum *ius civile* gezählt:

1. Die Bestimmungen der zwölf Tafeln über die *hereditas legitima*:

³⁾ Wlassak, Krit. Studien S. 99 ff., 126 ff.

D. 37, 1, 6, 1 (Paul., libro quadragensimo primo ad edictum):
 ... *Quamvis enim iure civili deficient liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse ...*

D. 37, 4, 1, 1 (Ulpian, libro trigesimo nono ad edictum):
Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo iure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civili ...

2. Die Bestimmungen über das testamentarische Erbrecht:

D. 37, 5, 22 (Papinianus, l. quinto responsorum):
 ... *scriptus heres alter filius qui possessionem accepit vel iure civili contentus non accepit ...*

D. 22, 5, 14 (Papinianus, libro singulari de adulteriis):
Scio quidem tractatum esse, an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus: et sane iuste testimonii officio ei interdicitur. Existimo ergo neque iure civili testamentum valere, ad quod huiusmodi testis processit, neque iure praetorio quod ius civile subsequitur, ut neque hereditas adiri neque bonorum possessio dari possit.

D. 28, 1, 23 (Ulpian, libro quarto disputationum):
Si testamentum quod resignaverit testator, iterum signatum fuerit septem testium signis, non erit imperfectum, sed utroque iure valebit, tam civili quam praetorio.

Ulpian XXVIII, 13:

Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re ... sine re, cum alius iure civili evincere hereditatem possit; veluti si suus heres in testamento praeteritus sit ... quoniam suus heres evincere hereditatem iure legitimo potest.

3. Die althergebrachten gewohnheitsrechtlichen Förmlichkeiten der Errichtung und des Widerrufs des Testaments im Gegensatz zu den vom Prätor eingeführten:

Ulpian XXIII, 6:

Si septem signis testium signatum sit testamentum, licet iure civili ruptum vel irritum factum sit, praetor scriptis hereditas iuxta tabulas bonorum possessionem dat ...

Ulpian XXVIII, 6:

Etiam si iure civili non valeat testamentum ... bonorum possessio datur ...

C. 6, 11, 2 (Imp. Gordianus, 242):

Bonorum quidem possessionem ex edicto praetoris non nisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non venit. Verum si eundem numerum adfuisse sine scriptis testamento condito doceri potest, iure civili testamentum factum videri.

Gesta de aperiundo testam. (Bruns-Mommsen, 6. Aufl. S. 262):

... *quod testamentum meum, si quo casu iure civili vel praetorio vel alia qualibet iuris ratione valere non potuerit ...*

4. Das auf dem *proprium ius civile* beruhende Noterbenrecht im Gegensatz zu dem prätorischen:

Ulpian XXII, 23:

Emancipatos liberos, quamvis iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, tamen praetor iubet si non instituantur heredes, exheredari ...

D. 37, 4, 8, pr. (Ulpianus, l. quadragensimo ad edictum):

Non putavit praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, sicuti nec iure civili testamenta parentum turbant ...

5. Andere auf dem *proprium ius civile* beruhende erbrechtliche Grundsätze, insbesondere über den Erbschaftserwerb im Gegensatz zu den entsprechenden Grundsätzen des Edikts:

Ulpian XXII, 24:

Inter necessarios heredes ... et suos et necessarios ... iure civili nihil interest ... Sed iure praetorio suis et necessariis heredibus abstinere se a parentis hereditate permittitur ...

C. 6, 59, 2 (Impp. Diocletianus et Maximianus 293):

Si pater tuus propiori sobrino tuo agnato constituto et intestato defuncto iure civili adita hereditate, vel ... solemniter bonorum possessione admissa successit ...

C. 3, 30, 9 (Impp. Diocl. et Maxim. 294):

Si scripti delatam sibi successionem cognati repudiaverunt, et hanc honorario vel civili iure quaesivisti ...

C. 2, 52, 5, 3 (Imp. Constantinus 312 [vollständiger C. Th. 2, 7, 2]):

Cum vero maior successionem fuerit adeptus minoris, si quidem

civili iure ab intestato vel ex testamento successerit, mox cum fuerit adita hereditas, si vero honorario iure, ex quo bonorum possessio fuerit accepta, examinando in integrum restitutionis negotio solida sine ulla diminutione tempora supputentur.

In einem einzigen Falle wird anscheinend eine nicht erbrechtliche Bestimmung der zwölf Tafeln *ius civile* genannt:

C. 6, 30, 10 (*Impp. Diocletian et Maxim.* 294):

Si te bonis paternis maior quinque et viginti annis miscuisti, neque inopia patris te excusat, neque vis fratris, portionem tuam vel testamentum eripientis arcere te exactione creditorum, qui iure civili pro hereditaria te portione conveniunt, potest.

Es wurden allerdings schon an anderer Stelle die Gründe dargethan, die die Römer veranlasst haben mögen, die Haftung des Erben für die Erbschaftsschulden auf *ius civile* zurückzuführen. An dieser Stelle bedeutet *ius civile* jedoch, wie fast ausnahmslos in den Diokletianischen und den späteren Konstitutionen, den Gegensatz zum *ius honorarium* (zu der durch das *beneficium abstinendi* geschaffenen Rechtslage), wenn das auch nicht klar genug zum Ausdrucke gebracht worden ist.

Es ist daher auch hier fast ausnahmslos Juristenrecht, was als *ius civile* dem *ius honorarium* entgegengesetzt wird. Nur das Intestaterbrecht der zwölf Tafeln wird unter dem Ausdruck *ius civile* mitinbegriffen: denn die vereinzelt dastehende Konstitution Diocletians, in der die Zwölf Tafelregel über die Haftung der Erben für die *nomina ius civile* genannt wird, muss schon mit Rücksicht auf die Zeit, der sie angehört, ausser Betracht bleiben. Dagegen werden erbrechtliche Bestimmungen einer anderen *lex*, etwa der *lex Falcidia* oder *lex Julia et Papia*, erbrechtliche Bestimmungen eines Senatuskonsults oder einer *constitutio*, nirgends zum *ius civile* gezählt.

Lässt sich nun aus den bisher angeführten Stellen schliessen, dass die Römer zu irgend welcher Zeit zwei Arten von Rechtsquellen unterschieden haben, solche *iuris civilis* und *iuris honorarii*? Dass zum *ius civile* die *leges*, *plebiscita*, *senatusconsulta*, *constitutiones*, zum *ius honorarium* das *edictum* gehörte? Das ist offenbar nirgends gesagt. Es werden sehr häufig prätorische Rechtsmittel den Rechtsmitteln *iuris civilis*, *actiones civiles* den *actiones honorariae* entgegengesetzt, aber das ist eine Einteilung

der Rechtsmittel und der *actiones*, nicht ein Gegensatz in den Rechtsquellen. Wird von *hereditas* und *bonorum possessio* gesprochen, so handelt sich um zwei Arten des Erbrechts, die durch die Rechtsquellen bestimmt werden, auf denen sie beruhen, aber gewiss nicht auf diese bestimmend zurückwirken. Ebensowenig kann aber daraus, dass es zwei Arten von Eigentum, ein *duplex dominium* gibt, auf eine Zwieschlächtigkeit der Theorie der Rechtsquellen geschlossen werden. Bekanntlich sind ja die Römer bei der Zwieschlächtigkeit der Rechtsmittel nicht stehen geblieben: da die *extraordinaria cognitio* einen immer grösseren Raum einzunehmen begann, so haben sie schliesslich den prätorischen und civilen Rechtsmitteln die Rechtsmittel der *extraordinaria cognitio* an die Seite gestellt:

D. 48, 10, 7 (*Marcian, libro secundo institutionum*):

Nulla modo servi cum dominis suis consistere possunt, cum ne quidem omnino iure civili, neque iure praetorio neque extra ordinem computantur.

D. 50, 16, 10 (*Ulpian, libro sexto ad edictum*):

„*Creditores*“ *accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario . . .*

D. 50, 16, 178, 2; 3 (*Ulpianus, l. quadragesimo nono ad edictum*):

Actionis verbum et speciale est et generale . . . Persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem. Hoc verbum „debet“ omnem omnino actionem comprehendere intellegitur, sive civilis sive honoraria sive fideicommissi fuit persecutio.

Dem Versuch, daraufhin noch ein „drittes Rechtssystem“ aufzustellen, ist Wlassak seinerzeit energisch entgegengetreten und er dürfe wohl auch endgiltig abgethan sein.

Der Prätor, der ein neues Rechtsmittel schuf, schuf ja zweifellos auch neues materielles Recht; wenn die Römer von einem *duplex dominium* sprechen, dem *ius civile* die *bonorum possessio*, der *a. civilis* die *a. honoraria* entgegensetzen, so ist das ein Ausdruck für die durch den prätorischen Eingriff geschaffene

Rechtslage. Dass die Römer aber die auf den *leges, senatusconsulta* und auf dem *proprium ius civile* beruhenden *actiones* als *actiones civiles* und die auf demselben beruhenden Erbberechtigungen als *hereditas* zu einer Gruppe zusammenfassten und sie dem *ius honorarium* und der *bonorum possessio* entgegensetzten, so liegt das nicht an der Verschiedenheit der rechtlichen Grundlage, sondern daran, dass sie von den prätorischen in ihren Voraussetzungen und vielfach auch ihren Wirkungen so sehr abwichen, dass sich dieser Gegensatz in der praktischen Rechtsübung gewissermassen von selbst ergab.⁴⁾

Würde der Gegensatz des *ius civile* und *ius honorarium* in der Verschiedenheit der Rechtsquellen wurzeln, so würde er in der That auf allen Rechtsgebieten zu Tage treten. Man müsste nicht bloss im Aktionenrecht, Eigentumsrecht und Erbrecht zwischen den Rechtseinrichtungen *iuris civilis* und *iuris honorarii* unterscheiden, man müsste auch das Staatsrecht, das Strafrecht, das Verwaltungsrecht, das Familienrecht, obwohl sie ausschliesslich durch *leges, senatusconsulta, constitutiones* und das Gewohnheitsrecht (das *proprium ius civile*) geregelt, und dem prätorischen Einfluss fast ganz entrückt sind, dem *ius civile* zuweisen. Davon gibt es aber in der ganzen Ueberlieferung keine Spuren. Kunze meint zwar, die Römer hätten das Staatsrecht zum *ius civile* gezählt, ist aber den Beweis dafür schuldig geblieben. Ulpian (*D. 1, 11, 6, 2*) zeugt nicht dafür, sondern viel eher dagegen, er stellt das *ius publicum* ausserhalb der Dreiteilung der *praecepta in civilia, iuris gentium* und *naturalia*. Die durch *leges* unter Strafe gestellten Verbrechen werden *crimina legitima, crimina publica*, nicht aber *crimina iuris civilis* genannt. Der Gegensatz des *ius civile* und *ius honorarium* reicht daher in der That nicht weiter als die Eingriffe des Prätors gereicht haben, er betrifft fast ausschliesslich das Aktionenrecht und das Erbrecht, da es nur hier von praktischer Bedeutung sein konnte, festzustellen, ob eine Rechtseinrichtung dem einen oder dem anderen Rechtsgebiet angehört. Nimmt doch selbst Wlassak an, dass die Frage, ob der Fideikommissanspruch civil oder prätorisch sei, „in den klassischen Schriften

⁴⁾ Wlassak, Krit. Studien S. 78, 192.

nie aufgeworfen und daher auch nicht beantwortet worden sei“.⁵⁾

Einer Erklärung würde es nur bedürfen, dass für die auf *leges, plebiscita, senatusconsulta, constitutiones* und auf dem *proprium ius civile* beruhenden Rechtsgrundsätze gerade der Ausdruck *ius civile* gewählt worden sei. Dass dieses geschehen, lässt sich aber zum mindesten nicht beweisen. Aus den Quellen ergibt sich nur, dass die Römer mit *iure civili et honorario* und ähnlichen Wendungen das ganze Aktionenrecht und Erbrecht bezeichneten: ob sie nun bei dieser Bezeichnung auch an das in den *constitutiones* und *senatusconsulta*, ja an das in den neueren *leges* enthaltene Aktionenrecht und Erbrecht gedacht haben, ob sie dieses nicht, der Kürze wegen oder als minder wichtig, unerwähnt lassen wollten — derartiges kommt ja sonst sehr häufig vor — lässt sich nicht feststellen. Wlassak⁶⁾ gibt sich viel Mühe, um darzuthun, dass durch *senatusconsulta* und *constitutiones ius civile* entstehen könne: die von ihm angeführten Stellen beweisen aber nur, dass sie *actiones civiles* und das Recht der *hereditas* begründen können, und das ist selbstverständlich etwas ganz anderes,⁷⁾ es bedeutet bloss, dass auf solche *actiones* und Erbrechte im allgemeinen das materielle und formelle Recht der *actio civilis* und *hereditas* und nicht die Grundsätze der *actiones honorariae* (z. B. das Erlöschen durch Zeitablauf) und der *bonorum possessio* anzuwenden seien.

Zu einem anderen Ergebnisse gelangt man, wenn man fragt, wo die Quellen ausdrücklich einen auf einer *lex*, einem *plebiscitum*, einem *senatusconsultum* oder einer *constitutio* be-

⁵⁾ Wlassak, Krit. Studien S. 192.

⁶⁾ In den Krit. Studien S. 99 ff., 115 ff.

⁷⁾ Man könnte vielleicht hierher beziehen:

Paulus 4, 10, 2:

Ad filiam aucillam vel libertam ex senatusconsulto Claudiano effectam legitima matris intestatae hereditas pertinere non potest, quia neque servi neque liberti matrem civilem habere intelleguntur.

wenn es möglich wäre unter „*matrem civilem*“ eine Mutter im Sinne des *SC. Tertullianum* zu verstehen. Es ist aber wohl sicher, dass darunter eine „Mutter“ nach dem *ius civile* (im technischen Sinne) zu verstehen ist.

ruhenden Grundsatz dem *ius civile* beigezählt hätten, im Gegensatze zum *ius honorarium*? Dies geschieht, was das Aktionenrecht betrifft, möglicherweise in dem bereits erwähnten Reskript Diocletians und Maximians⁸⁾ in Bezug auf den Zwölftafelsatz über die Haftung des Erben für seinen Anteil an den Erbschaftsschulden, sonst aber nur im Erbrechte ganz allgemein in Bezug auf die *successio legitima* der zwölf Tafeln. Man darf also wohl sagen: eine *actio civilis*, eine *hereditas* kann wohl durch jede *lex*, durch ein *plebiscitum*, *senatusconsultum* eine *constitutio* eingeführt werden, aber daraus folgt nicht, dass jede *lex*, dass die *plebiscita*, *senatusconsulta*, *constitutiones ius civile* seien. Die Quellen wollen zwar vielfach mit den Ausdrücken *iure civili et honorario* und ähnlichen alle Rechtsmittel und alle Erbberechtigungen umfassen, aber daraus kann nicht geschlossen werden, dass der Ausdruck nicht, wie sonst so oft allein mit Rücksicht auf den Hauptbestandteil, das *ius civile* gewählt ist. Mit Bestimmtheit und Sicherheit findet man, ausser den Grundsätzen des *proprium ius civile*, nur die Grundsätze der *hereditas legitima* und ganz vereinzelt auch andere Grundsätze des Zwölftafelrechts, dem *ius civile* im Gegensatze zum *ius honorarium* beigezählt.

Damit stehen allerdings in schroffem Widerspruch die beiden Stellen, die stets den Ausgangspunkt aller Untersuchungen über den Gegensatz des *ius civile* und *ius honorarium* gebildet haben:

D. 1, 1, 7, pr. 1 (Papinian, *libro secundo definitionem*):

Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt, adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam . . .

D. 1, 1, 8 (Marcian):

Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.

Die Marcianstelle, aus dem Zusammenhange gerissen und phraseologisch, ist wohl für die rechtsgeschichtliche Untersuchung wertlos. Die Papinianstelle dagegen will in ihrer

⁸⁾ C. 6, 30, 10.

heutigen Fassung allerdings eine Theorie der Rechtsquellen geben. Aber es ist höchst zweifelhaft, ob diese Fassung die ursprüngliche war. Sie ist dem zweiten Buche der *Definitiones* entnommen, die, wie Lenels *Palingenesia* zeigt, systematisch nach Rubriken geordnet waren, und die Theorie der Rechtsquellen im ersten Buche behandelten. Was für einen Anlass mochte Papinian haben, auf die Theorie der Rechtsquellen im zweiten Buche zurückzukommen? Liegt da der Gedanke nicht nahe, die Stelle habe sich ursprünglich bloss auf das Aktionenrecht oder Erbrecht bezogen und erst die Schere der Kompilatoren habe ihr ihre heutige allgemeine Bedeutung gegeben?

Dazu kommt aber noch, dass die Papinianstelle gar so vereinzelt dasteht. Berichte über die Theorie der Rechtsquellen der Römer besitzen wir in Hülle und Fülle, vom *Auctor ad Herennium* an bis zu den Justinianischen Vorreden und dem Boethius: von einer Zweiteilung der Rechtsquellen wie sie Papinian gibt, ist aber nirgends die Rede. Ausgeschlossen ist es selbstverständlich nicht, dass Papinian hier eine eigene Theorie der Rechtsquellen aufgestellt hätte: aber diese war dann doch nur eine Abstraktion daraus, was für das Aktionen- und Erbrecht galt.

X.

Die *intentio iuris civilis*.

Von der *intentio iuris civilis*, *intentio civilis* ist bei Gaius und Neratius die Rede:

Gaius IV, 45:

Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus . . . <i> quibus iuris civilis intentio est. Ceteras vero in factum conceptas vocamus . . .

Gaius IV, 107:

Si vero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest . . .

D. 19, 5, 6 (Neratius, l. primo respondentium):

Insulam hoc modo ut aliam insulam reficeret, vendidi. Respondi, nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est.

Dass die *intentio iuris civilis* mit dem Gegensatz der *actio civilis* — *honoraria* nichts zu thun hat, hätte nie verkannt werden sollen. Erman hat mit Recht darauf hingewiesen, dass der zweite Gegensatz viel jünger ist als der erste. Hier sei es gestattet auf den achten Abschnitt dieser Schrift zu verweisen, wo ausgeführt worden ist, dass der auf einem ganz andern Einteilungsgrunde beruhende Gegensatz der *actio civilis* — *honoraria* selbst Gaius noch nicht bekannt war. Die *intentio in ius* — *in factum concepta* steht daher auch in gar keinem Zusammenhange mit dem, ebenfalls einer viel späteren Zeit angehörenden Gegensatz des *ius civile* — *honorarium*.

Es ist wohl zweifellos, dass eine *actio honoraria* eine *intentio in ius concepta* haben konnte. Andererseits ist es gewiss, dass auch die *actiones legitimae* stets mit einer *intentio iuris civilis* versehen waren, dass es eine *intentio legitima*, eine *intentio ex lege* nie gegeben hat: nicht nur deswegen, weil keine Andeutung darüber auf uns gekommen ist, sondern auch, weil dies der ganzen Anlage des Systems nicht entsprechen würde. Die *intentio* einer *actio legitima* lautete genau so, wie die *intentio* einer *actio*, die auf dem *proprium ius civile* beruhte, nie wurde in der Formel eine *lex* genannt;¹⁾ die *lex* wurde nur „citiert“, indem ihr Wortlaut in die Formel aufgenommen worden ist. Das ist das einzige, was sich aus den erhaltenen oder wiederherstellbaren Formeln der *actiones legitimae* entnehmen lässt, von denen die meisten sich auf die zwölf Tafeln gründeten, ohne dass eine Spur davon vorhanden wäre, dass die Erwähnung der *lex XII tabularum* je in eine Formel Eingang gefunden hätte. Es ist aber auch Wlassak durchaus zuzustimmen, wenn er meint, *actiones civiles*, also *actiones*, die mit einer *intentio iuris civilis* versehen waren, hätten auch durch *senatusconsulta* und *constitutiones* eingeführt werden können.²⁾

¹⁾ Vergl. Lenel, Edictum S. 158.

²⁾ Krit. Studien 99, 129 ff.

Es kam daher nur auf die Form der *intentio*, auf das *eius esse*, auf das *dare oportere* an, gleichgiltig auf welcher Rechtsquelle es beruhte. Unter diesen Umständen ist es gewiss nicht leicht, die Bezeichnung *intentio iuris civilis* befriedigend zu erklären. Gaius meint, es handle sich darin stets um eine Rechtsbehauptung: das ist vielleicht ein Fingerzeig, aber nicht eine Erklärung; denn das, was Gaius Rechtsbehauptung nennt, ist nicht die Behauptung eines objektiven, sondern eines subjektiven Rechts, das nie *ius civile* geheissen haben konnte. Abgesehen davon, konnte man bei den *actiones utiles* oder gar den *actiones ficticiae* kaum eher von einer Rechtsbehauptung sprechen, als bei den *actiones in factum*. Aus Gaius lässt sich immerhin entnehmen, wie sich die Sache ihm und seinen Zeitgenossen darstellte, der wirkliche Grund der Einteilung dagegen ist wohl ein historischer; er ist aber heute, bei dem vollständigen Versagen der Quellen, kaum mehr festzustellen. Einige Vermutungen mögen immerhin gestattet sein.

Die herrschende Ansicht geht allenthalben davon aus, die Zahl der Arten der Geltendmachung der Ansprüche sei sowohl im Legisactionen- als auch im Formularprozesse eine geschlossene gewesen. Für die *legis actiones* seien einst in grauer Vorzeit *genera agendi* festgestellt worden, man mag neue erfunden haben, so oft ein neues Gesetz dazu zwang; im allgemeinen sei man mit den etwa um die Zwölftafelzeit festgestellten Spruchformeln ausgekommen, so lange es überhaupt einen Legisactionenprozess gegeben habe. Die Schriftformeln seien zunächst eine Umarbeitung der Spruchformeln gewesen: in geistreicher Weise führt Erman aus,³⁾ auch die *actiones in factum* hätten ihr Vorbild in den Spruchformeln gehabt, die eine *demonstratio* enthielten; dabei wird allerdings übersehen, dass diese Spruchformeln bei aussergerichtlichen Handlungen hergesagt wurden, bei denen von einem *ius intendere* selbstverständlich keine Rede sein konnte, während mit der *formula in factum concepta* ein Anspruch gerichtlich geltend gemacht worden ist. Neue Schriftformeln könnten sowohl für „*actiones civiles*“ als auch für *actiones honorariae*, nur in der Weise aufkommen,

³⁾ Z. Sav.St. XIX S. 288 ff.

dass der Prätor sie auf das Album setzen liess. Allerdings konnte der Prätor eine *formula in factum* erteilen, die nicht im Album war, doch sei das nur ausnahmsweise geschehen. Eine nicht im Album proponierte Formel einer *actio civilis* sei ganz unzulässig gewesen: die *actiones civiles* seien vom Prätor „in festen Verschluss genommen“ worden.⁴⁾

Das ist ein recht verwickelter Vorgang. Es genügte also nicht, dass jemand einen rechtlich vollkommen begründeten Anspruch hatte: geltend machen konnte er ihn doch nur, wenn er althergebrachte Spruchformeln oder eine entsprechende Schriftformel auf dem Album vorfand. Wie die Spruchformeln des Legisactionenprozesses beschaffen waren, darüber wissen wir nicht viel; ganz allgemein gehaltene Schemen, in die sich alles Mögliche hätte hineinzwängen lassen, waren es aber jedenfalls nicht, sonst wären es nur wenige, und ihre praktische Handhabung wäre leicht gewesen; es ist aber bekannt, dass ihre praktische Verwertung eine besondere Kunstfertigkeit erforderte, und dass ihre Zahl nicht gar zu gering gewesen sein kann, ergibt sich daraus, dass ihre Geheimhaltung sonst undenkbar gewesen wäre. Es ist daher wohl zweifellos, dass in den Spruchformeln der Fall ziemlich individualisiert zum Ausdruck kam. Dafür spricht auch die weitgehende Individualisierung der Vertragsformulare, von denen wir einige kennen; da sie, wie die Spruchformeln, *actiones* genannt und mit ihnen häufig zusammengestellt werden, so dürften sie sich nicht allzusehr von ihnen unterschieden haben. Dass die etwa um die Zwölftafelzeit festgelegten Spruchformeln, abgesehen von den Aenderungen, die durch gesetzliche Reformen geboten waren, Jahrhunderte hindurch im wesentlichen gleichlautend angewendet worden wären, das ist eine abenteuerliche Idee. Die Erfahrung in der Kanzlei eines beschäftigteren Rechtsanwalts wird bestätigen, dass er mit der reichhaltigsten Formulariensammlung kaum sechs Monaten auszukommen vermöchte. Um die Unmöglichkeit einer solchen Annahme darzuthun, dazu genügt wohl der Hinweis darauf, dass die Ausbildung des römischen Servitutenrechts in die Zeit zwischen die zwölf Tafeln und dem For-

⁴⁾ Bekker, Z. Sav.St. IV S. 147.

mularprozess fällt. Diese Rechtsentwicklung kann nicht wohl an den Spruchformeln spurlos vorübergegangen sein.⁵⁾

Gaius und Pomponius berichten allerdings, dass die Spruchformeln sich starr an die Worte des Gesetzes anschlossen und wie das Gesetz selbst unveränderlich waren. Wie dieser Bericht, der ja teilweise auf eigener Anschauung beruht, im Einzelnen zu verstehen ist, mag dahin gestellt bleiben; zweifellos war im Legisactionenprozess vieles althergebracht und erstarrt, der Willkür entrückt; doch sind auch in dieser Beziehung nachträgliche Aenderungen überliefert.⁶⁾ Den Schlüssel zum Verständnis der Spruchformeln bildet, wie schon Ihering mit grossartigem Takte herausgefunden hatte, das *ipsius legis verbis accomodatae*: das Gesetz musste wörtlich angeführt werden, die Kunst bestand darin, die Formel so zu gestalten, dass das Gesetz auf den Fall, um den es sich handelte, passte; das setzt aber nicht unabänderliche sondern wenigstens in gewissen Grenzen abänderliche Formeln voraus. Man geht wohl nicht zu weit, wenn man in einer den Bedürfnissen des einzelnen Falles entsprechenden Ausgestaltung der Spruchformeln die Hauptaufgabe der *interpretatio* und den wesentlichsten Bestandteil des ältesten *ius civile* erblickt. Was die *pontifices* begonnen haben, wurde später von den respondierenden Juristen fortgesetzt.

Das was hier ausgeführt worden ist, wird unmittelbar bewiesen durch:

D. 1, 2, 2, 7 (Pomponius, l. *singulari euchiridii*).

Augescente civitate, quia deerunt quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum.

Diese Nachricht ist mit der Annahme einer geschlossenen Zahl ein für alle Mal feststehender altüberlieferter Schemen der *legis actiones* schlechthin unvereinbar. Die Zuverlässigkeit dieser Mitteilung mag dahingestellt bleiben; gewiss ist es, dass eine an sich höchst unwahrscheinliche Lehre dadurch

⁵⁾ Vergl. gegen die herrschende Lehre auch Bekker, Aktionen II S. 63 ff., 93 ff.

⁶⁾ Gellius XX, 10.

nichts gewinnt, dass sie auch unmittelbaren Quellenzeugnissen widerspricht. Pomponius, der den Legisactionenprozess noch aus eigener Anschauung kannte, hätte gewiss nichts niederschreiben können, was nach seinem ganzen Wesen unmöglich gewesen wäre.

Was das Formularverfahren betrifft, so hat Wlassak ausgeführt, dass im prätorischen Rechtsgebiete dem Edikt, nicht der *formula* die entscheidende Bedeutung zukommt. Die im Album enthaltene *formula* war nur ein Muster: in Gemässheit des *edictum* konnte man eine Formel verlangen, die von der im Album proponierten erheblich abwich. Es ist kaum anzunehmen, dass bei den *actiones*, die sich auf *leges* oder auf das *proprium ius civile* gründeten, dem Album eine grössere Bedeutung zukam, als bei den *iudicia honoraria*, dass die Anstellung der *actio* mit einer Formel, die dem Edikt unbekannt war, je ganz unerhört gewesen wäre. Alles, was Wlassak von den *iudicia honoraria* sagt, passt in noch viel höherem Masse auf die „volksrechtlichen“ Ansprüche.

So wenig dies auch unmittelbar bewiesen werden kann, so lassen sich doch mehrere Zeugnisse anführen, die mit der, ohnehin schon aus inneren Gründen unhaltbaren, herrschenden Lehre gar nicht in Einklang zu bringen sind, dagegen mit dem hier vertretenen Standpunkte vollständig übereinstimmen. Gewiss ist es zunächst, dass die Formeln keineswegs so leicht zu übersehen und an Zahl geschlossen waren, wie sie es hätten sein müssen, wenn sie alle im Album enthalten gewesen wären:

Cicero, *Topica* 33:

Partitione tum sic utendum est, nullam ut partem relinquo; ut si partiri velis tutelas, inscienter facias, si ullam praetermittas; at si stipulationum aut iudiciorum formulas partiare non est vitiosum in re infinita praetermittere aliquid . . .

„In re infinita“ stimmt schlecht zu dem von Bekker angenommenen Bestande „von fünfzig oder wie viele ihrer sonst waren“, ⁷⁾ civilen Aktionen, die der Prätor in Verschluss genommen haben soll, selbst wenn man annimmt, dass die *formulae* der *iudicia honoraria* hierbei bereits in Betracht gezogen worden

⁷⁾ Bekker, Aktionen II S. 5.

sind. Allerdings könnte man noch auf die *actiones in factum* verweisen, die nicht im Album proponiert, sondern von Fall zu Fall erteilt wurden, und die gewiss in unendlicher Zahl denkbar gewesen wären; aber es spricht nur eine geringe Wahrscheinlichkeit dafür, dass Cicero gerade mit Rücksicht auf diese von einer *res infinita* gesprochen hätte. Die systematische Einteilung der *formulae* wird sich hauptsächlich auf die bezogen, vielleicht sogar beschränkt haben, die ein typisches Gepräge hatten, nicht aber auf die, die in einzelnen Fällen nach Bedarf erteilt wurden.

Cicero, *P. Roscio*, 24, 25:

Fraudabat te in societate Roscius. Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere iniuriae, aut in ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex unius cuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria publicae a praetore formulae, ad quas privata lis adcommodatur. Quae cum ita sint, cur non arbitrium pro socio adegeris Q. Roscium quaero? Formulam non noras? Notissima erat.

Diese Ausführung wäre noch viel trivialer als sie ohnehin ist, wenn sämtliche zulässige Formeln auf dem Album ausgestellt und jedermann bekannt gewesen wären. Cicero verweist darauf, dass gerade die Formel der *actio pro socio* im Album enthalten, daher aller Welt bekannt war. Auch ist ausdrücklich gesagt, dass der Zweck des Album nicht eine rechtliche Bindung, sondern ausschliesslich Belehrung war: *ne quis aut in genere iniuriae aut in ratione actionis errare possit*.

Nur von Formeln nichtprätorischen Ursprungs handelt

Gaius, IV, 33:

Itaque simul intellegimus, eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dare oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. Eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.

Diese Stelle spricht dafür, dass nicht einmal die Formeln aller *bonae fidei iudicia* sich im Album befunden haben dürften.

Ebenso willkürlich ist es, wenn die herrschende Lehre annimmt, es sei Sache des Prätors gewesen, *formulae* zu verfassen und sie im Album zu veröffentlichen. Man würde vergeblich

nach Zeugnissen dafür suchen. Dass Aquilius Gallus nicht als Prätor die *formulae de dolo malo* veranlasst hatte, wird jetzt allgemein zugestanden. Mit Recht bemerkt Herzen,⁸⁾ dass ein berühmter Jurist nicht gerade Prätor sein musste, um neue Formeln einzuführen: die Quellen führen in zahlreichen, von Keller, Bethman-Hollweg und Wlassak zusammengestellten Stellen *actiones in factum* auf Anregungen der Juristen zurück, prätorischer Einführung wird kaum je gedacht: dass der Einfluss des Prätors auf die *formulae* der *legitimae* und der auf dem *proprium ius civile* beruhenden *actiones* weiter als auf diese gereicht hätte, ist aber kaum anzunehmen. Hier mögen jedoch nur die Stellen angeführt werden, aus denen sich ergibt, dass die Verfassung der *formulae* stets als Aufgabe der Juristen betrachtet worden ist:

Cicero, *Brutus* 275:

„*QUA DE RE AGITUR*“ autem illud, quod multis locis in *iuriconsultorum* includitur *formulis* . . .

Cicero, *P. Murena* 28:

Itaque si mihi homini vehementer occupato stomachum moveritis, triduo me *iuris consultum* [esse] profitebor. Etenim quae de scripto aguntur, scripta sunt omnia, neque tamen quicquam tam anguste scriptum est, quo ego non possim *QUA DE RE AGITUR* addere . . .

Cicero, *De leg.* I 14:

Quam ob rem quo me vocas? aut quid hortaris? ut libellos conficiam de *stillicidiorum* ac de *parietum iure*? An ut *stipulationum* et *iudiciorum formulae* componam.

Die Bedeutung des *agere*, das neben dem *cavere* und *respondere* den Wirkungskreis der Juristen umschreibt, ist nunmehr wohl klar. Das *agere* bezieht sich nicht auf das Fürsprecheramt bei der Prozessführung, das die Juristen nie ansprachen, auch nicht auf das „Aussuchen“ einer passenden Formel. Die Verfassung der Formel selbst war vor allem Sache des Juristen: er setzte seinen Ehrgeiz darein, immer etwas Neues zusammenzustellen, und wenn er sonst nichts herauszubringen vermag, so fügt er wenigstens einer bekannten Formel ein *qua de re*

⁸⁾ *Les origines de l'hypothèque romaine* p. 56.

agitur hinzu. Anfänglich handelt es sich nur um Spruchformeln, dann auch um Schriftformeln: der Ausdruck *agere* weist zweifellos auf die Entstehung zur Zeit des *Legisactionen*-prozesses hin, nach Einführung des Formularprozesses mag für die Verfassung der Schriftformel der Ausdruck *scribere* aufgekommen sein.

Es ist daher sehr leicht verständlich, dass es vollständig in die Hand der Juristen gegeben war, durch Verfassung von Formeln, die sich ihren *probatae civium iudiciis creditaeque sententiae* anschlossen, die Rechtsbildung unmittelbar zu beeinflussen. Sobald die Juristen durchgesetzt haben, dass eine Formel vom Prätor erteilt worden ist, die auf einer von ihnen vertretenen Rechtsauffassung beruhte, konnte man diese Auffassung als durchgedrungen, als *ius civile* betrachten. So sind zweifellos in der republikanischen Zeit zahlreiche Formeln entstanden, mit denen Ansprüche geltend gemacht werden konnten, die sich auf neu aufgekommene Grundsätze des *proprium ius civile* gründeten, zumal die *bonae fidei iudicia*: diese mögen sich aus *formulae in factum conceptae* oder, wenigstens zum Teile, aus *condictiones* entwickelt haben. Bezeugt ist diese Entwicklung für die *actiones in factum civiles*, die ja gegenwärtig, wenigstens in den Grundzügen, als bekannt betrachtet werden kann. Die *actiones in factum civiles* sind aus der Jurisprudenz hervorgegangen, es kam darauf an, ob ein Geschäft als *negotium civile* gelten konnte, ob es also von der Jurisprudenz als verbindlich anerkannt war:

D. 19, 3, 12, *pr.* (Ulpianus, *l. trigensimo secundo ad edictum*):

. . . *melius itaque visum est hanc actionem proponi, est enim negotium civile gestum et quasi bona fide* . . .

wobei der Ausdruck *negotium civile*, trotz sonstiger Interpolationen Ulpian angehören dürfte, da er gewiss eher klassisch als Justinianisch ist. Lag ein *negotium civile* nicht vor, dann konnte nur eine *actio in factum* gegeben werden:

D. 19, 5, 22 (Gaius, *l. decimo ad edictum provinciale*):

. . . *placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium* . . .

Nun wird aber gegenwärtig allgemein zugegeben, dass für diese *actiones in factum civiles* eine *formula* im Album nicht

proponiert war, sondern nur als Muster eine *formula* für die *actio aestimatoria*.⁹⁾ Im übrigen musste in jedem einzelnen Falle eine dafür passende Formel verfasst werden, und zwar wohl in der Regel vom respondierenden Juristen. — In ganz ähnlicher Weise hat sich, wie es scheint, in der Kaiserzeit die *condictio incerti* auf Grund des Juristenrechts, des *proprium ius civile*, entwickelt, wurde aber nie ins Album aufgenommen.¹⁰⁾

Diese Zeugnisse deuten zweifellos auch nicht annähernd den ganzen Umfang der Entwicklung an. Man darf nie vergessen, dass unsere Ueberlieferung fast ausschliesslich aus der Kaiserzeit stammt. Als noch die grossen Juristen der Republik in der Werkstätte des Rechts arbeiteten,¹¹⁾ als der gewaltige Prozess der Aufnahme des *ius gentium* ins *ius civile* vor sich ging, als noch alles im Flusse war, da dürfte die Anerkennung eines Geschäfts als *civile negotium*, die Verfassung entsprechender Formeln, die dann allerdings zum grossen Teil ins *edictum tralaticium* übergegangen sind, noch eine ganz andere Tragweite gehabt haben, als bei den im wesentlichen erstarrten Rechtszuständen der Kaiserzeit.

Im einzelnen Falle dürfte der Vorgang sich in folgender Weise abgespielt haben: Wer eine Klage anstellen wollte, suchte vor allem seinen Anspruch einer der hergebrachten Formeln anzupassen, *ad quas privata lis accommodatur*. Fand sich eine solche Formel, so ging die Sache leicht; sonst war sie nicht unbedenklich, er wendete sich daher an einen Juristen. Dieser untersuchte vor allem, ob der Anspruch rechtlich begründet sei, ob sich dafür eine *lex* oder eine *probata civium iudicis creditaque sententia* anführen liess. War das der Fall, dann verfasste er eine Formel, die selbstverständlich mit einer *intentio iuris civilis* versehen war. War das nicht der Fall, dann regte er unter Umständen die Erteilung eines *iudicium honorarium* an.

Legte nun der Kläger dem Prätor eine Formel vor, die nach Muster einer im Album enthaltenen verfasst war, dann wurde sie kaum noch irgendwie geprüft. War das nicht der

⁹⁾ Ueber ihr Verhältnis zur *a. praeser. verb.* Pernice, Sitz.Ber. der Berl. Akad. 1885 1, S. 451.

¹⁰⁾ Lenel, *L'édit perpetuel* p. 179.

¹¹⁾ Vergl. z. B. Pernice, *Labeo III* S. 122 ff. in betreff der *a. fiducia*.

Fall, so musste der Prätor allerdings zunächst untersuchen, ob der Anspruch, so wie er da formuliert war, durch eine *lex* oder das *proprium ius civile* gerechtfertigt war. Rührte die Formel von einem angesehenen Juristen her, dann war die Untersuchung wohl nur eine Formalität: gewiss aber hat der Prätor nie die Einsetzung des Gerichts aus dem Grunde verweigert, weil die Formel weder im Album enthalten, noch von einem angesehenen Juristen verfasst war. Die Verfassung der Formeln war frei, der Kläger durfte sie zweifellos auch selbst, ohne jede fremde Mithilfe, schreiben.

Aeusserlich tritt bei diesem System der Gegensatz der Formel, die von den Juristen verfasst, und der Formel, die vom Prätor gegeben wird, sehr scharf hervor: es wäre daher an sich leicht begreiflich, wenn schon früh die *actio civilis* dem *iudicium honorarium* entgegengesetzt worden wäre. In Wirklichkeit führte dies aber vor allem zur Aufstellung des Begriffs des *iudicium honorarium*, der, viel älter als die *actio civilis* im Sinne der Juristen der severischen Zeit, schon Cicero wohl bekannt ist. Anders verhält es sich, wenn nicht die *actio* als solche, sondern ausschliesslich die *intentio* in Betracht gezogen wird. Dann musste es sofort auffallen, dass es zwei Formeltypen gibt, der Typus, nach dem die Juristen die Formeln zu verfassen, und der Typus, nach dem der Prätor sie, unabhängig von den Juristen, zu erteilen pflegte; es konnte aber auch nicht entgehen, dass unter Umständen der Prätor eine Formel nach dem Typus erteilte, der den Juristen eigentümlich war. Die *intentio*, die für den ersten Formeltypus charakteristisch war, nannten die Römer *intentio iuris civilis*: das dürfte damit zusammenhängen, dass zur Zeit, als diese Terminologie entstand, im letzten Jahrhundert der Republik, die Verfassung von Formeln, die diesem Typus entsprachen und die Sammlung solcher Formeln ein Hauptbestandteil des *ius civile* im technischen Sinne, zumal der juristischen Litteratur, gewesen sein mag. Die *formulae in factum* konnten von den Juristen dagegen unmöglich „auf Vorrat“ verfasst werden, da es für sie an jeder rechtlichen Grundlage mangelte: erst wenn das Edikt oder die *formula* sich auf dem Album befand, wurde sie zu einem Bestandteil des geltenden Rechts.

XI.

Die nachklassische Zeit.

In den überlieferten Konstitutionen Konstantins findet sich der Ausdruck *ius civile* noch viermal:

C. Th. 2, 16, 2, 4 = C. J. 2, 52, 5, 3 (Imp. Constantinus 329):

Cum vero maior successionem fuerit adeptus minoris si quidem civili iure ab intestato vel ex testamento successerit, mox cum creta fuerit vel adita hereditas, si vero honorario iure, ex quo honorum possessio fuerit accepta, examinando integri restitutionis negotio solida, sine ulla deminutione, tempore supputentur ...

C. Th. 2, 24, 1 (Imp. Constantinus 321):

Quamobrem, cum filiis ac nepotibus civili iure vel auxilio praetoris, ut suis heredibus defuncti successio deferatur, etiamsi coeptum neque impletum testamentum esse memoretur ...

C. Th. 9, 42, 2 (Impp. Constantinus et Julianus 356):

Si quem forte gladius ultor afflixerit, aliace quaelibet vitam adimens poena consumpserit, usque ad tertium gradum, generis copulationis eiusdem successio deferatur, fisco penitus quiescente, ut accipiat hereditatem, qui eam iure civili vel praetorio poterat vindicare ...

Constitutiones Simondi I (Imp. Constantinus 331):

Omnes itaque caussae, quae vel praetorio iure vel civili tractantur, episcoporum sententiis terminatae perpetuo stabilitatis iure firmentur ...

In den späteren Konstitutionen kommt er dagegen nur ausserordentlich selten vor:

C. Th. 16, 2, 20 (Imppp. Valentinianus, Valens, Gratianus 370):

Quin etiam, si forte post admonitionem legis nostrae aliquid iisdem eae feminae vel donatione vel extremo iudicio putaverint relinquendum, id fiscus usurpet. Ceterum si earum qui voluntate percipiunt, ad quarum successionem vel bona iure civili vel edicti beneficiis adiuvantur, capiant ut propingui.

C. Th. 4, 4, 7, 2 (Imp. Theodosius 424):

In omni autem genere testamenti, sive id praetorio iure sive civili consistat, ... id volumus observari, ut eodem die

quo coeptum quid eorum fuerit, ad perfectum sui plenitudine sortiatur, nihilque eius in diem alterum differatur ...

Nov. Theod. II, 1, pr. (438):

Saepe nostra clementia dubitavit, quae causae faceret, ut tantis propositis praemiis quibus artes et studia nutriuntur, tam pauci raroque exstiterint, qui plena iuris civilis scientia dicarentur.

C. 5, 9, 6 pr. (Impp. Leo et Anthemius 478):

... si ex priore matrimonio procreatis liberis pater vel mater ad ... repetiti matrimonii vota migraverit, non sit ei licitum novercae vel vitrico testamento vel sine scriptura seu codicillis ... plus relinquere ... nec inter vivos conscribendis donationibus (quae etsi constante matrimonio civili iure interdictae sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent), quam filio vel filiae, si unus vel una exstiterit.

Nov. Valent. III, 20, 1, 2 (446):

Nam cum liceat cunctis iure civili atque praetorio liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis iudicia suprema componere, procul dubio manebit firmior haec voluntas quae testimonio principis et subscriptione conditoris firmatur ...

C. 7, 37, 2, Imp. Zeno (474—491):

... nec posse contra emptores praedictarum rerum factos iam vel futuros, vel contra eos, quibus super huiusmodi rebus largitas nostra delata sit vel fuerit, aliquas actiones in rem domini vel hypothecae gratia vel in personam, civiles seu praetorias, vel ex legibus aut sacratissimis constitutionibus descendentes vel quaslibet alias, licet nominatim praesenti sanctione non sint comprehensae, moveri ...

In sehr eigentümlicher Bedeutung erscheint der Ausdruck in einer Konstitution der Kaiser Gratianus, Valentinianus und Theodosius. Indem hier das Erbrecht nach dem zum Tode Verurteilten auf die beschränkt wird, die das Intestaterbrecht der zwölf Tafeln beruft, also auf die Personen, die in der klassischen und vorklassischen Zeit *heredes legitimi* genannt wurden, wird diese Bestimmung zugleich als *ius civile* bezeichnet. In einer Konstitution der Kaiser Honorius und Theodosius wird in demselben Sinne das Erbrecht der Eunomiani auf den beschränkt, *qui iure ab intestato ad hereditatem vocatur*:

C. Th. 9, 42, 9 pr.; 3 (Imp. Gratianus, Valentinianus, Theodosius 380):

Si aliquis supplicio fuerit afflicto, filiis quidem omnium facultatum deferatur prima successio . . . Progredietur tamen beneficium etiam ad tertii gradus liberos, si modo ex virili stirpe descendunt, ita duntaxat, ut sub hoc casu ipsi semissem, semissem fiscus usurpet, ea distributione partium, quam ius civile disponit . . . Iungimus tamen capite tertio avo aviaeque fratrem perempti ac sororem, ita ut in capita dividi quadrantem iisdem ex istentibus sanciamus ac si perempto cum fratre ac sorore manserit consanguinitatis agnatio, sit duodecim tabulis locus, ac ius civile praevaleat, ut avus atque avia cognatorum grada invitati, vinci se a legitimis acquiescant.

C. Th. 16, 5, 49 (Imp. Honorius et Theodosius 410):

[Eunomiani] . . . careant emolumentis quae ex donationibus vel morientium voluntate alternis solebant illecebris-fraude et circumventionem percipere, ut in totum utriusque iuris communione priventur, tantumque eis ab intestato succedant, quod ad succedendi ius proditus veteribus legibus ordo praescripsit; ita ut, si nullus ex his superstes fuerit, qui iure ab intestato ad hereditatem vocatur, tunc bona in hac superstitione defuncti ad fiscum nostrum pertineant.

In sämtlichen Konstitutionen Justinians, mit Einschluss der Novellen, kommt der Ausdruck *ius civile* nur einmal vor:

C. 6, 28, 4, pr. (Imp. Justinianus 531):

Maximum vitium antiquae subtilitatis praesenti lege corrigimus, quae putavit, alia esse iura observanda in successione parentum . . . et inter nepotes exheredandos alia iura civilia alia, praetoris introduxerunt . . .

Die *civiles leges* (οἱ πολιτικοὶ νόμοι), die zweimal in den Novellen vorkommen, beziehen sich auf den Gegensatz des staatlichen zum kirchlichen Recht:

Novella 6, 1, 8:

. . . nisi haec observaverit, et a deo alienus erit et cadet dato honore et neque civiles leges delictum inultum relinquent . . .

Novella 42, 3, pr:

. . . Si vero aliquid etiam aliud sanctissimorum episcoporum continetur decreto, quod praedictos deposuit et anathemavit, ratum etiam hoc ponimus . . . Si quis autem eorum capiatur de cetero

agens, aliquid praeter ea quae definita sunt, sciat etiam civilibus subcumbere legibus . . .

Seit Konstantin verschwindet also der Ausdruck *ius civile* aus der juristischen Sprache so gut wie ganz. In den nachkonstantinischen Konstitutionen, die wohl mehr als drei viertel des überlieferten Konstitutionenmateriales ausmachen, kommt er im ganzen achtmal, also nur zweimal so oft wie bei Konstantin selbst vor, bei Justinian, von dem wohl nicht viel weniger als die Hälfte des überlieferten Konstitutionenmateriales herrühren dürfte, nur ein einziges Mal vor. Das ist um so auffallender als gerade in den Justinianischen Konstitutionen, mit ihren zahlreichen historischen Einleitungen und Exkursen, Gelegenheit genug gegeben war, vom *ius civile* zu reden; anstatt dessen finden sich aber andere Wendungen, besonders *ius antiquum*. Noch eigentümlicher ist die Bedeutung, die *ius civile* jetzt erhält. Eine Konstitution Theodosius II. spricht einmal von der *iuris civilis scientia*, eine Konstitution des Leo und Anthemius bezeichnet das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten als *iure civili interdictum*. Alle übrigen dreizehn nachklassischen Konstitutionen verstehen unter *ius civile* nur den Gegensatz zum *ius honorarium*; das gilt auch von der Konstitution Gratians, Valentinians und Theodosius, denn nur im subintelligierten Gegensatze zum prätorischen konnte das Zwölf-tafelerbrecht *ius civile* genannt worden sein. Es darf daher wohl behauptet werden, dass alle übrigen Bedeutungen des Ausdruckes ganz ausser Uebung gekommen sind. Ausnahmen in den Konstitutionen des Theodosius II., Leo und Anthemius beweisen nichts; sie dürften von Verfassern herrühren, die der Rechtsaltertümer kundiger waren als der Durchschnitt der Juristen ihrer Zeit.

All das ist wohl leicht begreiflich. Die Männer, die jetzt Gesetze verfassen, in den Schulen Vorträge halten, sind fast ausschliesslich Griechen, denken griechisch und übersetzen das Gedachte erst ins Lateinische. Das *ius civile* kommt ihnen um so seltner in den Sinn, als der Ausdruck der griechischen Sprache fremd ist: τὸ πολιτικὸν δίκαιον ist eine schlechte Uebersetzung, nicht eine Wiedergabe des Sinnes. Selbst die wenigen nachkonstantinischen Konstitutionen, in

denen des *ius civile* Erwähnung geschieht, stammen teilweise aus dem Abendlande. Die nachklassische Terminologie behält also den Ausdruck *ius civile* bei, insoweit er notwendig ist, um den praktisch immerhin noch wichtigen Gegensatz zum *ius honorarium* zu bezeichnen: insoweit wird daher auch noch in den juristischen Schulen davon die Rede gewesen sein. Sind doch von den zehn nachklassischen Konstitutionen, in denen des *ius civile* in diesem Sinne gedacht wird, nicht weniger als achte erbrechtlichen Inhalts, und nur zweie, je eine von Konstantin und Zeno, beziehen sich auf das Aktionenrecht. Der Gegensatz der *hereditas* und *bonorum possessio* war eben praktisch viel wichtiger als der zwischen *actiones civiles* und *honorariae*.

Umso mehr fällt die Verbreitung des Ausdruckes in den Institutionen auf. Abgesehen von den Stellen, die anderweitig überliefert sind, kommt der Ausdruck vor in:

J. 1, 2, 1:

Ius autem civile vel gentium ita dividitur . . .

J. 1, 2, 2:

Sed ius quidem civile ex unaquaque civitate appellatur veluti Atheniensium . . . Sic enim ius, quo populus Romanus utitur ius civile Romanorum appellamus: vel ius Quiritium, quo Quirites utuntur . . .

J. 1, 2, 10:

Et non inelegantes in duas species ius civile distributum videtur. Nam origo eius ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedaemonis, fluxisse videtur: in his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedaemonii quidem magis ea, quae pro legibus observarent, memoriae mandarent, Athenienses vero ea, quae in legibus scripta reprehendissent, custodirent.

J. 1, 10, pr.:

Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, . . . dum tamen filii familias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt. Nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet in tantum, ut iussum parentis praecedere debeat.

J. 1, 10, 3:

Eius vero mulieris, quam pater tuus adoptavit, filiam non

videris impediri uxorem ducere, quia neque naturali neque civili iure tibi coniungitur.

J. 2, 1, 11:

Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur iure naturali, quod, sicut diximus appellatur ius gentium, quarundam iure civili . . . civilia enim iura tunc coeperunt, cum et civitates condi et magistratus creari et leges scribi coeperunt.

J. 2, 4, 2:

Constituitur autem ususfructus . . . in servis . . . ceterisque rebus, exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturaliratione neque civili recipiunt usumfructum . . . Sed utilitatis causa senatus censuit . . .

J. 2, 5, 6:

Exposuimus summam, quibus modis iure gentium res adquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo et civili iure adquiruntur.

J. 2, 6, pr.:

Iure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderat cum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave qua iusta causa acceperit, is eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominia in incerto essent.

J. 2, 7, 4:

Erat olim et alios modus civilis acquisitionis: per ius aderescendi, quod est tare: si communem servum habens aliquis cum Titio solus libertatem ei imposuit . . .

J. 2, 10, 2; 3:

Sed praedicta quidem nomina testamentorum ad ius civile referebantur, . . . iure enim honorario nullo mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum iure civili signa testium non erant necessaria. 3. Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in unam consonantiam ius civile et praetorium iungi, constitutum est, ut uno eodemque tempore, quod ius civile quodammodo exigebat, septem testibus adhibitis et subscriptione testium, quod ex constitutionibus inventum est, et ex edicto praetoris signa-

cula testamentis imponerentur: ut hoc ius tripartitum esse videatur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a iure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium . . .

J. 2, 10, 14:

Si quis autem voluerit, sine scriptis ordinare iure civili testamentum, septem testibus adhibitis et sua voluntate coram eis nuncupata, sciat hoc perfectissimum testamentum iure civili firmiterque constitutum.

J. 3, 1, 9:

Emancipati autem liberi iure civili nihil iuris habent . . . Sed praetor naturali aequitate motus dat eis bonorum possessionem unde liberi . . . Itaque duobus liberis extantibus, emancipato et qui mortis tempore in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuerit, solus iure civili heres est . . .

J. 3, 1, 11:

Namque naturales emancipati beneficio praetoris gradum liberorum retinent, licet iure civili perdunt: adoptivi vero emancipati et iure civili perdunt gradum liberorum, et a praetore non adiuvantur. Et recte: naturalia enim iura civilis ratio peremere non potest . . . adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse, quia ius nomenque filii filiaeve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est emancipatione, perdunt.

J. 3, 1, 14:

. . . definivimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia iura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset nec penitus adoptio fuerit subsecuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto neque iure civili neque praetorio aliquid ex hereditate eius persequi potest . . .

J. 3, 2, 3; 3a:

Quod ad feminas vero ita placebat ut ipsae consanguinitatis iure tantum capiant hereditatem . . . Et haec quidem lex duodecim tabularum nullo modo intraduxit . . . media autem iurisprudencia . . . praefatam differentiam inducebat, . . . donec praetores paulatim asperitatem iuris civilis corrigentes sive quod deest adimplentes . . . per bonorum possessionem eas adiuvabant . . .

J. 3, 9, pr.; 1:

Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a praetore adiuvabatur: sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civili non incognitus . . . nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem: item ab intestato suos heredes et adgnatas ad bonorem possessionem vocat: sed et remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure civili.

J. 3, 13, 1:

(Obligationes) . . . civiles sunt, quae aut legibus constitutae, aut certe iure civili comprobatae sunt. Praetoriae sunt . . .

J. 4, 6, 3:

Sed istae quidem actiones, quarum mentionem habuimus, et si quae sunt similes ex legitimis et civilibus causis descendunt. Aliae autem sunt, quas praetor ex sua iurisdictione comparatas habet . . . Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit . . . necdum eius rei dominus effectus est, si eius rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam actionem ad eam rem persequendam; quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet.

J. 4, 6, 9:

De pecunia autem constituta cum omnibus agitur . . . nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioquin si stipulanti promiserint, iure civili tenentur.

J. 4, 13, 1:

Verbi gratia si metu coactus aut dolo inductus aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est iure civili te obligatum esse et actio qua intenditur te dare oportere efficax est: sed iniquum est te condemnari ideoque datur tibi exceptio metus causa aut doli mali aut in factum composita ad impugnandam actionem.

Woher diese starke Verwendung eines sonst ganz aus dem Gebrauche gekommenen Ausdrucks, eines Ausdrucks, der im übrigen bei Justinian selbst, von dem ein so erheblicher Bruchteil unserer Ueberlieferung herrührt, nur ein einziges Mal vorkommt? Der Grund liegt gewiss nicht darin, dass die

Institutionen ein für den Schulgebrauch bestimmtes Elementarbuch gewesen sind; wäre in den Schulen mehr vom *ius civile* die Rede, so wäre auch mehr davon in die Konstitutionen, zumal die Justinianischen, gedrungen. Das spricht wohl entschieden dafür, dass die Institutionen den Ausdruck überall aus ihrer Vorlage herübergenommen haben. Dafür kann wohl auch noch manches andere angeführt werden: das Latein ist im allgemeinen das der Klassiker, das Recht, das darin vorgetragen wird, zeigt nur dort Spuren nachklassischen Ursprungs, wo die Interpolation handgreiflich ist. Selbst für *J. 1, 2, 10*, die einen den Klassikern sonst fremden Gedankengang enthält, nimmt Pernice an, dass sie aus der klassischen Zeit herrührt.¹⁾ Es darf daher klassischer Ursprung angenommen werden, auch wo die Stellen unverkennbar Justinianisches Gepräge tragen, und die unklassischen Wendungen mögen auf Justinianische Eingriffe zurückgeführt werden. Das gilt vor allem von *J. 2, 4, 6; 3, 13, 1; 4, 6, 3*, von denen wohl nur die erste unverdächtig ist: aber das *legitimo et civili iure acquirere, ex legitimis et civilibus causis* kann unmöglich zu einer Zeit entstanden sein, wo sich jedes Gefühl für die Bedeutung des *civilis* und daher auch wohl jede Sicherheit im Gebrauche des Ausdrucks längst verloren hat.

Das Verhältnis der Institutionenwerke und sonstiger Lehrbücher zu einander und zur übrigen Litteratur ist leider noch immer nicht genügend geklärt. Alles spricht aber dafür, dass sie keine Originalarbeiten waren, nicht einmal in dem Sinne, in dem es die heutigen Institutionenlehrbücher sind. Sie dürften alle von derselben Vorlage abzuleiten sein, die wohl noch der republikanischen Zeit angehört (Qu. Mucius? Erm an), an der die verschiedenen Bearbeiter die Aenderungen vornahmen, die den Bedürfnissen ihrer Hörerschaft und dem Rechtszustande ihrer Zeit entsprechen. Die grosse Menge der historischen Notizen konnte kaum zur Erklärung der historischen Entwicklung dienen, es ist einfach der Inhalt der alten Vorlage, der hier stehen blieb. Auch die Justinianischen Institutionen behielten dieses Gepräge.

¹⁾ Z. Sav. St. XX S. 165.

XII.

Ius publicum und *ius privatum*.

Mit dem Gegensatze des *ius publicum* und *ius privatum* befasst sich zunächst die berühmte Stelle:

D. 1, 1, 2, 2 (Ulpian, *libro primo institutionum*):

Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum et em est ex naturalibus praeceptis, aut gentium aut civilibus.

Man hat aus dieser Stelle schliessen wollen, Ulpian weise das, was den Nutzen des Gemeinwohls befördert, dem *ius publicum*, was dem Nutzen der Einzelnen dient dem *ius privatum* zu. Der Wortlaut der Stelle rechtfertigt eine solche Auslegung nicht. Ulpian setzt dem Rechte *quod ad singulorum utilitatem spectat* nicht das Recht entgegen *quod ad utilitatem rei Romanae spectat*, sondern das Recht *quod ad statum rei Romanae spectat*. Und wenn man auf diese Fassung des Gegensatzes etwa weniger Gewicht legen wollte wegen des Nachsatzes *sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim*, so nötigten dazu die weiter folgenden Beispiele: *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit*. Ulpian hat offenbar nur das Staatsrecht, insbesondere das Behördenrecht und etwa noch das Sakralrecht zum *ius publicum* gerechnet.

Vielleicht darf man mit dieser Stelle eine, bereits mehrmals angeführte Aeusserung Ciceros in Zusammenhang bringen:

Cicero, *de orat.* I 201:

Iam illa non longam orationem desiderant, quam ob rem existimem publica quoque iura, quae sunt propria civitatis et imperii, tum monumenta serum gestarum et vetustatis exempla, oratori nota esse debere, nam . . . in causis publicis iudiciorum, contionum, senatus omnis haec et antiquitatis memoria et publici iuris auctoritas et regendae rei publicae ratio ac

scientia tamquam aliqua materies eis oratoribus, qui versantur in re publica, subiecta esse debet . . .

Von einer ganz andern Auffassung des Gegensatzes scheint Cicero an einer andern Stelle auszugehen:

Cicero, *De partitione oratoria* 129, 130:

Confitentur in isto genere, qui arguantur, se id fecisse ipsum, in quo reprehenduntur; sed quoniam iure se fecisse dicunt, iuris est omnis ratio nobis explicanda. quod dividitur in duas primas partis, naturam atque legem, et utriusque generis vis in divinum et humanum ius est distributa; quorum aequitatis est unum alterum religionis . . . Atque haec communia sunt naturae atque legis; sed propria legis et ea, quae scripta sunt, et ea quae sine scriptis aut gentium iure aut maiorum more retinentur. Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud: publicum lex, senatusconsultum foedus; privatum tabulae pactum conventum stipulatio; quae autem scripta non sunt, ea aut consuetudine aut contentis hominum aut quasi consensu obtinentur.

Das *foedus* zählt Cicero, wie es scheint, noch an einer andern Stelle zum *ius publicum*:

Cicero, *P. Balbo* 34:

. . . sapientes homines et publici iuris periti, Gaditani, . . . a senatu de foedere postulaverunt.

In sehr eigentümlicher Weise verquickt Cicero in der der Schrift *de partitione oratoria* entnommenen Stelle die Einteilung des Rechts in ein *ius scriptum* und *non scriptum* mit dem römischen Gegensatze des *ius publicum* und *ius privatum*, und erstreckt beide auf das Vertragsrecht. Auf all das scheint die rhetorische Einteilung des *status* in einen *status in scripto* und *in non scripto*, von der an anderer Stelle (S. 8 ff.) die Rede war, eher von Einfluss gewesen zu sein, als eine juristische Theorie der Griechen, wie dies von Pernice¹⁾ angenommen wird. Auffallend ist es zunächst, dass *lex* als der allgemeine Begriff, *ius* als der besondere Begriff behandelt wird: wahrscheinlich deswegen, weil *lex* eher auf Rechtsgeschäfte bezogen werden könnte; doch mag auch in dieser Beziehung griechischer Ein-

¹⁾ Pernice Z. Sav. St. XX S. 163 A. 1.

fluss sich geltend gemacht haben. Alle diese Absonderlichkeiten nehmen aber nicht jeden Wert den Zuweisungen bestimmter Rechtsgebiete zum *publicum* und *privatum*, die sich ausschliesslich auf römische Rechtseinrichtungen bezieht. Lässt man die von Cicero in die Einteilung einbezogenen Rechtsgeschäfte: *foedus, tabulae, pactum conventum, stipulatio*²⁾ ausser Betracht, und beschränkt man sich ausschliesslich auf die Rechtsquellen, so ergibt sich: Von den *quae scripta sunt* gehören zum *publicum*: *lex senatusconsultum*; zum *privatum* gehören keine geschriebenen Rechtsquellen. Die Einteilung in ein *publicum* und *privatum* wird auf die *quae sine scriptis aut gentium iure aut maiorum more retinentur* nicht bezogen, es gehören dazu die Rechtsquellen *quae . . . consuetudine . . . obtinentur*. So weit die abstruse Stelle überhaupt zu einer Schlussfolgerung berechtigt, kann diese nur dahin gehen, dass *lex* und *senatusconsultum* als solche, ohne Rücksicht auf den Inhalt, zum *ius publicum* gehören. Ihr Wortlaut lässt aber immerhin auch die Deutung zu, alles was nicht *publicum* ist, sei *privatum*, also auch *quae sine scriptis aut gentium iure aut maiorum more retinentur, quae consuetudine obtinentur*. Die Stelle stimmt daher mit der Ulpianstelle überein, die zum *ius privatum* die *praecepta civilia* (= *maiorum mos*), *iuris gentium et naturalia* zählt. Das wird aber dadurch bestätigt; dass das römische Strafrecht nur soweit es auf *leges*, das Recht der *operis novi nuntiatio* nur soweit es auf *leges senatusconsulta constitutiones* beruht: zum *ius publicum* gezählt wird.

Mommsen³⁾ nimmt in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung an, das *iudicium publicum*, wie es allem Anscheine nach bei seiner Entstehung gefasst worden ist, beruhe auf dem prozessualen Gesichtspunkte des magistratischen Geschworenengerichts, „aber die römische Rechtswissenschaft, wie wir sie kennen, allerdings wesentlich einer Epoche angehörend, für die die Geschworeneninstitution eine Antiquität war, hat dem *iudicium publicum* anstatt jenes prozessualischen den sach-

²⁾ Dass *pactum conventum* und *stipulatio* zu den *propria legis quae scripta sunt* gezählt werden, kann wieder nur am griechischen Einfluss liegen.

³⁾ Röm. Strafr. S. 192.

lichen Begriff beigelegt, des Verfahrens gegen diejenigen Delikte, welche unter ein positives Strafgesetz fallen, und bei welcher ein jeder Kläger gewissermassen als freiwilliger Staatsanwalt zugelassen wird“. Dass die letztere Auffassung nie ganz durchgedrungen ist und auch unmöglich die ursprüngliche sein konnte, sei klar, gerade die ältesten *iudicia publica*, die Repetundenklage, die *actio iniuriarum legis Corneliae*⁴⁾ wären nie jedem zugänglich, der sich als Ankläger gemeldet hätte: andererseits hätten die *iudicia publica* gerade dieses Merkmal mit den prätorischen *actiones populares* gemein.

Anders verhält es sich mit der von Mommsen nur flüchtig angedeuteten Auffassung, *iudicia publica* seien die, die unter ein bestimmtes Strafgesetz fallen. Es ist ganz unwahrscheinlich, dass diese Auffassung, wie Mommsen meint, erst bei den Juristen der Kaiserzeit aufgekommen wäre, denn sie findet sich schon bei Cicero deutlich genug ausgedrückt.

Schon bei Cicero wird das Verfahren in den *iudicia publica* als *questio legitima*, *iudicium legitimum*, die Handlung selbst als *crimen legitimum* bezeichnet; das allein würde, da diese Wendungen bekanntlich seit jeher der technische Ausdruck für die auf einer *lex* beruhenden Einrichtungen gewesen sind, genügen, um über die Bedeutung, die *iudicium publicum* bei Cicero hat, keinen Zweifel zu lassen:

Cicero, *P. Cluentio*, 2.

. . . altera pars et ea, quae propria est iudicii vestri et legitimae reueficii quaestionis, per mihi breui sed non magnae dicendo contentionis fore videtur . . .

Cicero, *P. Archia* 3:

Sed ne cui vestrum mirum esse videatur me in quaestione legitima et in iudicio publico . . . hoc uti genere dicendi . . .

Cicero *de part. orat.* 43.

Nam quae motu animi et perturbatione facta sine ratione sunt, ea defensionem contra crimen in legitimis iudiciis non habent in liberis disceptationibus habere possunt.

⁴⁾ Diese wird *D. 47, 10, 5* (Paulus) mit dürren Worten als *iudicium publicum* bezeichnet, wenn anders die *lex in D. 47, 10, 5, 9* die *lex Cornelia* ist, was aber kaum zweifelhaft sein kann.

In der Kaiserzeit wird das mit dürren Worten ausgesprochen in:

D. 48, 1, 1, pr. (Macer, *libro primo de publicis iudiciis*):

Non omnia iudicia in quibus crimen vertitur et publica sunt, sed ea tantum quae ex legibus iudiciosem publicorum veniunt, ut Julia maiestatis, Julia de adulteriis etc. . . .

Andererseits kommen die zahlreichen Stellen in Betracht, wo eine Handlung ausschliesslich deswegen nicht zu den *crimina publica* gezählt wird, weil sie nicht durch ein Gesetz, sondern durch eine *constitutio* unter Strafe gestellt wird, ohne dass es dabei auf Verfahren oder Strafe irgendwie ankäme:

D. 47, 11, 3 (Ulpian., *libro tertio de adulteriis*):

Stellionatus vel expilatae hereditatis iudicia accusationem quidem habent sed non sunt publica.

D. 47, 20, 3, 2 (Ulpianus, *libro octavo de officio proconsulis*):

Poena autem stellionatus nulla legitima est cum nec legitimum crimen sit . . .

Diesen Gedanken bringt auch ein Reskript aus dem Ende des zweiten Jahrhunderts zum Ausdruck:

C. 3, 15, 1 (*Impp. Severus et Antoninus* 196):

Quaestiones earum rerum quae legibus aut extra ordinem coercentur . . .

Dabei ist allerdings nicht zu übersehen, dass eine blosse Erweiterung des gesetzlichen Thatbestandes nicht nur durch Auslegung, sondern auch durch *senatusconsultum* oder *constitutio* stattfinden kann.⁵⁾

D. 47, 13, 2' (Macer, *libro primo de iudiciis publicis*).

Conuersionis iudicium publicum non est: sed si ideo pecuniam auro accepit, quod crimen minatus sit, potest iudicium publicum esse ex senatus consultis, acerbus poena legis Corneliae lenem iubetur qui in accusationem innocentium coierint quive ab accusandum vel non accusandum denuntiandum vel non denuntiandum testimonium pecuniam acceperet.

D. 47, 15, 3, pr. § 3 (Macer, *libro primo de iudiciis publicis*):

Praevaricationis iudicium aliud publicum aliud moribus

⁵⁾ Mommsen, *Röm. Strafr.* S. 191 A. 1.

inductum est. Nam si reus accusatori publico iudicio ideo praescribat, quod dicat se eodem crimine ab alio accusatum et absolutum, cavetur lege Julia publicorum ut non prius accusetur, quam de prioris accusationis praevicatione constiterit et pronuntiatum fuerit. Huius ergo praevicationis pronuntiatum publici iudicii intellegitur . . . Si ideo quis accusetur, quod dicatur crimen iudicii publici destituisse, iudicium publicum non est, quia neque lege aliqua de hac re cautum est, neque per senatus consultum quo poena [quinque auri librarum⁶⁾] in desistentem statuitur publica accusatio inducta est.

Dass es auf die Art des Verfahrens und der Strafe nicht ankommt sagt ausdrücklich:

D. 47, 2, 93 (Ulpianus libro trigesimo octava ad editum).

Memnisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendum.

Da zu Ulpian's Zeit die Geschworenengerichte nicht mehr bestanden, so unterschied sich das *iudicium publicum* von der *coercitio extra ordinem* praktisch nur durch die *scriptio*. Und doch lässt Ulpian das *criminaliter agi* wegen Diebstahls trotz der *scriptio* nicht zu einem *iudicium publicum* werden.

Nun ist es schon an sich klar, wird überdies auch in den Quellen zum Mindesten vorausgesetzt, dass das Recht der *iudicia publica* zum *ius publicum* gehörte:

Cicero, *De oratore* I, 201:

. . . nam ut in rerum privatarum causis atque iudiciis deprecanda saepe oratio est ex iure civili . . . sic in causis publicis iudiciorum, contionum, senatus omnis haec et antiquitatis memoria et publici iuris auctoritas et regendae rei publicae ratio ac scientia tamquam aliqua materies eis oratoribus, qui versantur in re publica, subiecta esse debet . . .

Von besonderem Interesse ist aber folgende Ausführung die es wohl ganz ausser Zweifel setzt, dass schon Cicero die *iudicia publica* deswegen als *ius publicum* betrachtet, weil sie auf einer *lex* beruhen:

⁶⁾ [quinque auri librarum] Trib. Lenel 19.

Cicero, *In Qu. Caec. div.* 17, 18, 19:

Reliquum est iam ut illud quaeramus, cum hoc constet, Sicculos ame petisse, eequid hanc rem apud nos animosque vestros valere oporteat, eequid auctoritatis apud vos in suo iure repetundo socii populi Romani, supplices vestri habere debeant: De quo quid ego plura commemorem? Quasi vero dubium sit quin tota lex de pecuniis repetundis sociorum causa constituta sit. Nam civibus cum sunt ereptae pecuniae civili fere actione et privata iure repetuntur; haec lex socialis est, hoc ius nationum exterarum est . . . qui ergo est qui neget oportere eorum arbitrato lege agi quorum causa lex sit constituta? . . .

Den *socii* hat es sich also darum gehandelt, ob sie den Römern so viel wert wären, dass sie die Sache wegen der *pecuniae repetundae* durchsetzen könnten. Cicero meint nun: wir haben ja die *lex de pecuniis repetundis* nur der *socii* wegen; dem Bürger stehen ohnehin seit jeher *civiles fere actiones et ius privatum* offen. Die letzte Bemerkung dürfte etwa zu beziehen sein auf die *actio vi bonorum raptorum, quod metus, die condictio sine causa*?) Man darf daraus wohl ohne weiteres schliessen, dass Cicero das den *socii* auf Grund der *lex de repetundis* zustehende Recht als *ius publicum* betrachtet, und zwar nicht etwa wegen des Verfahrens — denn „*civili fere actione et privato iure*“ kann sich unmöglich auf das Verfahren allein beziehen, abgesehen davon, dass ja das Verfahren *de repetundis* nichts anderes war, als eine geschärfte *condictio*, — sondern, wie er mit allem Nachdrucke sagt, weil es auf einer *lex* beruht. Die Entgegensetzung der den Bürgern zukommenden *civiles actio et ius privatum* bilden die Worte: *haec lex socialis est, hoc ius nationum exterarum est*; der Sinn des Ganzen ist: wir haben die *lex* der *socii* wegen, dem Bürger hätten die *civiles actiones* und das *ius privatum* genügt. Also die *lex* ist das *ius publicum*.

Zum *ius publicum* zählt die *iudicia publica* offenbar auch noch:

Lactantius Inst. VI, 23 (angeführt bei Ferrini *Z. Sav. St.* XV, S. 350):

Non enim sicut iuris publici ratio est, sola mulier adul-

?) Vergl. Mommsen, *Röm. Strafr.* S. 716 A. 6, 7; 721.

tera est quae habet alium; maritus autem, etiamsi plures habeat, a crimine adulterii solutus est.

Gewiss könnte man entgegenen, dass eine ganze Reihe von Deliktsklagen auf den zwölf Tafeln und späteren Gesetzen beruhe, trotzdem aber nicht zur *ius publicum* gezählt werde. Bei den *iudicia publica* beruht aber auf der *lex* nicht etwa bloss die materielle Regelung, sondern auch das Verfahren. Die *lex Aquilia* ist allerdings *ius publicum*, die *actio legis Aquiliae* gehört aber trotzdem dem *ius privatum* an; hier dagegen ist nicht bloss der juristische Begriff, nicht bloss der Anspruch, sondern auch dessen Geltendmachung, die *quaestio*, durch die *lex de repetundis* begründet worden: es ist daher auch das alles *ius publicum*.

Ein weiter gefasster Begriff des *ius publicum* tritt in der Theorie der *causae operis novi nuntiationis* hervor:

D. 39, 1, 5, 9 (Ulpianus, *libro quinquagesimo secundo ad edictum*).

Et belle Sextus Pedius definiit, triplicem esse causam operis novi nuntiationis, aut naturalem, aut publicam aut impositiciam naturalem, cum in nostras aedes quid immittitur aut aedificatur in nostro, publicam causam quotiens leges aut senatusconsulta constitutionesque principum per operis novi nuntiationem tuemur, impositiciam cum quis postea, quam ius suum deminuit alterius auxil, hoc est postea quam servitutum aedibus suis imposuit contra servitutum fecit.

Die hier auf Sextus Pedius zurückgeführte Einteilung rührt schwerlich von ihm her, da noch eine ältere Spur, ebenfalls in Ulpian's Ediktskommentar, erhalten ist:

D. 2, 14, 7, 14 (Ulpianus, *libro quarto ad edictum*):

Si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem quasi in ea re praetoris imperium versetur: Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat, quae distinctio vera et.

Eine damit offenbar zusammenhängende Einteilung der Remissionsgründe ist enthalten in:

D. 43, 25, 1, 3; 4; 5 (Ulpianus, *libro septuagensimo primo ad edictum*):

Ius habet opus novum nuntiandi qui aut dominium aut servitutum habet. Item Juliano placet vindicandarum servitutium ius esse secundum quod opus novum nuntiare poterit vicino et remissio utilis erit . . . Idem Julianus dicit de ceteris, quibus aliqua servitus a vicino debetur. Ei quoque qui pignori fundum acceperit scribit Julianus non esse iniquum, detentionem servitutis dari . . .

Dass die Julianische Einteilung der Gründe der *operis novi nuntiatio* und die entsprechende Einteilung der Remissionsgründe mit dem Gegensatze des *ius publicum* und *ius privatum* zusammenhängt, ergibt sich aus:

D. 39, 1, 1, 16 (Ulpianus, *libro quinquagesimo secundo ad edictum*):

Nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa aut damni depellendi aut sive publici iuris tuendi gratia.

D. 39, 1, 5, 19 (Ulpianus *libro quinquagesimo secunde ad edictum*).

Qui remissionem absentis nomine desiderat, sive ad privatum sive ad publicum ius ea remissio pertinet, satis dare cogitur . . .

Die Einteilung der Nuntiations- und Remissionsgründe beruht daher jedenfalls auf einer Auffassung, die Gemeingut der Jurisprudenz geworden ist. Dafür spricht schon der Umstand, dass Ulpian sie aus Sextus Pedius herübernimmt: denn im allgemeinen scheinen sich die Anführungen des Ulpian aus Pedius auf solche im Umlauf befindliche Münze zu beschränken.⁵⁾ Aber schon Labeo hatte eine ähnliche Einteilung, und die Art, wie Ulpian, der an anderer Stelle die Remissionsgründe in solche einteilt *qui ad privatum* und *qui ad publicum ius pertinent*, bei der Besprechung der Remissionen *iuris privati* Julian ausschreibt und dies mit einem *item Julianus* einleitet, zeugt davon, dass sie auch Julian nicht fremd war,

Hiernach sind also *iuris publici* die Nuntiations und Remissionsgründe, die auf *leges senatusconsulta constitutionesque principum* beruhen, *iuris privati*, die sich auf Eigentum oder Dienstbarkeiten stützen. In dieser Form geht die Einteilung jedenfalls nicht auf Labeo zurück, der *senatusconsulta* und *constitu-*

⁵⁾ Pernice, Sitz.-Ber. der Berl. Akad. der Wissensch. 1885 Bd. I S. 465 ff.

tiones zu den Nuntiationsgründen ebensowenig gezählt haben dürfte, wie zu den Rechtsquellen. Die Theorie hat sich hier der staatsrechtlichen Umgestaltung angepasst, im Strafrechte blieb sie dagegen bei der republikanischen Auffassung stehen, *ius publicum* könne nur durch *lex publica* geschaffen werden. Während die strafrechtliche Theorie nur zögernd, nicht etwa die Einführung, sondern auch nur eine Erweiterung des legalen Strafrechts durch *senatus consulta* und *constitutiones* in der Kaiserzeit zugelassen hatte, ist in der Lehre von den Nuntiations- und Remissionsgründen der entgegengesetzte Standpunkt offenbar schon früher zur allgemeinen Anwendung gelangt: wohl der beste Beweis dafür, wie die römische Rechtsentwicklung überall von historischen Zufälligkeiten beeinflusst wird.

XIII.

***Ius publicum* als Staatsrecht und staatliches Recht.**

Die bisherigen Erörterungen haben zu dem Ergebnisse geführt, dass die Römer den Ausdruck *ius publicum* in einem doppelten Sinne gebrauchen: sie verstehen darunter: 1. Staatsrecht im engsten Sinne des Wortes ohne Rücksicht darauf, in welcher Weise es entstanden sei, 2. das staatliche, vom Staate ausgehende Recht, also in republikanischer Zeit die *leges publicae*, in der Kaiserzeit auch die *senatus consulta* und *constitutiones*. Für die *edicta magistratuum* mangelt es an einem ausdrücklichen allgemein lautenden Zeugnis: es wird sich aber zeigen, dass sie in einem besonderen Falle ebenfalls als *ius publicum* bezeichnet werden.

Nur Staatsrecht kann unter *ius publicum* verstanden werden von

Cicero, *Brutus* 269:

... *iuris publici leges atque instituta cognoverat.*

Cicero, *P. domo* 33:

Nego potuisse iure publico, legibus eis, quibus haec civitas utitur, quemquam civem ulla eiusmodi calamitate adfici sine iudicio: hoc iuris in hac civitate, etiam tunc, cum reges essent dico fuisse; hoc nobis esse a maioribus traditum; hoc esse denique

proprium libere civitatis, ut nihil de capite civis aut de bonis sine iudicio senatus aut populi aut eorum, qui de quaque re constituti iudices sint, detrahi possit.

Livius III, 34, 6:

Centuriatis comitiis decem tabularum leges perlatae sunt . . . quae fons omnis publici privatique est iuris.

So gebraucht derselbe Schriftsteller diesen Ausdruck noch:

Livius XLI, 18:

Inde actum de comitiis magistratum in insequentem annum, qua de re non mediocris disceptatio incidit quod periti religionum iuris que publici quando duo ordinarii consules eius anni, alter morbo alter ferro perissent, subfectum consulem negabant recte comitia habere posse . . .

Besonders bezeichnend ist dieses aber bei dem jüngeren Plinius *Epist.* 8, 14:

Cum es peritissimus et privati et publici iuris, cuius pars senatorium est, cupio ex te potissimum audire, erraverim in senatu proxime necne . . . Priorum temporum servitus ut aliarum optimarum artium sic etiam iuris senatorii oblivionem quandam et ignorantiam induxit . . . Erat autem antiquitus institutum, ut a maioribus natu non auribus modo verum etiam oculis disceremus, quae facienda mox ipsi ac per vices quasdam tradenda, minoribus haberemus Quae potestas referentibus, quod censentibus ius, quae vis magistratibus, quae ceteris libertas, ubi cedendum, ubi resistendum, quod silendi tempus, quis dicendi modus, quae distinctio pugnantium sententiarum, quae executio prioribus aliquid addentum, omnem denique senatorium morem, quod fidissimum praecipendi genus, exemplis docebatur.

Diese ganze Ausführung ist von grosser Bedeutung für die hier erörterte Frage, weil offenbar gewohnheitsrechtliche Einrichtungen des Staatsrechts als *pars iuris publici* bezeichnet werden.

Die Bedeutung von Staatsrecht dürfte *ius publicum* wohl überall haben, wo es dem *ius sacrum* an die Seite gestellt wird:

Quintilian, *Iust. orat.* XX, 2, 4, 33:

... *nam et genera sunt tria sacri, publici, privati iuris . . .*

Ausonius *Gryphus* XXVI, 61.

Ius triplex tabulae quod ter sanxere quaternae,

Sacrum, privatum populi commune quod usquam est.

In der Regel wird aber das *ius sacrum* als Teil des *ius publicum* angesehen, das dann offenbar ebenfalls im Sinne von Staatsrecht, Behördenrecht genommen werden muss;¹⁾ das geschieht, abgesehen von der bereits angeführten Ulpianstelle, (*D.* 1, 1, 1, 2) noch bei:

Cicero, *In Vatinium* 18:

Simul etiam illud volo uti respondeas, cum te tribuno plebis esset etiam tum in re publica lex Aelia et Fufia, quae leges saepe numero tribunicios furores debilitarunt et represserunt, quas numero contra praeter te nemo umquam est facere conatus -- quae quidem leges anno post, sedentibus in templo duobus non consulibus, sed proditoribus huius civitatis ac pestibus, una cum auspiciis, cum intercessionibus, cum omni iure publico conflagraverunt, — ecquando dubitaris contra eas leges cum plebe agere et concilium convocare?

Cicero, *P. domo* 34:

Videsne re radicitus evellere omnis actiones tuas, atque illud agere, quod apertum est, te omnino nihil gessisse iure, non fuisse tribunum plebis, hodie esse patricium? dico apud pontifices; augures adsunt; versor in medio iure publico.

Cicero, *Brutus* 267:

Appius Claudius, . . . cum auguralis tum omnis publici iuris omnisque antiquitatis nostrae bene peritus fuit:

Cicero, *P. Rabirio* 17:

. . . qua tu in actione quamquam omnia exempla maiorum, omnis leges, omnem auctoritatem senatus, omnis religiones atque auspicio- rum [publica] iura neglexisti. . .

Auffallend selten kommt *ius publicum* in dieser Bedeutung in der juristischen Literatur vor:

D. 36, 1, 13, 5; 15 (Ulpianus, *libro quarto fideicommissorum Hermogenianus libro [quarto Lenel] epitomarum*):

Si quis filius familias sit et magistratum gerat,

¹⁾ Darüber Pernice, Sitz.-Ber. der Berl. Akad. der Wissensch. 1885 Bd. 2 S. 1143, 1169.

patrem suum in cuius est potestate, cogere poterit suspectam dicentem hereditatem adire et restituere: nam quod ad ius publicum attinet non sequitur ius potestatis.

D. 4, 5, 5, 2 (Paulus, *libro undecimo ad edictum*):

Nunc respiciendum, quae capitis deminutione pereant: et primo de ea capitis deminutione, quae salva civitate accidit, per quam publica iura non interverti constat; nam manere magistratum vel senatorem vel iudicem est.

C. 9, 51, 13, 2c (*Imp. Constantium* 321):

Sententia vero deportationis nullo patrem praevudicio deminuat. Quem si comperta integritas ut natura, ita officio liberis restituerit, ei gubernacula rerum tradenda sunt, cuius ad imitationem publici iuris provisiva custodia est.

Etwas anders

D. 47, 11, 13, 1 (Ulpianus, *libro quinquagesimo septimo ad edictum*):

Is qui iure publico utitur non videtur iniuriae faciendae causa hoc facere: iuris enim executio non habet iniuriam.

Hier bedeutet *ius publicum* die magistratische Gewalt als subjektives Recht des Magistrats. Aehnlich subjektivisch gefasst ist der Ausdruck für das allgemein zugängliche, gewissermassen im Namen des Staates ausübende öffentliche Anklagerecht bei den *iudicia publica*:

D. 48, 5, 41, pr. (Paulus, *l. nono decimo responsorum*):

Quaesitum est, an ea, quam maritus adulterii crimine se accusaturum minatus est, nec quicquam egit vel iure mariti vel iure publico, nubere possit ei quem in ea reum adulterii destinavit.

Von der Mitte des vierten Jahrhunderts an findet sich *ius publicum* in den Konstitutionen in der Bedeutung von Staatsvermögen.²⁾

²⁾ *C. Th.* 15, 1, 8 (*Imp. Julian.* 362), *C. Th.* 15, 9, 22; *C.* 8, 11, 6 und 11, 59, 6 = *C. Th.* 10, 3, 4 (*Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius* 383); *C.* 2, 15 (*Impp. Honorius et Theodos.* 408); *C.* 11, 24, 6, 1 (*Impp. Honorius et Theodos.* 415); *C.* 10, 12, 2, 2 (*Theodos. et Valentin.* 444 = *Nov. Theodos.* II 17, 2, 5); *Nov. Maior.* 4, 2 (458); *C.* 1, 2, 23, pr. (*Justinian* 530); *C.* 8, 40, 27, 2 (*Just.* 531). Vergl. auch *C.* 7, 39, 4, 1. *Imp. Anastasius* 491 . . . *si quis contractus, si qua actio . . . non esset*

Die zweite Bedeutung des *ius publicum*, das staatliche, vom Staate ausgehende Recht, findet sich verhältnismässig selten in der nichtjuristischen, häufig dagegen in der juristischen Litteratur. Es werden so bezeichnet

1. *Leges* und zwar:

a) die zwölf Tafeln:

im Wortlaute der *lex Falcidia*:

D. 35, 2, 1 (Paulus, *l. singulari ad l. Falcidiam*):

Quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is, quantum cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto . . .

von Julian (?), und Paulus:

D. 26, 7, 5, 7 (Ulpianus, *l. trigesimo quinto ad edictum*):

Julianus libro vicesimo primo digestorum huiusmodi speciem proponit: quidam decedens filiis suis dederat tutores et adiecerat: „eosque aneclogistos esse volo“. Et ait Julianus tutores, nisi bonam fidem in administratione prostiterint, damnarii debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debent, ut ait Julianus et est vera ista sententia: nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus nec mutare formam antiquitus constitutam.

Es ist allerdings sehr unwahrscheinlich, dass der Vormund schon nach den zwölf Tafeln zur Rechnungslegung irgendwie verpflichtet gewesen wäre. Die *rationes distrahendae* waren schwerlich etwas anders als Verzeichnisse des Mündelvermögens, das der Vormund bei Antritt oder nach Beendigung der Vormundschaft erhielt oder anzufertigen hatte und die der *actio rationibus distrahendis* zu Grunde zu legen waren. Dem sei aber wie immer, in historischer Zeit wurde die Pflicht zur Rechnungslegung auf die zwölf Tafeln zurückgeführt und es wurden unter *rationes*, wie es scheint, eigentliche Rechnungen verstanden.³⁾

expressim saepe dictio temporalibus praescriptionibus concepta . . . quadraginta cuniculis annorum sine dubio sopiatur . . . nullumque ius privatum vel publicum . . . quod praedictorum quadraginta, annorum extinctum est iugi silentio moveatur.

³⁾ Karlowa, R. R.G. II S. 280 A. 3, Lenel, *Edictum* S. 256.

D. 39, 2, 18, 1 (Paulus, *l. quadragesimo octavo ad edictum*):

Quod opere facto consecutus sit dominii capione promissor [damni infecti], non teneri eum eo nomine Pomponius ait, quia nec loci nec operis vitio sed publico iure id consecutus est . . .

Cuiacius beginnt seine Erläuterung dieser Stelle⁴⁾ mit den Worten: *haec verba valde obscura videntur*. Man wird ihm das zugeben müssen und es ist daher schwerlich geraten, weitgehende Schlüsse daraus zu ziehen. Uebereinstimmend mit den Basiliken will Cuiacius unter *dominii capio* die *usucapio* verstehen, unter *ius publicum* das Zwölf Tafelrecht, die Quelle des Rechts der *usucapio*: hat der *promissor* vom Eigentümer des bedrohten Grundstücks etwas durch *usucapio* erworben, so beziehe sich darauf die *stipulatio* nicht, Cuiacius meint deswegen *quia usucapio iure publico introducta est id est ex XII tabulis*.

Ist diese Auslegung der Stelle richtig, dann bestätigt sie auch die bereits (auf Seite 79 dieser Schrift) begründete Annahme, die dort gewürdigte Institutionenstelle (2, 6 pr.) hätte in ihrem ursprünglichen Zusammenhange nicht die Bestimmung der zwölf Tafeln über die *usucapio* selbst, sondern nur deren Ausgestaltung auf das *ius civile* zurückgeführt.

b) die *lex Falcidia*:

D. 35, 2, 15, 1 (Papinian., *l. tertio decimo responsorum*):

Frater cum heredem sororem scriberet, aliam ab ea, cui donatum volebat, stipulari curavit, ne Falcidia uteretur, et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. Privatorum cautionem legibus non esse refragandam constitit et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam.

c) die *lex Papiria*:

Cicero, *P. domo sua* 128, 130, 136:

Neque ego nunc de religione, sed de bonis omnium nostrum, nec de pontificio sed de iure publico disputo. Lex Papiria vetat aedis iniussu plebis consecrari . . . At videte quanta sit vis huius Papiria legis. Q. Marcius censor signum Concordiae fecerat idque in publico conlocarat. Hoc signum C. Cassius censor cum in curiam transtulisset, conlegium vestrum consuluit, num quid esse causae videretur, quin id signum curiamque Concordiae de-

⁴⁾ *ad l. XLVIII Pauli ad edictum*.

dicaret . . . Sed ut revertar ad ius publicum iudicandi, quod ipsi pontifices semper non solum ad suas caerimonias, sed etiam ad populi iussa adcomodaverunt, habetis in commentariis vestris C. Cassium censorem de signo Concordiae dedicando ad pontificum collegium rettulisse, eique M. Aemilium pontificem maximum pro collegio respondisse, nisi eum populus Romanus nominatim praefecisset atque eius iussu faceret, non videri eam recte posse dedicari.

2. *Senatusconsulta*:

Das geschieht vielleicht schon von Cicero, *De harusp. resp.* 14, 16:

Multae sunt domus in hac urbe, patres conscripti, atque haud scio an poene cunctae iure optimo sed tamen iure privato, iure hereditario, iure auctoritatis, iure mancipi, iure nexi: nego esse ullam domum aliam privato eodem, quo quae optima lege, publico vero omni praecipuo et humano et divino iure munitam . . . Nego ullo de opere publico, de monumento, de templo tot senatus extare consulta, quot de mea domo . . . Publio Valerio pro maximus in rem publicam beneficiis data domus est in Velia publice, at mihi in Palatio restituta; illi locus at mihi etiam parietes aequae tectum; illi quam ipse privato iure tueretur, mihi quam publicae magistratus omnes defenderent . . .

Jedenfalls beziehen sich auf *senatusconsulta*:

D. 27, 8, 1, 9 (Ulpian, *l. trigesimo sexto ad edictum*):

Si inter magistratus hoc convenerit, ut alterius tantum periculo tutores darentur, conventiones pupillo non praedjudicare divus Hadrianus rescipit: conventionem enim duumvirorum ius publicum mutari non potest.

D. 2, 14, 38 (Papinianus, *l. secundo quaestiorum*):

Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.

Die zweite Stelle betrifft, wie Lenel⁵⁾ nachgewiesen hat, die Haftung der Municipalmagistrate für die von ihnen vorgeschlagenen oder bestellten Vormünder. Beide soeben angeführten Stellen behandeln also dieselbe Frage, und bezeichnen als *ius publicum* das *senatusconsultum* aus der Zeit Traians, wodurch diese Haftung eingeführt worden ist.⁶⁾ Es scheint, dass

⁵⁾ Lenel, *Paling.* 68.

⁶⁾ *C.* 5, 75, 5.

Ulpian diese Bezeichnung schon in dem von ihm angeführten Reskript Hadrians gefunden hatte.

3. Das prätorische Edikt wird von Sextus Pedius nicht unter den *causae publicae operis novi nuntiationis* aufgezählt, wohl deswegen, weil aus dem Edikt keine Nuntiationsgründe abgeleitet wurden; es wird aber *ius publicum* genannt in drei Digesten- und drei Kodexstellen, die allerdings alle nachhadrianisch sind.

D. 38, 1, 42 (Papinianus, *libro nono responsorum*):

„Cerdonem servum meum manumitti volo ita, ut operas heredi promittat.“ Non cogitur manumissus promittere: sed etsi promiserit in eum actio non dabitur: nam iuri publico derogare non potuit qui fideicommissariam libertatem dedit.⁷⁾

Es handelt sich offenbar um *operae onerandae libertates causa impositae* über die das Edikt die bekannten Bestimmungen enthielt.

D. 11, 7, 20 *pr.* (Ulpianus, *vicensimo quinto ad edictum*):

Neratius quaerit, si is, qui dotem dederat pro muliere, stipulatus est, duas partes dotis reddi, tertiam apud maritum remanere, pactus sit, ne quid maritus in funus conferret, an funeraria maritus teneatur. Et ait, si quidem ipse stipulator mulierem funeravit, locum esse pacto et inutilem ei funerariam fore: si vero alius funeravit, posse eum maritum convenire, quia pacto hoc publicum ius infringi non possit.

D. 26, 1, 8 (Ulpianus, *libro primo opinionum*):

Patronus quoque tutor liberti sui fidem exhibere debet, et si qua in fraudem creditorum quamvis pupilli liberti gesta sunt, revocari ius publicum permittit.

Die erste Stelle bezieht sich auf die auf dem Edikt beruhende *actio funeraria*, die zweite auf die gleichfalls ediktale *actio Pauliana*.

In den Konstitutionen wird dreimal das Recht der *in integrum restitutio* dem *ius publicum* beigezählt, von denen die erste noch der klassischen Zeit angehört:

C. 2, 36, 1 (*Impp. Severus et Antoninus* 200):

Si Probus in minore aetate constitutus circumventus a Rufino

⁷⁾ *D.* 38, 2, 1, 1. — Karlowa, *R. R.G.* II, 1118.

dispensatore nostro, venditionem rei praecipiti animo pretio longe minore contrahere festinavit, iuris publici fiscus noster in iure restitutionis sequetur auctoritatem.

C. 2, 53, 3 (*Impp. Diocletianus et Maximianus 285*):

In contractibus qui bonae fidei sunt, etiam maioribus officio iudicis causa cognita publica iura subveniunt.

C. 2, 42, 2 (*Impp. Diocletianus et Maximianus 287*):

Si is, qui nunc minorem se adseverat, fallaci maioris aetatis mendacio te decepit, iuxta statuta iuris, cum errantibus, non etiam fallentibus minoribus publica iura subvenerunt, in integrum restitutum non debet.

Die zweite der hier genannten Stellen wird allerdings nicht immer auf die *in integrum restitutio* bezogen. Dafür sprechen aber entschieden gute Gründe. Es ist kaum anzunehmen, dass das Reskript nichts als den trivialen Satz enthalten hätte, die Volljährigen könnten bei den *bonae fidei contractus* vor Uebervorteilung *officio iudicio* geschützt werden. Dazu kommt, dass das Reskript in dem Titel *Quibus ex causis maiores in integrum restituuntur* enthalten ist; dazu kommen dann die Worte *etiam maioribus*, die darauf hindeuten, dass auf die *restitutio minorum* im ursprünglichen Zusammenhange wenigstens hingewiesen worden ist, dazu kommt die Bemerkung *causa cognita*, die auf die Berücksichtigung der *bona fides* in Kontraktsklagen bezogen, keinen rechten Sinn gibt. Dazu kommt endlich, dass *subvenire* ja für das Rechtsmittel der *in integrum restitutio* gewissermassen technisch ist, und dass der Ausdruck *publica iura subvenerunt* in dem dritten nur zwei Jahre jüngeren Reskripte Diocletians und Maximians, das, wie die Sprache zeigt, wohl denselben Verfasser hat, zweifellos sich auf die *in integr. restitutio* bezieht.

4. Die Konstitutionen werden in einer ganzen Reihe von Stellen als *ius publicum* bezeichnet:

Die Konstitution des Kaisers Marc Aurel, die dem Erblasser gestattete, die *cautio legatorum servandorum* zu erlassen, an zwei Stellen:

D. 35, 1, 77, 3 i. f. (*Papinianus, l. septimo responsorum*):

Quocumque iudicio voluntatis cautio legatorum vel fideicommissorum remitti potest. Itaque si cautionis non petendae condicio legato vel fideicommisso praescribatur, condicionem ea res non

faciet; non enim deficiet, si quis caveri desideraverit onere cautionis non secuto, quod adversus invitum hodie iure publico sequi non potest, postquam remitti posse cautionem placuit.

D. 36, 3, 12 (*Marcianus, libro septimo institutionum*):

Licet, ut non petatur cautiocondicio testamento scripta fuerit; non videtur condicio: et ideo licet desideraverit quis caveri sibi non videtur condicione defectus; quia, postquam remitti talem cautionem iure publico placuit, nec onus cautionis sequitur nec quidem condicio intellegitur.

Es kann wohl kein Zweifel darüber bestehen, dass *ius publicum* hier überall die Konstitution selbst bedeutet.

Immerhin soll es nicht unbemerkt bleiben, dass das Reskript des Kaisers Marcus selbst sich auf die *utilitas publica* beruft, die beiden Stellen daher auch für die herrschende Lehre angeführt werden könnten:

C. VI, 54, 2 (*Divus Marcus, sine die et consule*):

Ipsis rerum experimentis cognovimus ad publicam utilitatem pertinere ut satisfationes quae voluntatis defunctorum tuendae gratia in legatis, et fideicommissis introductae sunt, eorumdem voluntate remitti possunt.

Die Konstitutionen, die das Entschuldigungsrecht der Vormünder regeln, werden *ius publicum* genannt an drei Stellen:

D. 26, 2, 29 (*Papinianus, libro decimo quinto responsorum*):

Et sententia Senatusconsulti Liboniani tutor non erit, qui se testamento pupillo tutorem scripsit: cum autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, eum, quamvis alii tutores essent, curatorem dandum respondi, nec admittendam excusationem, quam iure publico habebat, quoniam promissis videbatur, nec ut suspectum removeri.

D. 27, 1, 30, 3 (*Papinianus, libro quinto responsorum*):

Patronus impuberi liberto quosdam ex libertis tutores aut curatores testamento dedit. Quamvis eos idoneos esse constet, nihilo minus iure publico poterunt excusari, ne decreto confirmentur.

D. 27, 1, 36 (*Paulus, libro nono responsorum*):

Lucius Titius ex tribus filiis incolumibus unum habet emancipatum eius aetatis, ut curatores accipere debeat: quaero si idem Titius pater petente eodem filio emancipato curator a praecore detur an

iure publico uti possit et nihilo minus trium filiorum nomine vacationem postulare?

Ebenso sind die Vorschriften über die Verpflichtung zu den *munera civilia*, die so, wie sie in der Kaiserzeit entgegentritt, zweifellos auf Konstitutionen beruht, *ius publicum*:

C. 10, 40, 4 (*Impp. Dicoletianus et Maximianus*):

Cum neque originales neque incolae vos esse memoratis, ob solam domus vel possessionis, licet ex substantia decurionis adquisita sit, causam, publici iuris auctoritas muneribus subiugari vos non sinet.

C. 10, 43, 2 (*Impp. Diocletian. et Maximian.*):

Qui publici muneris vacationem habet, si aliquem honorem excepto decurionatu sponte susceperit, ob id, quod patriae suae utilitatibus cesserit, vel gloriae cupiditate paulisper ius publicum relaxaverit, competens privilegium non amittit.

C. 10, 50, 2 (*Diocletianus et Maximianus*).

Cum articulari morbo debilitatum te esse dicas, iuxta iuris publici auctoritatem a personalibus muneribus vacationem habebis.

Im übrigen mögen die Stellen, die das Konstitutionsrecht dem *ius publicum* beizählen, in zeitlicher Aufeinanderfolge genannt werden:

D. 28, 1, 3 (*Papinian, l. quarto decimo quaestionum*).

Testamenti factio non privati sed publici iuris est.

Ihrem Zusammenhange nach⁵⁾ dürfte sich diese Stelle auf die auf Konstitutionsrecht beruhende *testamentifactio* des *filiusfamilias miles* beziehen.

D. 24, 1, 7, 6 (*Reskript von Severus und Caracalla bei Ulpian, l. trigesimo primo ad Sabinum*):

Si tibi maritus pignora propter dotem et pecuniam creditam data, non donationis causa vendidit, quod bona fide gestum est, manebit ratum, at si titulus donationis quaesitus ostenditur atque ideo venditionem irritam esse constabit, iure publico causam pignorum integram obtinebis.

Iure publico bedeutet offenbar: nach den Bestimmungen dieser Konstitution. Den Beistrich nach *iure publico* zu setzen, ist

⁵⁾ Lenel 230.

schwerlich angängig: die Worte wären dann ganz überflüssig. Abgesehen davon, liesse sich dies nicht in Einklang bringen mit den Quellen, die das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten zehnmal dem *ius civile*, nirgends aber dem *ius publicum* beizählen. Immerhin ist die Stelle ziemlich unklar, und das soeben Angeführte kann nur als Vermutung gelten.

D. 50, 17, 116, 1 (*Ulpianus, l. undecimo ad edictum*):

Non capitur qui ius publicum sequitur.

Ueber den Zusammenhang dieser der Erläuterung des Minderjährigenedikts entnommenen Stelle lässt sich schwerlich etwas Bestimmtes feststellen. In geistreicher Weise hat jedoch Lenel⁹⁾ auf Papinian D. 46, 1, 51, 4 hingewiesen, wo es vom *minor* ebenfalls heisst: *non enim deceptus videtur iure communi usus*. Darnach würde sich die Stelle auf die *epistola divi Hadriani* beziehen: wenn der *minor* die Klage gegen die *fideiussores* mit Rücksicht auf die Bestimmung der *epistula* auf ihren Anteil beschränkt hat, und einige von ihnen nach der *litis contestatio* zahlungsunfähig geworden sind, kann der *minor* die *restitutio* nicht ansprechen, um noch nachträglich von den Zahlungsfähigen den Anteil der Zahlungsunfähigen zu verlangen, da er nicht hintergangen wurde, sondern sich bloss an das *ius publicum* gehalten hat.

D. 50, 17, 45, 1 (*Ulpianus, l. trigesimo ad edictum*):

Privatorum conventio iuri publico non derogat.

Die Stelle gehört der Erläuterung des Edikts über die *fiducia* an. Dass sie sich auf eine der vielen Constitutionen beziehen dürfte, die auf die Ausübung des Gläubigerrechts, zumal des Verkaufsrechts bei der *Fiducia*, beschränkt haben, liegt wohl auf der Hand.

C. 4, 12, 2 (*Diocletianus et Maximianus* 287):

Ob maritorum culpam uxores inquietari leges vetant. Proinde rationalis noster, si res quae a fisco occupatae sunt, domini tui esse probaveris, ius publicum sequetur.

Unter *leges* sind hier selbstverständlich Constitutionen zu verstehen. Die *Constitutio*, auf die hier angespielt wird, dürfte in C. 9, 12, 1 erhalten sein.

⁹⁾ *Paling.* 411.

C. 6, 23, 13 (*Imp. Diocletianus et Maximianus* 293):

Testandi causa de pecunia sua legibus certi facultas non iurisdictionis mutare formam vel iuri publico derogare cuiquam permissa est.

Der ursprüngliche Zusammenhang der Stelle ist wohl nicht zu ermitteln. Die Zusammenstellung mit *iurisdictionis mutari formam* weist darauf hin, dass es sich um eine Bestimmung des kaiserlichen Beamtenrechts gehandelt hat.

C. 4, 33, 3 (*Imp. Maximianus et Diocletianus*).

Cum proponas te nauticum foenus ea condicione dedisse, ut post navigium, quod in Africam dirigi debitor adseverabat, in Salonitanorum portum nave delata foenebris pecunia tibi redderetur, ita ut navigii dumtaxat quod in Africam destinabatur periculum susceperis, perque vitium debitoris nec loco quidem navigii servato illicitis comparatis mercibus quae navis continebat fiscum occupasse: amissarum mercium detimentum, quod non ex marinae tempestatis discrimine, sed ex praecipiti avaritia et incivili debitoris audacia accidisse adseveratur adscribi tibi iuris publici ratio non permittit.

Die Bestimmungen über den Verfall geschmuggelter Gegenstände dürften, wenigstens zu Diocletians Zeiten, grösstenteils oder ausschliesslich in Konstitutionen enthalten gewesen sein.¹⁰⁾

C. 8, 10, 5 (*Imp. Diocletianus et Maximianus* 790):

Si is, contra quem preces fundis, sciens prudensque, soli partem ad te pertinere, non quasi socius vel collega communis operis sollicitudine solidam balneorum exstructionem ea mente, ut sumptus pro portione tua reciperet, adgressus est, sed totius loci dominium usurpare et collapsum balneum refabricare enisus est, cum aedificia quae alieno loco imponuntur, solo cedant, nec impensae his qui improbe id fecerint, restitui debeant, antiquato divi Hadriani edicto praeses provinciae, memor iuris publici in diremenda disceptatione legum placita custodiet.

Der Kaiser lässt den Fall im Sinne des Grundsatzes *aedificium solo cedit* entscheiden. Das bedeuten die Worte: *praeses provinciae legum placita custodiet*. Hierbei werden Bestimmungen *iuris publici* eingeschärft. Man wird wohl annehmen dürfen,

¹⁰⁾ Die Annahme von Pernice, Z. Sav.St. V 130 A. 5 mag für eine frühere Zeit richtig sein.

dass darunter Bauvorschriften, zumal die kaiserlichen Konstitutionen, die das Niederreißen der Privatgebäude beschränken,¹¹⁾ gemeint sind.

C. 7, 39, 1 (*Imp. Diocletianus et Maximianus*):

Cum adseveras te absente eos qui oculos praediis tuis imposuerant, operam dedisse, ut annonariae collationis praetextu vili pretio ab officio praesidali praedia tua distraherentur, si legitimi temporis spatium ex venditionis die fluxit, qui provinciam regit, inter vos cognoscat, et, quod publico iure praescriptum est, statuet. Si autem nondum ex die publicae venditionis legitimum tempus transmissum sit . . .

Ius publicum ist das aus den Institutionen bekannte *edictum divi Marci* (J. 2, 6, 14).

C. 2, 11, 1 (*Diocletianus et Maximianus*):

Non dubitandum est iudicem si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adsistunt, minus fuerit dictum, id supplere et proferre quod sciat legibus et iure publico convenire.

Legibus et iure publico kommt nur in dieser Stelle vor. Wenn es kein bedeutungsloser Pleonasmus ist, so kann unter *leges* nur das hergebrachte Recht mit Einschluss des Juristenrechts — dieser Sprachgebrauch ist ja wenigstens für die spätere Kaiserzeit vielfach bezeugt¹²⁾ — unter *ius publicum* die Konstitutionen verstanden werden. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass in diesem Sinne *leges* und *ius publicum* in C. 8, 10, 5 von Diocletian entgegengesetzt worden sein dürften.

C. Th. 12, 1, 2 (*Imp. Constantinus* 315):

Quoniam dubitasti utrum ex numero dierum an ex nominatione kalendarum computari duorum mensuum spatia debeant, forma publici iuris observanda est, quae manifeste declarat, qui prodierum diversitate praeceperit comprehendere.

Forma iuris publici sind die Bestimmungen über die Berechnung der Fristen, insbesondere der Appellationsfrist, die in den Konstitutionen enthalten waren.¹³⁾

Consullatio 4, 3 (Paulus) = Paulus 1, 1, 6:

¹¹⁾ C. 8, 10, 2.

¹²⁾ Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschrift Bd. 28 S. 321 A. 20.

¹³⁾ Hänel führt an: C. Th. 16, 30, 10 19.

Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio iuri publico nihil derogat.

Das ist eine rätselhafte Stelle. Der Ausdruck *functio (dotis)* kommt in einer ähnlichen Verbindung sonst nicht vor, es liegt nahe, an eine Textverderbnis zu denken. Was immer man darunter verstehen mag, als allgemein geltender Satz ist der Ausspruch des Paulus gewiss nicht richtig, da ja bekanntlich ziemlich eingreifende *pacta dotalia* zulässig sind. Dagegen steht es selbstverständlich frei, ihn auf eine der vielen durch *leges* und *constitutiones* eingeführten Beschränkungen der Vertragsfreiheit bei der *dos* zu beziehen: auf die *lex Julia de fundo dotali*, auf die, wahrscheinlich durch die *lex Julia et Pappia* erfolgte, Feststellung der Rückstellungsfristen der *dos*¹⁴⁾ auf das, wahrscheinlich ebenfalls in der *lex Julia Papiare* enthaltene Verbot der Rückstellung der *dos* während der Ehe.¹⁵⁾ Vielleicht enthielt die Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhange bloss die Vorschrift, man könne nicht durch die Vereinbarung, eine als dotal hingeebene Sache sei nicht dotal, sie den Wirkungen gewisser Bestimmungen *iuris publici* entziehen.

Während in den zahlreichen bisher angeführten Stellen *ius publicum* zum Teile sicher, zum Teile wahrscheinlich sich auf positives, gesetztes Recht bezog, kann dieses von folgender nicht mehr behauptet werden:

D. 4, 2, 23, pr. (Ulpian, l. quarto (L: quinto opinionum):

Non est verisimile compulsum in urbe inique indebitum solvisse eum qui claram dignitatem se habere praetendebat, cum potuerit ius publicum invocare et adire aliquem potestate praeditum, qui utique vim eum peti prohibuisset: sed huiusmodi praesumptioni debet apertissimas probationes violentiae opponere.

In dieser Stelle ist wohl nicht nur, wie Lenel annimmt, der Schlusssatz verdächtig, auch *claram dignitatem praetendere* und *ius publicum invocare* ist schwerlich klassisch. *Ius publi-*

¹⁴⁾ *fr. 23, 4, 14; 16 (Paulus) vergl. D. 23, 4, 17 (Proculus): statuto legibus tempore, priore tempore quam legibus constitutum est, D. 2, 14, 27, 2. Paulus: tempore et legibus dato.*

¹⁵⁾ *C. 5, 19, 1 (Impp. Honorius et Theodosius 422): sine causa legitima.*

cum hat hier wohl zum erstenmal die vulgäre Bedeutung etwa des heutigen Ausdrucks „Gesetze“: *ius publicum invocare* würde daher bedeuten: die Gesetze anrufen.¹⁶⁾

In späteren Konstitutionen findet sich der Ausdruck in dieser Bedeutung mehrmals:

C. Th. 16, 11, 1 (Impp. Arcadius et Honorius 399):

Quoties de religione agitur, episcopus convenit agere; ceteras vero causas, quae ad ordinarios cognitores vel ad usum publici iuris pertinent, legibus oportet audire.

C. 1, 9, 8, 1 (Impp. Gratianus, Valentinianus, Theodosius 398):

Si qui vero ex his communi pactione ad similitudinem arbitratorum apud Iudaeos in civili dumtaxat negotis putaverint litigandum, sortiri eorum iudicium iure publico non vetantur.

C. 1, 9, 14, pr. (Impp. Honorius et Theodosius 412):

Nullus tamquam Iudaeus, cum sit innocens, obteratur nec expositum eum ad contumeliam religio qualiscunque perficiat: non passim eorum synagogae vel habitacula concrementur vel perperam sine ulla ratione laedantur, cum alioquin, etiam si sit aliquis sceleribus implicatus, idcirco tamen iudiciorum vigor iurisque publici tutela videtur in medio constituta ne quisquam sibi ipsi permittere valeat ultionem.

Causae quae ad usum publici iuris pertinent: die die Anwendung „der Gesetze“ betreffen; *iure publico non vetantur:* „gesetzlich“ gestattet, *tutela iuris publici* der Schutz der „Gesetze“. Es ist daher gewiss nicht unwahrscheinlich, dass *ius publicum*, das in dieser Bedeutung in den früheren Konstitutionen niemals, bei den klassischen Juristen aber nur in der angeführten Ulpianstelle vorkommt, hier interpoliert worden ist.

Mit dieser vulgären Ausdrucksweise mag daher auch zusammenhängen:

C. Th. 1, 2, 2 (Imp. Constantinus 315):

Contra ius rescripta non valeant, quocunque modo fuerint

¹⁶⁾ Andere vulgäre Anwendungen dieses Ausdrucks: Livius 2, 55, 8; 25, 18, 5; 25, 18, 9; 45, 18, 41. — Valerianus, *Emisenae civitatis curialis, iuris publici legumque grassator* (Nov. Theod. II 15, 1, 1).

impetrata. Quod enim publica iura praescribent, magis sequi iudices debeant.

Es ist aber auch möglich, dass *ius publicum* hier die *edicta* im Gegensatze zu den *rescripta* bedeutet; das scheint sich aus der offenbar zur Erläuterung dieser Anordnung erlassenen Konstitution zu ergeben:

C. Th. 1, 2, 3 (Impr. Constantinus 316):

Ubi rigorem iuris placare aut lenire specialiter exoramus, id observetur, ut rescripta ante edictum propositum impetrata suam habeant firmitatem, nec rescripto posteriore derogetur priori. Quae vero postea sunt elicta, nullum robur habeant, nisi consentanea sint legibus publicis; maxime cum inter aequitatem iusque interpositam interpretationem, nobis solis et opertet et licet inspicere.

Dazu ist zu vergleichen:

C. Th. 11, 1, 30 (Imppp. Acadius, Honorius, Theodosius 406):

*Nam cum in privatis causis quae contra leges fuerint obiecta, cassentur, rectius in publicis negotiis quae adversum vetera decreta extorta fuerint, summoremus.*¹⁷⁾

Diese Zusammenstellung des Quelleninhalts, der sich auf das *ius publicum* bezieht, bestätigt nach allen Richtungen die Ergebnisse des vorigen Abschnitts. Haben die Römer, wie schon dort ausgeführt worden ist, bei den allgemeinen Begriffsbestimmungen und in der systematischen Einteilung ihrer Rechtseinrichtungen unter *ius publicum* teils das Staatsrecht, teils das vom Staate ausgehende Recht verstanden, die *leges*, *senatusconsulta*, *constitutiones*, so zeigt es sich nun, dass sie, wo sie eine bestimmte einzelne Vorschrift dem *ius publicum* beizählen, immer von einer Vorschrift des staatlich gesetzten Rechts sprechen. Bei der Mehrzahl der Stellen ist es mit Sicherheit nachweisbar, bei den anderen mit Wahrscheinlichkeit, zumeist mit grosser Wahrscheinlichkeit anzunehmen; während sich unter den vielen Stellen nicht eine einzige gefunden hat, die etwa eine Bestimmung des Juristenrechts oder des *ius gentium* als *ius publicum* bezeichnet hätte. Wie für das Juristenrecht *ius civile*,

¹⁷⁾ Vergl. auch den ganzen Titel C. Th. 15, 14; ferner *Capitolini Macrinus* 13 (angeführt bei Hänel, *Corpus legum* S. 156 am Ende).

so ist daher für das staatlich gesetzte Recht *ius publicum* der technische Ausdruck gewesen.

Es ist gewiss kein Zufall, dass die Römer in den zahllosen Stellen, wo vom *receptum est, constitutum est iure civili*, von *iuris civilis ratio* oder *argumentum* die Rede ist, immer nur Juristenrecht, nie aber ein vom Staate ausgehendes Recht im Sinne haben. Ebenso wenig kann es aber Zufall sein, dass sie, wo sie von *ius publicum* sprechen, immer Satzungen des staatlichen Rechts meinen, dass beispielsweise das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten an zehn Stellen dem *ius civile*, nicht ein einziges Mal aber dem *ius publicum*, dagegen das Recht der *excusationes* viermal, das Recht des Erlasses der *cautio legatorum servandorum* zweimal dem *ius publicum*, nie dem *ius civile* beigezählt wird. Wenn ein Jurist, der die Ausdrücke so sorgfältig abwägt wie Papinian, vom *onus cautionis* sagt: *quod adversus invitum hodie iure publico sequi non potest*, so geschieht das jedenfalls auch nicht von ungefähr; *hodie iure publico* kann nur eine bestimmte, technische Bedeutung haben und wir wissen, dass es sich auf die *constitutio divi Marci* bezieht, die den Erlass der *cautio legatorum servandorum* gestattete (D. 35, 1, 77, 3). Ebenso technisch klingt es, wenn die *lex Falcidia* bestimmt, *quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet* oder wenn Julian von *ius publicum remittere* spricht. Nicht bloss bei den hier angeführten, fast bei allen Digestenstellen, die besser erhalten sind, auch bei den meisten Kodexstellen hat man die deutliche Empfindung, dass mit *ius publicum* die Bestimmung des staatlichen Rechts, von der gerade die Rede ist, als solche hat bezeichnet werden sollen.

Wir sind über die treibenden Kräfte der römischen Theorie der Rechtsquellen viel zu wenig unterrichtet, um die Sache erschöpfend würdigen zu können. Dass das *ius publicum* nicht auf einmal die Bedeutung erhielt, die ihm die klassischen Juristen beilegen, ist ja im vorhinein klar. In der republikanischen Zeit dürfte *ius publicum* wohl nur die *lex publica* gewesen sein: anfänglich vielleicht sogar — Zeuge die Ausdrucksweise der *l. Falcidia* — nur das Zwölftafelrecht. Ob man schon in der republikanischen Zeit dazu gelangt ist, die *Senatusconsulta* als *ius publicum* zu bezeichnen, mag dahin gestellt

bleiben. Ciceros bereits (S. 160, 174) hervorgehobenen Aeusserungen in der *partitio oratoria* (129, 130) und in der Rede *de harusp. resp.* (14, 16) sprechen entschieden dafür, dass es zum mindesten an Bestrebungen, die darauf gerichtet waren, nicht gefehlt hat. Sie gingen wohl von der Optimatenpartei aus, die so vielleicht äusserlich die Gleichstellung von *lex* und *senatusconsultum* zu erschleichen hoffte. Seit wann auch das prätorische Edikt dem *ius publicum* beigezählt wurde, lässt sich selbstverständlich ebenso wenig feststellen. Die Stellen, in denen es als *ius publicum* bezeichnet wird, sind alle nachhadrianisch, Sextus Pedius zählt es unter den *causae publicae nuntiationis*, vielleicht zufällig, nicht auf. Jedenfalls hat aber seit Hadrian jeder Grund aufgehört, es anders zu behandeln, als die *Senatusconsulte*.

Es genügt aber wohl, die Theorie der *iudicia publica* etwa mit der als Lehre des Sextus Pedius überlieferten Theorie der *causae nuntiationis* zu vergleichen, um den Schluss für gestattet zu halten, dass inzwischen manches vorgefallen sein wird. Die Theorie der *iudicia publica* ist von republikanischen oder doch von Juristen geschaffen worden, in denen noch der republikanische Geist nicht ganz erstorben ist: sie hält an dem Grundsatz, dass *ius publicum* nur durch eine *lex* entstehen könne, mit einer Starrheit fest, die der Fortbildung des Strafrechts, nachdem die Komitien abgestorben waren, fast nur noch Schleichwege frei lässt. Aber schon Sextus Pedius mag sich nicht gescheut haben *lex*, *senatusconsultum* und *constitutio* als Quelle des *ius publicum* einander gleichzustellen. Bei den klassischen Juristen und vollends in den Konstitutionen, zumal den diocletianischen, kommt der Ausdruck *ius publicum* für Konstitutionenrecht häufiger, gewissermassen als technischer vor, sie nennen das Kaiserrecht manchmal mit einer ganz unverkennbaren Absichtlichkeit *ius publicum*.

Bezeichnend ist auch der Inhalt der Bestimmungen, die *ius publicum* genannt werden. Beim *edictum* unterschieden die Römer bekanntlich zwischen den materiellrechtlichen Neuerungen des Prätors (*supplendi vel corrigendi veteris iuris gratia*) und der blossen Einführung neuer Rechtsmittel (*adiuvandi veteris iuris gratia*); die Edikte, die in den Quellen zum *ius publicum* gezählt werden, sind aber in ganz hervor-

ragendem Sinne materiellrechtliche prätorische Neuerungen: das *edictum Rutilianum*, die *actio funeraria*, *actio Pauliana*, die *in integrum restitutio*. Noch auffallender ist dieses beim Konstitutionenrecht. Mommsen hat bewiesen, dass die römischen Juristen nirgends den Kaisern in unzweideutiger Weise die gesetzgebende Gewalt zuschreiben: nur die Auslegung der Gesetze sei ihnen allgemein zugestanden worden. Nun zählt aber schon Sextus Pedius die *constitutiones* unter den *causae publicae operis novi nuntiationis* auf, und in allen Fällen, in denen die Juristen der severischen Zeit und zahlreiche Konstitutionen seit Marcus das Konstitutionenrecht *ius publicum* nennen, handelt es sich nicht etwa um blosser Auslegung oder Entscheidung nach geltendem Recht, sondern es sind immer offenbar Neuerungen des Kaiserrechts in Frage: die *excusationes* der Vormünder, der Erlass der *cautio legatorum servandorum*, die Verpflichtung zu den *munera civilia*, die Testamentsfähigkeit des *filius familias miles*, die *epistula divi Hadriani*, die Beschränkungen des Vorkaufsrechts des Pfandgläubigers, der Verfall geschmuggelter Gegenstände, die kaiserlichen Bauvorschriften, das *edictum divi Marci*, die Appellationsfristen, wohl auch die Beschränkungen der *pacta dotalia*. Dabei wird aber der Ausdruck *ius publicum* von diesem Konstitutionenrecht, wie schon bemerkt worden ist, so häufig und so aufdringlich gebraucht, dass man in der That allen Anlass hat, eine Absicht dahinter zu vermuten: eine gegen die Zweifler und Bestreiter gerichtete Tendenz, das Konstitutionenrecht durch diese Benennung nachdrücklichst der *lex publica* gleichzustellen, das kaiserliche Gesetzgebungsrecht zu bejahen. Es ist daher leicht erklärlich, warum gerade die kaiserliche Neuerungen enthaltenden Konstitutionen *ius publicum* heissen. Diese Annahme wäre quellenmässig bescheinigt, wenn es sich erweisen liesse, dass in der *C. Th.* 1, 2, 2: *contra ius rescripta non valeant . . . quod enim publica iura praescribunt magis sequi iudices debeant*, das *publica iura* die kaiserlichen *edicta* bedeuten. Konstantin, der mit klassischen Strömungen immerhin noch Fühlung behielt, würde hier den Ausdruck *ius publicum* gefissentlich auf die Konstitutionen eingeschränkt haben, die von nun an nach der Absicht des Kaisers Gesetzeskraft haben sollten. Wie die Rede *p. Caecina*

ferne Kunde bringt von den verschollenen Kämpfen, die das römische *ius civile*, das Juristenrecht, zu bestehen hatte, bis seine Geltung von Augustus durch Regelung des *ius respondendi* festgelegt worden ist, so gestattet hier die Terminologie des *ius publicum* einen kargen Einblick in die innere Geschichte des kaiserlichen Gesetzgebungsrechts.

Vielleicht hat sich eine Spur dieser Entwicklung noch an anderer Stelle erhalten:

Sueton, *Tiber.* 50:

Sed et peculio concesso a patre, prebitisque annuis fraudavit, per speciem publici iuris, quod nihil de his Augustus testamento cavisset.

Schon Tiberius versuchte also das Testament des Augustus als *ius publicum* hinzustellen.

In welchem Verhältnisse stehen die beiden Bedeutungen des *ius publicum*, Staatsrecht und staatliches Recht, zu einander? Dass sie einen gemeinsamen Ursprung hatten, der wohl in die Zeit zurückreicht, wo die zwölf Tafeln und vielleicht auch andere für das Verfassungsrecht grundlegenden Satzungen, etwa die *leges de provocatione*, *leges sacrae*, im Gegensatz zu dem nichtstaatlichen Rechte und den Komitialschlüssen ohne Gesetzescharakter, den Wahlen, Urteilen, Beschlüssen über Krieg und Frieden, nicht bloss *ius publicum*, sondern auch *fons omnis publici iuris* waren, ist jedenfalls sehr wahrscheinlich. Ob sich die Römer aber je dessen bewusst geworden sind, dass nicht bloss eine Verschiedenheit der Bedeutungen, sondern auch eine Scheidung der Begriffe eingetreten ist, das ist eine Frage, die nicht leicht zu beantworten ist. Es gibt kaum einen Rechtsbegriff, der in Rom nicht mehr oder weniger geschillert hätte, und doch werden die Bezeichnungen von den römischen Juristen mit der grössten Unbefangenheit verwendet, je nach Bedarf in der einen oder der anderen Bedeutung und ohne dass man feststellen könnte, dass sie sich darüber im klaren wären, dass hier eine Spaltung oder eine Entwicklung des Begriffes vorliegt. Wie sehr schillert das *ius civile*; aber es gibt nur etwa zwei, höchstens drei Stellen (*D.* 1, 2, 2, 5; Dositheus 1, 2 vergl. auch *D.* 1, 1, 11), aus denen entnommen werden könnte, dass die Römer sich darüber wenigstens zeit-

weilig irgend welche Gedanken gemacht haben; im übrigen thun sie immer so, als ob die Bedeutung, in der sie den Ausdruck *ius civile* gerade gebrauchen, die einzige wäre.

Ueberwiegende Gründe sprechen aber dafür, dass den Römern der Begriff des *ius publicum* als ein einheitlicher erschien, und dass sie darunter in erster Linie Staatsrecht verstanden haben. Diese Bedeutung hat der Ausdruck überall, wo sich wenigstens Ansätze zu einer Begriffsbestimmung finden,¹⁸⁾ wenn auch in der Verwendung des Ausdruckes die andere Bedeutung überwiegt. Dass dieser Staatsrechtsbegriff nicht etwa ein so genau umschriebener war, wie der moderne, ist wohl zweifellos, und so mögen sie dazu zunächst die zwölf Tafeln, dann alles Recht gezählt haben, das der Staat als seine Daseinsbedingung so sehr behandelt, dass er es gesetzlich festlegt: überdies mögen, wie bereits ausgeführt worden ist, politische Strebungen und staatsrechtliche Fragen hier auch eine Rolle gespielt haben. Das tritt in der Begriffsbestimmung des Ulpian besonders stark hervor.¹⁹⁾ *Ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat . . . ius publicum in sacris, sacerdotibus in magistratibus consistit:* Hier überall ist *ius publicum* Staatsrecht, genauer Behördenrecht; ihm wird aber nicht das Recht entgegengesetzt, das nicht Staatsrecht ist, sondern das Recht *quod ad privatorum utilitatem spectat: sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim*. Dieses *ius privatum* ist aber das *ius collectum ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*, also nicht das Nichtstaatsrecht, sondern das nichtstaatliche Recht.

Für diese Entwicklung des Begriffs ganz besonders bezeichnend ist die Ausführung:

Cicero, *De rep.* I, 23:

. . . nihil enim dicitur a philosophis, quod quidem recte honesteque dicatur, quod non ab iis partum confirmatumque sit, a quibus civitatibus iura descripta sunt. Unde enim pietas aut a quibus religio? unde ius aut gentium aut hoc ipsum civile quod dicitur? unde iustitia fides aequitas? . . . Nempe ab iis, qui haec disciplinae informata alia moribus confirmarunt san-

¹⁸⁾ *D.* 1, 1, 1, 2. Plinius, *Epist.* 8, 14. Cicero, *De orat.* 1, 201.

¹⁹⁾ Vergl. Pernice, *Z. Sav.St.* 19 S. 140 A. 1.

erunt autem alia legibus. Quin etiam Xenocraten ferunt, nobilem in primis philosophum, cum quaeretur ex eo, quid adsequerentur eius discipuli, respondisse, ut id sua sponte facerent, quod cogere facere legibus. Ergo ille civis, qui id cogit omnis imperio legumque poena, quod vix paucis persuadere oratione philosophi possunt, etiam iis qui illa disputant, ipsis est praeferendus doctoribus: quae est enim istorum oratio tam exquisita, quae sit anteposenda bene constitutae civitati publico iure et moribus?

Hier fließt *ius publicum* in seinen beiden Bedeutungen offenbar so sehr ineinander, dass es kaum möglich ist, festzustellen, wovon die Rede ist, und man annehmen darf, Cicero habe sie selber nicht auseinandergehalten.

Dieselbe Erscheinung tritt uns an einer anderen Stelle entgegen, wo der Ausdruck in beiden Bedeutungen unmittelbar nacheinander gebraucht wird:

Cicero, *De domo sua* 33:

Nego potuisse iure publico, legibus eis quibus haec civitas utitur, quemquam civem ulla eius modi calamitate adfici sine iudicio: hoc iuris in hac civitate etiam tum, cum reges essent, dico fuisse; hoc nobis esse a maioribus traditum; hoc esse denique proprium liberae civitatis ut nihil de capite civis aut de bonis sine iudicio senatus aut populi aut eorum, qui de quaque re constituti iudices sint, detrahi possit. Videsne me radicibus evellere omnes actiones tuas atque illud agere quod apertum est, te omnino nihil gessisse iure, non fuisse tribunum plebis, hodie esse patricium? dico apud pontifices; augures adsunt; versor in medio iure publico.

Unter *ius publicum* versteht Cicero zunächst die *leges*, dann das ganze Recht, das die Grundlage der republikanischen Freiheit bildet, endlich das Recht, auf Grund dessen er dem Clodius die Eignung zum Volkstribun bestreitet, das mit sakralen Bestandteilen versetzte öffentliche Gewohnheitsrecht. Dass es sich dabei um verschiedene Dinge handelt, tritt gar nicht hervor; scheint ihm gar nicht zum Bewusstsein gekommen zu sein. Diese Stelle ist vielleicht der Schlüssel zum Verständnis der ganzen Bedeutungsentwicklung.

XIV.

Ius publicum privatorum pactis mutari non potest.

Die heute herrschende Lehre verwendet zur Begriffsbestimmung des *ius publicum* häufig den in den Quellen in verschiedenen Wendungen vorkommenden Satz *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. Dem gegenüber mag zunächst hervorgehoben werden, dass der Satz selbst in der Justinianischen Uebersetzung nicht als Begriffsbestimmung des *ius publicum* auftritt; es ist damit nicht gesagt, *ius publicum* sei das zwingende Recht, sondern *ius publicum* sei zwingendes Recht. Schon nach seinem Wortlaute handelt es sich nicht um ein Merkmal, sondern nur um die Bestimmung einer Eigenschaft des *ius publicum*. Es kann nicht Aufgabe dieser Schrift sein, die dogmatische Bedeutung des Satzes, zumal im Justinianischen oder gar gemeinen Rechte festzustellen; seine Bedeutung für die historische Untersuchung hat sich aus den bisherigen Erörterungen ergeben. Wo der ursprüngliche Sinn irgendwie zu ersehen war, war unter *ius publicum* das staatliche Recht, die *leges, senatusconsulta edicta, constitutiones* zu verstehen;¹⁾ andererseits fehlte es nicht an Beispielen nichtzwingenden oder erlaubenden *ius publicum*.²⁾

Insofern in den Quellen der Zusammenhang, in dem sie den hier in Rede stehenden Satz aussprechen, ersichtlich ist, lautet er keineswegs allgemein, sondern fasst immer nur einen besonderen Fall ins Auge: *nemo ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus* (D. 26, 7, 5, 7) *conventionem duumvirorum ius publicum mutari non potest*, (D. 27, 8, 1, 9) *iuri publico derogari non potuit qui fideicommissariam libertatem dedit*. (D. 38, 1, 42) *quia pacto hoc publicum ius infringi non possit*. Was dagegen die allgemein lautenden Stellen betrifft, so ist eine eingehende Würdigung deswegen sehr schwierig, weil

¹⁾ D. 2, 14, 38; 11, 20, *pr.*; 26, 7, 5, 7; 27, 8, 19; C. 6, 23, 13. *Cons.* 4, 3 = Paul., *Sent.* 1, 1, 6.

²⁾ D. 26, 1, 8; 26, 2, 29; 27, 1, 30, 3; 27, 1, 36, 1; 35, 1, 77, 3; 36, 3, 12; C. 10, 44, 2 (*ius publicum relaxaverit!*).

bei keiner einzigen der Zusammenhang, in dem sie ursprünglich gestanden ist, festgestellt werden kann. *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (D. 2, 14, 38) klingt an sich wie eine Paraphrase des prätorischen Edikts:

(D. 2, 14, 7, 7 (Ulpianus, libro quarto ad edictum):

Pacta conventa quae neque dolo malo neque adversus leges, plebis scita, senatusconsulta, edicta (decreta) principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo;

doch ist es keineswegs wahrscheinlich, dass die Stelle sich ursprünglich auf das Edikt bezogen habe oder dieselbe allgemeine Bedeutung gehabt habe, wie das Edikt. Sie bezog sich vielleicht nur auf den gerade in Rede stehenden Fall eines *pactum* der Municipalmagistrate über die Haftung aus der Obervormundschaft. Die zwei anderen allgemein lautenden Stellen haben nicht *pactum* sondern *conventio: privatorum conventio iuri publico non derogat* (D. 50, 17, 45, 1) *privata conventio iuri publico nihil derogat* (Cons. 4, 3). *Conventio* ist ein weiterer, alle obligatorischen Vereinbarungen, *pacta* und *contractus*, umfassender Ausdruck:³⁾ aber auch hier ist es sehr wahrscheinlich, dass der Satz sich nur auf den besonderen Fall bezog, der gerade in Rede stand. Die Codexstelle *non iurisdictionis mutare formam vel iuri publico derogare cuiquam permessa est* (C. 6, 23, 137), ist vollends ganz rätselhaft.

Diese Beobachtung wird durch eine andere ergänzt: ähnliche Wendungen, durch die gewisse Rechtsgebiete als den Eingriffen der Privaten entrückt hingestellt werden, kommen nämlich in den Quellen ausserordentlich häufig vor:

D. 2, 14, 7, 14 (Ulpianus, l. quarto ad edictum):

Si paciscar ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re praetoris imperium versetur: Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica non liceat: quae distinctio vera est. Et in caeteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesio-

³⁾ Pernice, Z. Sav.St. 9 S. 198ff.

nem, sed ad rem familiarem respiciunt pacisci licet: nam et de furto pacisci lex permittit.

D. 2, 14, 27, 4 (Paulus, l. tertio ad edictum):

Et in summa, si pactum conventum a re privata remotum sit, non est servandum.

D. 2, 14, 42 (Papinianus, l. septimo decimo responsorum):

Inter debitrem et ereditorem convenerat, ut creditor onus tributi praedii pignerati non agnosceret, sed eius solvendi necessitas debitorem spectaret. Talem conventionem, quantum ad fisci rationem, non esse servandam respondi, pactis enim privatorum formam iuris fiscalis convelli non posse.

D. 2, 15, 3, pr. (Scaevola, l. primo digestorum):

Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: privatis pactionibus non dubium est non laedi ius caeterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legataris actiones suae ademptae.

D. 23, 4, 5, pr. (Paulus, libro septimo ad Sabinum):

Illud convenire non potest ne de moribus agatur vel plus vel minus exigatur, [retineatur L.] ne publica coercitio privata pactione tollatur. Ac ne illa quidem pacta servanda sunt ne ob res donatas vel amotas ageretur [retineretur], quia altero pacto ad furandum mulieres invitantur, altero ius civile impugnatur.

D. 35, 2, 15, 1 (Papinianus, l. tertia decimo responsorum):

Frater cum heredem sororem scriberet, alium, ab ea cui donatum volebat stipulari curavit, ne Falcidia uteretur, et ut certam pecuniam, si contra fecisset, praestaret. Privatorum cautione legibus non esse refragandum constitit et ideo sororem iure publico retentionem habituram et actionem ex stipulatu denegandam.

D. 39, 1, 1, 10 (Ulpianus, libro quinquagesimo secundo ad edictum):

Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo (XII L.) digestorum si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio? et ait Celsus dandam nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui praetoris ante posita videatur, quid enim aliud agebat praetor quam hoc ut controversias eorum redimeret . . .

D. 47, 22, 4 (Gaius, libro quarto ad l. duodecim tabularum):
*Sodales sunt qui eiusdem collegii sunt: quam graeci ἐταίριαν
 vocant. His autem potestatem facit lex pactionem sibi quam velint
 sibi ferre dum ne quid ex publica lege corrumpant. Sed
 haec lex videtur ex lege Solonis translata esse.*

D. 50, 8, 2, 8; (Ulpianus, l. tertio opinionum):

*Ius rei publicae pacto mutari non potest quo
 minus magistratus collegae quoque nomine conveniantur in his
 speciebus, in quibus id fieri iure permissum est.*

D. 50, 17, 27 (Pomponius, l. sexto decimo ad Sabinum):

*Nec ex praetorio nec ex solenni (civilis?)⁴⁾ iure
 privatorum conventionem quicquam immutandum est,
 quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure
 et per pacti conventi exceptionem: quia actionum modus vel
 lege vel per praetorem introductus privatorum pactionibus
 non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio
 inter eos convenit.*

C. 2, 58, 2, 4 (Imp. Justinianus 531):

*... sancimus omnes iudices, licet ex compromisso cognoscant,
 vigorem suum exercentes, quia non pro commodo privatorum
 sed pro communi utilitate praesentem legem posui-
 mus, minime pati tale sacramentum remitti, sed omni-
 modo hoc et ab actore et a fugiente exigi*

Novella, 22, 33 (536).

*Si autem in dote aut in sponsalicia largitate rerum usus-
 fructus detur, nihil penitus innovamus, sed dudum sancita teneant,
 et maneat apud accipientes donec vivunt, licet decies millies
 contrarium aliquid velint morientes. Quod enim ex
 lege datum est lucrum, privatus auferre modis om-
 nibus non valebit.*

Diese Beispiele liessen sich wohl vermehren, sie reichen
 aber jedenfalls hin, um festzustellen, dass wir es hier überall
 mit Versuchen zu thun haben, die zwingende Kraft eines
 Rechtssatzes aus einem allgemeinen Grundsatz abzuleiten. Da-
 bei hat jedenfalls das *ius publicum* am öftesten erhalten
 müssen: das erklärt sich vielleicht zur Genüge damit, dass

⁴⁾ Wlassak, R. P.G. I, 122.

das *ius publicum*: die *leges, senatusconsulta* und *constitutiones*, soweit
 sie wirkliches neues Kaiserrecht enthielten, in der That regel-
 mässig zwingend waren; dass dagegen Auslegungsregeln, er-
 ergänzendes und nachgiebiges Recht, das eigentliche Gebiet des
ius civile war. Vielleicht war aber sogar der angebliche Zwölf-
 tafelsatz von Einfluss: *dum ne quid ex publica lege corrumpant*;
 denn daran klingt die Wendung an: *privatorum cautione legibus
 non est refragandum*. Das *edictum* scheint aber Schwierigkeiten
 bereitet zu haben, daher gibt es hier Einschränkungen und
 Verwahrungen; Celsus meint: *nec esse periculum ne pactione priva-
 torum iussui praetoris anteposita videatur, quid enim aliud agebat
 praetor quam hoc ut controversias eorum redimeret*, — Pomponius, in
 einer freilich sehr verdächtigen Stelle: *nec ex praetorio nec
 ex solenni iure privatorum conventionem quicquam commutandum est,
 actionum modus vel lege vel per praetorem introductus privatorum
 pactionibus non infirmatur*. Der allgemeinen Regel hat hier
 Labeo eine viel vorsichtigeren Fassung gegeben: *in . . . om-
 nibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad
 publicam laesionem sed ad rem familiarem respiciunt pacisci licet*.
 Das klingt vielleicht noch in dem Paulinischen nach: *si pac-
 tum conventum a re familiari remotum sit non est servandum*.
 Doch kommt es für all das für die hier behandelte Frage
 nicht an; entscheidend ist doch nur, dass auch hier
ius publicum immer das staatliche, gesetzte Recht
 bedeutet.

XV.

Ius publicum, ius privatum und ius civile.

Es wurde bereits hervorgehoben, dass Cicero *ius publicum*
 und *ius civile* vielfach als Gegensätze behandelt. Daneben
 findet sich bei ihm aber mehrmals der Gegensatz des *ius
 publicum* und *ius privatum*. Auch Livius setzt *ius publicum*
 und *ius privatum* einander entgegen, noch häufiger findet
 sich dieser Gegensatz bei den Schriftstellern der Kaiser-
 zeit. Auffallend ist es aber hierbei, dass *ius privatum* selten,
 ja fast nie absolut vorkommt: während die Römer sehr häufig
 vom *ius publicum* oder *ius civile* sprechen, ohne ihm etwas ent-



gegenzusetzen, ist bei *ius privatum* wohl immer *ius publicum* zum mindesten als Gegensatz gedacht (wie Cicero in *Qu. Caecil.* 18). Das legt doch jedenfalls den Gedanken nahe, dass das *ius privatum* ein viel künstlicheres Gebilde ist als *ius publicum* und *ius civile*, vielleicht überhaupt nur durch das Bedürfnis entstanden, vom *ius publicum* zu dem logisch konträren Begriff zu gelangen.

Was ist nun *ius privatum*? In dieser Beziehung geben die Quellen nur sehr karge Aufschlüsse. Aus der bereits angeführten Stelle in der Rede Cicero in *Qu. Caecilium* ergibt sich, dass *ius privatum* das Recht der *delicta privata* umfasste, aus der Theorie der *causae* der *operis novi nuntiatio*, dass das Eigentum und die Dienstbarkeiten zum *ius privatum* gezählt wurden. Andererseits ist es wohl zweifellos, dass *ius privatum* und *ius civile* in einem näheren Zusammenhange stehen:

Cicero, *Brutus* 214:

... non publicum ius non privatum et civile cognoverat...

Cicero, *De leg.* III, 8:

Iuris disceptator, qui privata iudicet, iudicari iubeat, praetor esto: is iuris civilis custos esto.

Damit ist zu vergleichen:

D. 1, 2, 2, 6 (Pomponius, b. singulari enchiridii):

pontifex . . . qui praesesset privatis . . .

Aus dem Zusammenhange ergibt sich, dass diesem *pontifex* die Pflege des *ius civile* oblag.

Dazu kommt noch eine Reihe anderer Erwägungen. Bekanntlich wird der Jurist von den Römern in der Regel *iuris civilis peritus* genannt. Daneben findet sich häufig *iuris publici et privati peritus, peritissimus*¹⁾ und hier und da *iuris publici peritus* (und ähnliche):

Cicero, *Brutus* 267, 269,

... cum auguralis tum omnis publici iuris antiquitatis nostrae bene peritus . . .

¹⁾ Das kommt auch einmal inschriftlich vor C.J.L. XIV, 2916 (angeführt bei Hitzig, Assessoren S. 208.) Merkwürdig ist es, dass sich in Hitzigs sehr sorgfältiger Zusammenstellung sonst nur die einfache Bezeichnung findet: *iuris (iure) peritus, iuris peritissimus, iuris consultus* (einmal: *legum peritissimus*).

... iuris publici leges atque instituta bene cognoverat . . .

Cicero, *P. Balbo* 34:

... sapientes homines et publici iuris periti, Gaditani . . .

Livius XLI, 18:

... periti religionum iurisque publici . . .

Dagegen findet sich nirgends *iuris privati peritus*, offenbar deswegen, weil man anstatt dessen *iuris civilis peritus* sagte. *Iuris publici peritus* und *iuris civilis peritus* waren daher jedenfalls verschiedene Berufe: der eine befasste sich mit *ius publicum*, der andere mit *ius privatum*; *iuris publici et privati peritus* befasste sich mit beiden.

Auf den Zusammenhang zwischen *ius civile* und *iudicia privata* wurde bereits hingewiesen. Ob *iudicia privata* wirklich je *ius civile* hiessen, mag hier dahingestellt bleiben: dass *ius civile* das Recht war, das in den *iudicia privata* in Anwendung kam, dürfte jedenfalls zweifellos sein, denn Cicero schon teilt die Rechtsangelegenheiten in *causae publicae* und *causae privatae* ein, je nachdem sie vor die *iudicia publica* oder *iudicia privata* kommen, und setzt überall voraus das *ius civile* sei der *causae privatae* wegen da:

Cicero, *Brutus* 311:

Tum primum nos ad causas et privatas et publicas adire caepimus non ut in foro disceremus . . . sed ut quantum nos efficere potuissemus docti in forum veniremus . . . Itaque prima causa publica pro Sex. Roscio dicta . . .

Cicero, *De partil. orat.* 100:

... quarum causarum genus positum est in iure civili, quod est in privatarum rerum lege aut more positum . . .

Cicero, *De orat.* I, 201.

... nam ut in rerum privatarum causis atque iudiciis depromenda saepe oratio est ex iure civili . . .

Am auffallendsten tritt aber der Zusammenhang zwischen *ius civile* und *ius privatum* hervor im Immobilienrechte. Der im freien Eigentume stehende Grund und Boden heisst bekanntlich *ager privatus* unter Umständen *ager iuris privati*:

Hyginus, *Grom.* 197:

Excepti sunt fundi bene meritorum, ut in totum privati iuris essent . . .

Daran klingen an die *agri iuris privati* in den späteren Konstitutionen.²⁾ Es wird aber schon von Cicero das *ius civile* als das Recht dieser *agri* bezeichnet:

Cic., *De lege agr.* III, 11:

Hoc tribunus plebis promulgare ausus est, ut quod quisque post Marium et Carbonem consules possideret, ideo iure teneret, quo quod optimo privatum est? Etiamne si vi deiecit? etiamne si clam, precario venit in possessionem? Ergo hac lege ius civile, causae possessionum, praetorum interdicta tollentur?

Cicero, *P. Flacco* 50:

Illud quaero, sintne ista praedia censui censendo, habent ius civile, sini necne sint mancipi, subsignari apud aerarium aut apud censorem possint? ³⁾

Nun scheinen die *agri privati* einmal auch *agri iuris civilis* genannt worden zu sein. Das geschieht allerdings nur in einer Konstitution der letzten Kaiserzeit, und es ist nicht ausgeschlossen, dass der Ausdruck hier die Zugehörigkeit zum städtischen Gut bedeutet: man wird aber mit Rücksicht auf die angeführten Cicerostellen, den Fortbestand eines derartigen Sprachgebrauchs zugeben und als möglich annehmen dürfen, dass nur zufällig diese Bezeichnung aus einer früheren Zeit nicht überliefert ist:

C. 11, 70, 5, pr.; 1 (Impp. Valentin. et Marcian. 451):

Si qui ex titulo donationis vel ex emptione sive ex alio quolibet titulo possessiones vel domus vel ergasteria iuris dumtaxat civilis quae huius iuris esse vere probantur . . . Si quae tamen possessiones iuris civilis canonem privatis largitionibus in praesenti praebent . . .

Vgl. immerhin auch: *C. Nov. Theod.* II, 17, 2, 5:

Pari forma res etiam civiles (städtische?) et ad ius publicum pertinentes ab omni petitione muniendas esse censemus . . .

²⁾ *C. 2, 23, pr.; 11, 59, 2; 7; 9; 11, 62, 9; 10; C. Th. 5, 13, 17; 19; 30; 34; 11, 1, 4; 11, 20, 6, pr.; 14, 33, pr.; Nov. Theod. II, 2, 5, 2, 1; Nov. Valent. III, 26, 5; Nov. Mart. 3, 1, pr.; vgl. Mitteis, Gesch. d. Erbp. S. 39.*

³⁾ Vergl. hierzu Weber, Röm. Agrargesch. S. 99 ff.

Dieser überall zu Tage tretende Zusammenhang des *ius civile* und *ius privatum* berechtigt wohl der Aeusserung Ulpians eine erhöhte Bedeutung beizulegen:

D. 1, 1, 1, 2 (Ulpianus, l. primo institutionum):

. . . Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

Darnach ist *ius privatum* im wesentlichen *ius civile*, nur gehören zum *ius privatum* ausser dem *ius civile* (im engsten Sinne) noch das *ius gentium* und das *ius naturale*, — *ius gentium* und *ius naturale* selbstverständlich, insofern sie in das *ius civile* aufgenommen und dadurch ein in Rom auf römische Bürger anwendbares Recht geworden sind, aber, zum mindesten seit Hadrian, vom *ius civile* im engsten Sinne unterschieden werden. Wie bereits ausgeführt worden ist, hat *ius civile* im technischen Sinne, in dem es von Ulpian an dieser Stelle jedenfalls gemeint ist, das staatlich gesetzte Recht nie mitumfasst; dasselbe gilt jedenfalls vom *ius naturale*. Aber auch *ius gentium* hat das positive gesetzte Recht nicht umfasst, weder das der Römer, noch das der anderen Völker, da es nie etwas anderes war als „das Recht, das die mittelländische Völkerfamilie unter sich als gemeinsam anerkennt“. Das darf jetzt wohl als allgemein anerkannt bezeichnet werden:⁴⁾ die wichtigsten Belege sind von Wlassak zusammengestellt worden. *Ius privatum tripartitum* besteht also ausschliesslich aus den *praecepta* des ausserstaatlichen Rechts.

Ist dies richtig, umfasst bei Ulpian *ius publicum* in der That nicht nur das Staatsrecht, sondern auch die *leges, senatus-consulta, constitutiones* und das *edictum, ius privatum* nur das Juristenrecht, *ius civile, ius gentium* und *ius naturale*, dann löst sich der Gegensatz des *ius publicum* und *ius privatum* in den Gegensatz des vom Staate ausgehenden und des ausserstaatlichen Rechts auf. Das wird auch sonst in der Ueberlieferung zum Ausdrucke gebracht:

Cicero, *De re publ.* I, 1:

. . . quae est enim istorum oratio tam exquisita, quae sit anteponenda bene constitutae civitati publico iure et moribus.

⁴⁾ Wlassak, Röm. Pr.G. II S. 143 ff. Pernice; Z. Sav.St. XX S. 138.

Suetonius, *Augustus* 10:

Sed adversante conatibus suis M. Antonio consule, quem vel praecipuum adiutorem sperabat, ac ne publicum quidem et translaticium ius ulla in re sine pactione gravissimae mercedis impertiente ad optimates se contulit.

Cicero und Suetonius setzen also dem *ius publicum* nicht das *ius privatum*, sondern *mores* und *ius translaticium* entgegen. Der Schluss ist wohl gerechtfertigt, dass sie sie im wesentlichen mit dem *ius privatum* für gleichwertig halten. *Ius translaticium* (*mores*) als gleichbedeutend mit *ius privatum* und als Gegensatz des *ius publicum*, entspricht vollständig der hier vertretenen Auffassung beider Begriffe und stimmt auch mit der soeben vorgetragenen Auslegung der grundlegenden Ulpianstelle überein.

XVI.

Die nachrömische Entwicklung.

Die juristische Litteratur des Mittelalters folgt bei der Begriffsbestimmung des *ius civile* zunächst den im *Corpus iuris* enthaltenen Quellenstellen. Man hält sich entweder an einen bestimmten Quellenausspruch¹⁾ oder stellt die verschiedenen Bedeutungen, die der Ausdruck in den Quellen hat, mehr oder weniger sorgfältig zusammen.²⁾ Zweifellos wird der Ausdruck *ius civile* sowohl von der Glosse, als auch von den späteren italienischen Juristen in den verschiedensten quellenmässigen Bedeutungen verwendet: um den Gegensatz zum *ius gentium*³⁾ oder zum *ius honorarium*⁴⁾ auszudrücken, ja selbst im Sinne von Juristenrecht.⁵⁾

¹⁾ So die Köllner Institutionenglosse (Fitting, Die Institutionenglosse); *Brachylogus iuris civilis* ed. Böcking I, 1, 3.

²⁾ So *Libellus de verb. legalib.* (Fitting, Juristische Schriften S. 181), Glosse *ius autem civile est* zu fr. 1, 1, 7, pr. Bartolus zu 1, 1, 1, 9.

³⁾ Glosse *libertas* zu J. 1, 3, 1; Glosse zur Rubrik des Titels J. 2, 5; Glosse *odiosas* zu C. 5, 5, 3; Glosse *in rem* zu fr. 6, 1, 23, pr.; Azo, *Summa in sec. libr. Inst., in tit. de rer. div.*

⁴⁾ Glosse *etiam si* zu fr. 28, 6, 34, 2; *si creditor* zu fr. 48, 19, 17 *haec bonorum* zu fr. 38, 9, 1, pr. Baldus zu J. 2, 7, 22; C. 10, 14, 1.

⁵⁾ *Fragm. Pragense* (Fitting, Jur. Schriften S. 208), Azo, *Summa in tit. Dig. vet. de orig. iuris.*

Daneben erhält aber der Ausdruck *ius civile* schon bei den Italienern eine besondere, gewissermassen technische Bedeutung: *ius civile* ist jedes positive Recht, vorzüglich aber das Recht des *corpus iuris civilis* als Recht des römischen Reichs. Dieser Sprachgebrauch ist wohl schon in der frühmittelalterlichen Jurisprudenz nachweisbar,⁶⁾ er hängt also wahrscheinlich mit der Terminologie der Juristenschulen des weströmischen Reichs zusammen. Mit grosser Schärfe tritt er hervor in der

Glosse *ius civile* zu fr. 1, 1, 6, pr.:

Unde fere totum corpus iuris est ius civile, cum ibi vel in forma vel in materia iuri communi sit additum vel detractum;

in der Bulle *Super specula* (Zeitschr. f. Rechtsg. Bd. VIII S. 236.)

Sane licet sancta ecclesia legum secularium non respuat famulatum, . . . quia tamen in Francia et nonnullis provinciis laici Romanorum imperatorum legibus non utuntur, . . . firmiter interdicimus et districtius inhibemus, ne Parisiis vel in civitatibus vel aliis locis vicinis quisquam docere vel audire ius civile praesumat.

Als Gegensatz zum *ius civile* in diesem Sinne ist wohl zunächst das Recht anderer Völker und Staaten zu denken:

Glosse *sed ius* zu J. 1, 2, 2:

eodem modo iuris civilis appellatione ius civile Romanorum intellegitur.

Glosse *civitas nostrae* zu fr. 4, 1, 1, pr.:

(Iure civili id est iure proprio) civitatis nostrae] civitatis Romanae per excellentiam . . .

Vielleicht unter Umständen auch das Statutarrecht:

Baldus zu 1, 1, 1, 9:

Omnes populi possunt facere sibi statuta; et ubi cessat statutum habet locum ius civile.

Eine besondere Ausprägung erhält dieser Begriff des *ius civile*, als ihm als gleichwertiger Gegenstand der Lehre und

⁶⁾ Vergl. die Anführungen bei Fitting, Die Anfänge der Rechtsschule S. 20 ff.

der Rechtsanwendung das *ius canonicum* an die Seite tritt. Von nun an bildet das *ius canonicum* immer mehr den selbstverständlichen Gegensatz zum *ius civile*, das allerdings in der Regel in diesem Zusammenhange mit dem Ausdrucke *leges* bezeichnet wird. Vom Standpunkte der mittelalterlichen Auffassung aus steht das Recht der römischen Rechtsquellen, das Recht des *corpus iuris civilis*, als *leges* oder als *ius civile*, dem Recht der kirchlichen Rechtsquellen, dem *decretum*, den *decretales* und schliesslich dem ganzen *corpus iuris canonici* als dem *ius canonicum* gegenüber.⁷⁾ Pascipoverus, angeblich der erste *utriusque iuris professor*,⁸⁾ schreibt schon um die Mitte des XIII. Jahrhunderts eine *Concordia iuris canonici cum civili*.⁹⁾ In diesem Sinne fragt

Baldus zu C. 1, 2, 12:

an ius civile possit contrariari canonico necne?

Bei Alciat finden sich fast auf jeder Seite Stellen wie:

Bd. II S. 349, N. 125 (Ausgabe: Basel 1582):

sic est differentia inter ius canonicum et civile . . .

Bd. II S. 349 N. 126:

. . . et ubi agitur de attendendo promissis ius canonicum etiam magis obligat quam civile . . .

Bd. III S. 695 N. 77:

. . . quarto facit quia non debemus inducere differentiam inter ius civile et canonicum . . .

In voller Reinheit hat sich die mittelalterliche Terminologie in England bis auf den heutigen Tag erhalten. Im Englischen bedeutet *civil law* das Recht des *corpus iuris civilis*. Als solches wird es selbstverständlich mit dem römischen Recht (*roman law*) keineswegs verwechselt; ebensowenig mit dem Privatrecht (*private law*) oder mit dem gemeinen Recht, sei es in deutschem oder in englischem Sinne (*common law*).

Aehnlich war die Entwicklung der Terminologie des *ius publicum* und *ius privatum*. Auch hier schliessen sich die

⁷⁾ Schulte, Quellen S. 30.

⁸⁾ Vergl. Savigny, Geschichte. Das röm. R. im Mittelalter. Bd. IV S. 287.

⁹⁾ Rashdall, *Universities of Europe* I S. 137 A. 3 — anderwärts lautet die Aufschrift anders.

mittelalterlichen italienischen Juristen zunächst an die Quellen an. Die Vieldeutigkeit des Ausdrucks *ius publicum* in den Quellen ist ihnen aber ein wenig verhängnisvoll; und da es manchmal in unzweideutiger Weise als zwingendes Recht gekennzeichnet zu sein scheint, die Begriffsbestimmungen aber und der Inhalt anderer Stellen damit nicht übereinstimmt, so sind sie genötigt, mit Begriffsspaltungen zu arbeiten. Die Glosse unterscheidet zu fr. 2, 14, 38 zwischen *ius publicum utilitate* und *ius publicum auctoritate*, zum ersten zählt sie das Recht des Fiskus, zum zweiten jedes zwingende Recht; dann wird aber noch ein *ius publicum utilitate, privatum auctoritate* hervorgehoben, das verzichtbare Rechte gewähre. Die Fälle in denen *ius publicum* zwingend ist, werden in der Glosse *Antiqui* zu C. 6, 3, 29, aufgezählt. Noch schärfere Unterscheidungen macht Bartolus zu fr. 1, 1, 1, 2; 2, 14, 38, Alciatus zu fr. 2, 14, 38.

Aber auch hier scheint schliesslich eine bestimmte Bedeutung zu überwiegen. In einer ganzen Reihe von Zeugnissen tritt hervor, das unter den verschiedenen Bedeutungen des Ausdruckes *ius publicum* doch eine als die technische zu betrachten sei. So in der

Glosse *publicum* zu fr. 1, 1, 1, 2:

(Jus) publicum] ad statum conservandum ne pereat. Sed cum publicum ius in sacris et similibus consistat et hoc etiam in qualibet villa fiat, qualiter pertinet ad statum rei Romanae tantum? Dic quod villam quandolibet conservari et ibi talia fieri pertinet ad civitatem Romanam.

Azo, *Summa, in primum librum Institutionum*:

Est autem ius publicum quod ad statum rei Romanae pertinet. Et consistit in sacris, sacerdotibus et magistratibus . . . Interest enim rei publicae ut habeat ecclesias in quibus homines petant veniam suorum peccatorum . . . Expedi etiam rei publicae magistratus constitui . . . Expedi et esse sacerdotes . . . Ius autem privatum est, quod ad singulorum pertinet utilitatem. Subaudi principaliter secundo tamen ad rempublicam pertinet . . . Unde et dicitur, expedi rei publicae ne quis re sua male utatur.

Bartolus zu C. 1, 2, 23:

Respondeo, quod ius publicum potest accipi multis modis. Uno

modo illud, quod suam utilitatem affert omnibus modis in publico. Ita loquitur contrarium. Alio modo accipitur publicum scilicet Imperii. Alio modo publicum scilicet civitatis Romanae. Alio modo publicum scilicet cuiusque civitatis et municipii.

Baldus zu fr. 1, 1, 1, 2:

Quia omnis lex dicitur lex publica ita omnis legis praeceptum est ius publicum; at ius personarum et tunc aliud est ius publicum aliud privatum ut hic. Op. dicitur ius publicum quod pertinet ad statum Rei publicae Romanae et sic videtur quod si pertinet ad statum alterius civitatis, quod non sit publicum, cum ius publicum consistit in sacris sacerdotiis et magistratibus, et talia sunt in qualibet civitate.

Es ist nach all dem allerdings nicht anzunehmen, dass die italienischen Juristen des Mittelalters sich das *ius publicum* irgendwie als abgeschlossenes Rechtsgebiet vorgestellt hätten, etwa nach der Art des modernen Staatsrechts oder Verwaltungsrechts: derartige Gedankengänge, die bereits einigen Sinn für Systematik voraussetzen, dürfen überhaupt in jene Zeit nicht hineingetragen werden. *Ius publicum* war ihnen gewissermassen eine Eigenschaft der Rechtssätze, die in den verschiedensten Teilen des *corpus iuris* verstreut waren, und es fiel ihnen nicht ein, sie systematisch zusammenzustellen. Sie waren sich dessen bewusst, dass *ius publicum* in den Quellen verschiedene Bedeutungen habe, aber technisch gewissermassen bedeutet bei ihnen *ius publicum* wohl die Rechtssätze, die unmittelbar das Staatswesen betreffen, oder wenn es gestattet ist, ihren Gedanken in moderner Weise auszudrücken: die Rechtssätze, die wir heute dem Staatsrechte und dem Verwaltungsrechte beizählen würden. Daher waren die letzten vier Bücher des Kodex vorzüglich der Sitz des *ius publicum*. Ihre Auffassung spiegelt wohl am besten:

Glosse zu Rubrik C. 10, 1:

Occasione criminum, de quibus superiore libro dixit, augetur fiscus. Ideo de eius iure dicit, vel dicit de iure publico circa crimina: nunc circa bona fisco quaerenda et conservanda.

Das öffentliche Strafrecht, das im neunten Buch des Kodex behandelt worden ist, ist also deswegen *ius publicum*, weil die *crimina* dazu beitragen, den Fiskus zu mehren, offenbar mit

Rücksicht auf die Vermögensstrafen. Daran knüpfte sich das Recht des Fiskus als solchen, das im zehnten Buche dargestellt werde. Dazu bemerkt:

Bartolus zu Rubrik C. 10, 1:

Sed est differentia . . . quia in praecedenti libro ius publicum assumitur, scilicet quod communiter omnibus patet, quia omnes possunt de publico crimine accusare. Sed hic accipitur publicum quod ad publicam bursam pertinet.

Bartolus unterscheidet daher, im Gegensatze zur Glosse zwischen dem Rechte, das deswegen *ius publicum* ist, weil es jedem offen stehe, — das Recht der *crimina publica*, die jederman zum Gegenstande der Anklage machen könne, — und dem Rechte, das deswegen *ius publicum* sei, weil es den Fiskus mehre.

Derselbe Gedanke tritt selbstverständlich auch anderwärts vielfach hervor:

Baldus zu 1, 1, 3 n. 10:

Item ius civile¹⁰⁾ non potest eradicare ius naturale licet ius publicum¹¹⁾ potest velare . . . Et ideo prima opinio tenet a multis, quia non est licitum offendere eum, qui facit legis auctoritate, cum sit iniuste. Et huic videmus quod fur qui se defendit in maiorem indignationem incidit.

Das dem Beamten zustehende Recht ist *ius publicum*: das Recht sich gegen einen unrechtmässigen Eingriff zur Wehre zu setzen kommt dagegen, weil es auf dem *ius civile* beruht, nicht auf.

Dabei mag jedoch darauf nachdrücklichst hingewiesen werden, dass das *ius publicum* selbstverständlich insoweit und in dem Sinne als Bestandteil *ius civile* gilt, als das beim *ius privatum* der Fall war. Das sagt die

Glosse *tripertitum* zu fr. 1, 1, 1, 2:

Idem dico de publico, quod est triperite collectum¹²⁾ (d. i. ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus):

¹⁰⁾ Accusativus!

¹¹⁾ *ius naturale* und *ius publicum* ist Subjekt.

¹²⁾ Dazu wird in einem Scholion der Gothofredischen Ausgaben bemerkt: *Sed id falsum est, est enim ex solis civilibus praeceptis collectum.*

Baldus zu fr. 1, 1, 1, 2:

Et nota, quod ius civile, prout est genus, dividitur in duas partes principales s. publicum et privatum.

An die italienische Terminologie knüpft die deutsche unmittelbar an. An den juristischen Fakultäten der deutschen Universitäten wird anfangs bekanntlich nur römisches und kanonisches Recht, genauer über das *corpus iuris civilis* und das *corpus iuris canonici*, manchmal nur über das letzte gelesen; römisches Recht steht überhaupt bis ins 16. Jahrhundert im Hintergrunde. Das Recht des *corpus iuris civilis* heisst anfangs, wie in Italien, ganz allgemein *leges*, das kanonische Recht *canones*, oder nach dem Teile des *corpus iuris canonici*, der hauptsächlich Gegenstand der Lehre war, *decretales*. Diese Ausdrücke zeigen am besten, wie wenig man zwischen Recht und Kodifikation unterschied. In Deutschland wie in Italien gebraucht man anstatt dessen und als ihnen durchaus gleichwertig die Bezeichnungen *ius civile* und *ius canonicum*: *ius civile* war daher das Recht, das in den *leges*, *ius canonicum* das Recht, das im *corpus iuris canonici* enthalten war. Es möge gestattet sein, anstatt aller anderen Belege, auf die von Stintzing zusammengestellten Auszüge aus Stiftungsbullen und andern auf die deutschen Universitäten sich beziehenden Urkunden des 14. und 15. Jahrhunderts zu verweisen.¹³⁾ *Professor iuris civilis* ist der Professor des römischen Rechts¹⁴⁾ *doctor iuris civilis* bedeutet Doktor des römischen Rechts, *doctor iuris utriusque* Doktor des römischen und kanonischen Rechts.¹⁵⁾ Selbstverständlich ist unter römischem hier überall das Recht des *corpus iuris* zu verstehen. Am deutlichsten tritt das in der Reformation des Kurfürsten Otto Heinrich hervor:

Wiewol unsre alten und vorfahren in ihrer ordination und satzungen dise der iuristen fakultet in zwei theil, nemlich

¹³⁾ In Ulrich Zasius S. 325 ff. Vergl. auch Stintzing, Gesch. der populären Litteratur S. 7 ff.: *Rubricae iuris canonici et civilis*.

¹⁴⁾ Stintzing a. a. O.

¹⁵⁾ Stintzing a. a. O. Stölzel, Die Entwicklung des gelehrten Richtertums S. 79 ff.

das *canonicum* oder geistlich recht und das weltlich, *civile* genannt, unterschieden und getheilt . . .¹⁶⁾

Ebenso:

Kleinschmidt, *Tractatus de principiis et studio iuris* Marb. 1660; p. 213:

Ius civile capitur late, pro omni iure positivo, quo in imperio Romano utimur, . . . in specie ius civile dicitur quod Canonicum non est.

Es ist klar, dass diese Einteilung des Rechts in ein *ius civile* und *ius canonicum* bloss eine Einteilung des Stoffes und keine Systematik war. Sowohl der Civilist als auch der Kanonist durfte über alles lesen, was im *corpus iuris civilis* oder *corpus iuris canonici* behandelt wurde, da zum *ius civile* und *canonicum* eben alles gehörte, was in diesen Rechtsbüchern geregelt war. In diesem Sinne gehörten Staatsrecht, Strafrecht und Prozessrecht ebenfalls zum *ius civile*.

Eine Verschiebung der Terminologie tritt zunächst ein, als die Notwendigkeit hervortritt, die Rechtsentwicklung in Deutschland beim akademischen Unterricht zu berücksichtigen. Dem deutschen Rechte gegenüber wird ein sehr verschiedener Standpunkt eingenommen, im allgemeinen werden aber die reichsrechtlichen Einrichtungen zum *ius civile* geschlagen, ebenso die deutschrechtlichen als *usus modernus Pandectarum*; dagegen wird das Partikularrecht dem *ius civile* entgegengesetzt:

Struve, *Iurisprud. Romano Germaniae forensis, Editio XVII* 1737 p. 6:

In nostro imperio in usu sunt iura Imperii communia, quae continentur in iure Civili et Canonico quatenus se. sunt recepta Recessibus imperii et variis consuetudinibus. Porro obtinent jura particularia quae continentur in iure Saxonico, Ordinationibus, principum constitutionibus, item particularibus consuetudinibus.

Stryck, *Specimen usus moderni Pandect. Ed. sept.* 1730 T. I p. 22:

¹⁶⁾ Thorbecke, Statuten und Reformationen der Universität Heidelberg S. 57.

Stabit itaque iure Saxonico auctoritas prae iure civili in locis ubi antiquitus illud obtinuit,
ibid. T. III p. 496.

An duces Saxoniae inter se certantes iure Saxonico an civili utantur . . .

Stryck, *Opera* VII p. 194:

Principes eiusdem civitatis inter se utuntur iure civili si tamen principatum iure civili possideant.

Eine andere Entwicklung setzt schon viel früher an, gelangt aber fast gleichzeitig zum Durchbruche. Das Staatsrecht des *corpus iuris civilis* wurde im 16. Jahrhundert noch allenthalben als auch für das *imperium Romano-Germanum* in demselben Sinne massgebend betrachtet wie die anderen Teile der justinianischen Rechtsbuchs;¹⁷⁾ es fiel daher, insofern es überhaupt Gegenstand des akademischen Vortrags war, dem Civilisten, und zwar in der Regel dem, der über den Kodex las, zu¹⁸⁾ — es wurde auch nach der „civilistischen“ Methode behandelt.¹⁹⁾

Aber schon im 16. Jahrhundert beginnt die Einsicht zu keimen, dass das deutsche Staatsrecht doch eine andere Grundlage habe, als das *corpus iuris*. Der erste der dies empfunden haben mag, dürfte der geniale Lagus gewesen sein, der das Recht der römischen Magistrate, die nicht mehr im Gebrauche seien (*non sunt in usu*) nur als Beispiel gelehrt haben will: *propter exempla utile est, eius formam imperii, quam Augustus instituit et quae usque ad Constantini tempora in usu mansit, nota habere.*²⁰⁾ Auch soll schon der vielseitige Henning Göden in Wittenberg über die goldene Bulle gelesen haben.²¹⁾ Paurmeister spricht es aber bereits in einer, jeden Zweifel

¹⁷⁾ Stintzing, *Gesch. d. d. Rechtsw.* S. 663.

¹⁸⁾ Stintzing, a. a. O. Thorbecke, *Statuten* S. 287. So noch *Statuta universitatis electoralis Hallensis*. In Freiburg liest noch nach der Reform vom Jahre 1716 der Pandektist deutsches Staatsrecht (Schreiber, *Gesch. d. Univ. Freiburg u. d. Breisgau*).

¹⁹⁾ Gierke, Johannes Althusius 1880 S. 45 ff. — Vergl. Stuve, *Corpus iuris publicis editio tertia* 1738. p. 12 über die *methodus civilis, dum ad ordinem institutionum ius publicum proponunt*.

²⁰⁾ *Methodica iuris utriusque tractatio* 1544 p. 125.

²¹⁾ Stintzing a. a. O. S. 265.

ausschliessenden Weise aus, es sei unzulässig mit demselben Massstabe zu messen, wie das Römerreich *statum Imperii nostri praesentem, a veteri Romano toto coelo distantem tam in universae Reipublicae gubernatione quam partium singularum administratione.*²²⁾ In die erste Hälfte des 16. Jahrhunderts fällt der Streit über die Verbindlichkeit des Staatsrechts des *corpus iuris* in Deutschland zwischen Conring und Tabor, der mit dem vollständigen Siege des ersten endete.

Im Anfange des 17. Jahrhunderts erscheint eine grosse Anzahl publizistischer Abhandlungen und die erste systematische Darstellung von Daniel Otto: *Dissertatio iuridico politica de Iure Publico Imp. Rom.* (Jena 1616). In der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts dürften bereits an den meisten Universitäten Deutschlands Lehrstühle des Staatsrechts bestanden haben. Die Statuten des Kurfürsten Karl Theodor vom 14. Oktober 1786 sprechen von der „bereits von Alters her bestandenen Cathedern des teutschen Staatsrechts“ in Heidelberg. Sie hat sich aus dem dem *professor Codicis* vor mehr als hundert Jahren erteilten Lehrauftrage entwickelt „neben dem *codice* dasz im heiligen römischen reich übliche *ius publicum* dergestalt lehren, dasz er, was in denen Reichs-satzungen enthalten und beständigen herkommens, anweise auch eine jedwedere gerechtsame mit guten gründten und *rationibus* ziehe . . .“ Seit der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts gibt es in Deutschland kaum noch Publizisten, die im Staatsrechte des *Corpus iuris* ein in Deutschland verbindliches Recht erblicken würden. Selbst der Civilist Leyser verhöhnt die, die sich für staatsrechtliche Ansprüche auf das *corpus iuris civilis* berufen.²³⁾

Diese Behandlung des Staatsrechts ist für die Geschichte der Rechtswissenschaft wohl epochemachend gewesen.²⁴⁾ Das Staatsrecht ist nicht, wie *ius civile* oder *ius canonicum*, das Recht, das, mehr oder weniger zufällig, den Inhalt einer Kodifikation ausmacht, es sind das nicht die heterogensten,

²²⁾ *De iurisd. imp. Rom.* 1608 p. 3.

²³⁾ Leyser, *Meditationes* Lips. I, 1741 T. I p. 31.

²⁴⁾ Zum folgenden Laband, Rede über die Bedeutung der Rezeption des röm. Rechts S. 27.

aus den verschiedenartigsten Quellen fließenden, die mannigfaltigsten Dinge betreffenden Rechtssätze und Lehren, die, weiss Gott warum, der Lauf der Zeiten in ein Gesetzbuch zusammengewürfelt hat: — das Staatsrecht, das ist der Inbegriff der Rechtsnormen und Rechtslehren, die sich alle auf denselben Gegenstand beziehen. Es ist der erste einheitlich aufgefasste, inhaltlich zusammenhängende Gegenstand der akademischen Lehre und der wissenschaftlichen Darstellung.

Aehnlich wie das Staatsrecht entwickelte sich das Strafrecht und Prozessrecht. Der akademische Vortrag des Strafrechts ging von den *libri terribiles* der Digesten aus, er fiel also dem Professor zu, der über diesen Teil des *ius civile* las: dabei wurde auch die neuere Gesetzgebung, insbesondere die Carolina berücksichtigt.²⁵⁾ In diesem Sinne gab es schon im 16. Jahrhundert Professoren des Strafrechts in Tübingen, Rostock, Jena, Ingolstadt.²⁶⁾ Daraus entstanden im 18. Jahrhundert besondere Vorlesungen, wohl auch Lehrstühle des Strafrechts. Trotzdem vermochte das Strafrecht die Spuren seiner Zugehörigkeit zum *ius civile* noch nicht abzustreifen.

Ueber Prozess hat sowohl der Civilist als auch der Kanonist gelesen: zumal an den protestantischen Universitäten schrumpfen Vorlesungen über kanonisches Recht überhaupt, in solche über Prozess, Ehrerecht und Kirchenrecht, zusammen.²⁷⁾ Ein Wegweiser für Juristen aus der Mitte des 18. Jahrhunderts meint: „Das Haupt-Werk kommt auf den *processum civilem* an, der aus den *legibus Justinianeis* und *Canonibus* zusammengesetzt, wie man in *iure civ. et canon.* wie wohl an zerstreuten Orten, zeigt.“²⁸⁾ Doch scheinen im 18. Jahrhundert überall eigene Vorträge über Civilprozess üblich geworden zu sein.²⁹⁾

²⁵⁾ Prantl a. a. O. — Vergl. Rosshirt, Lehrb. des Kriminalr. I S. 15; Gesch. und Syst. d. d. Strafr. I S. 309 ff.

²⁶⁾ Stintzing, Gesch. d. d. Rechtsw. I S. 656; Prantl a. a. O. S. 311 A. 310 *Stat. fac. iur. univ. elect. Hallens.* 1694. In Würzburg liest der Professor des Lehnrechts Strafrecht. Wegele S. 411.

²⁷⁾ Stintzing a. a. O. S. 650. — *Stat. univ. elect. Hall.* 1694; Friedberg, *Colleg. iurisd.* S. 52 ff. — Thorbecke S. 287, 345.

²⁸⁾ Kurtze Abhandlung von der Methode die Rechte zu erlernen von S. Jena 1748. S. 117 ff.

²⁹⁾ Vgl. Hugo, Lehrb. der jurist. Encykl. Fünfter Vers. § 431.

Ausser diesen sind im 17. und 18. Jahrhundert noch einer Reihe anderer Gegenstände an den juristischen Fakultäten besondere Vorlesungen gewidmet worden: so dem *ius naturae et gentium* nach dem Vorgange Heidelbergs im Jahre 1661, dem Völkerrechte nach dem Vorgange Göttingens; über deutsches Recht hielt Georg Beyer im Jahre 1707 zu Wittenberg die erste Vorlesung. Das Verwaltungsrecht, das im 17. Jahrhundert nur als Teil des *ius publicum* in Betracht kam, setzt in Halle ein, wo im Jahre 1727 die erste „Profession in Oeconomie, Polizey und Cammersachen“ gegründet wird; ihm folgte Frankfurt a. O., Göttingen, Jena in Norddeutschland,³⁰⁾ Würzburg (zwischen 1734 und 1743 — für Cameral Wissenschaften und Polizeywesen³¹⁾ Ingolstadt (1780),³²⁾ Heidelberg.³³⁾ In Württemberg werden *cameralia* zunächst im *Collegium illustre*, dann an der Karlsakademie vorgetragen, woraus sich im Jahre 1817 die staatswirtschaftliche Fakultät in Tübingen entwickelte.³⁴⁾ Trotzdem berichtet Hugo noch im Anfange des 19. Jahrhunderts: das heutige Cameralrecht wird nicht leicht besonders vorgetragen, aber im Privat Rechte besonders im Lehn Rechte, und dann im Staats Rechte kommt Vieles davon vor.³⁵⁾

Die Entstehung besondrer Vorlesungen über Staatsrecht, Strafrecht, Prozess, Deutsches Recht, Naturrecht und „Cameralia“ bedeutet gewiss eine weitgehende Umwälzung des Lehrplanes der juristischen Fakultäten. Die Vorträge über *ius civile* scheinen jedoch davon sehr wenig berührt worden zu sein. Wie im 17. Jahrhundert wird es noch immer in Kollegien über einzelne Teile des *corpus iuris* gelesen: in einem einleitenden Institutionenkolleg, in mehreren ausführlichen Pandektenkollegien; nur die Vorlesungen über den Kodex hören jetzt auf. In den Pandektenvorlesungen, „in welchen durch den Zweck der Folge der Titel in den Pandekten, gegen alle wahre

³⁰⁾ Vergl. Goldschmidt, Rechtsstud. u. Prüfungsordn. S. 139, 148.

³¹⁾ Wegele a. a. O. Bd. II S. 394.

³²⁾ Prantl a. a. O. I S. 550, 627, 669; Landsberg, Gesch. d. d. Rechtswissenschaft S. 280.

³³⁾ Thorbecke a. a. O. S. 348.

³⁴⁾ Klüpfel, Gesch. der Univ. Tübingen S. 458 ff.

³⁵⁾ Hugo a. a. O. S. 432; ebenso Goldschmidt a. a. O. S. 148.

Ordnung, die darinn vorkommende Sachen abhandelt, die Lehren, die zusammen gehören, zerrissen, und zu ganz verschiedenen Teilen der Rechtsgelahrtheit gehörigen Lehren durch einander geworfen werden.“³⁶⁾ behandelte der Civilist nach wie vor alle Gegenstände, auf die sich die Pandektentitel beziehen, also auch Staatsrecht, Strafrecht und Privatrecht. Die Art der Behandlung bei den Vorlesungen ergibt sich vielleicht am besten aus dem Bilde, das Nettelblatt von dem *compendia iuris* seiner Zeit gibt, die selbstverständlich immer dem folgten, was bei den Vorlesungen geübt worden ist: „Die Lehre von dem gerichtlichen Procez wird oft wiederholet. Denn in den *compendiis Institutionum* werden einige Stücke dieser Lehre oft beygebracht; in denen *compendiis Pandectarum* kommt alsdann der gantze gerichtliche Procez wiederum stückweise in möglichster Unordnung vor; in denen *compendiis iuris Canonici* wird abermahlen wiewol in einer besseren Ordnung, der gerichtliche Process erklärt. Endlich aber wird er gantz *ex instituto* in denen *compendiis praxeos iudiciariae* erörtert. Ja, ich getraue mir zu beweisen, dass in denen so weitläufigen *compendiis Pandectarum* wenig vorkommt, so man nicht entweder schon gehöret, oder noch hören wird. Man bedenke nur, dass heutiges Tages die Criminalia besonders abgehandelt werden in *compendiis iuris criminalis*, die *processualia* und *matrimonialia* guten Theils in denen *Compendiis iuris Canonici* stehen, und besonders die *Compendia praxeos iudiciariae* den ganzen Process wiederum in sich enthalten.“³⁷⁾

Aber es liegt wohl in der Natur der Sache, dass die Vorlesungen des Civilisten über die Gegenstände, für die besondere Kollegien bestanden, zumal über die staatsrechtlichen und strafrechtlichen Teile der Pandekten, immer magerer und oberflächlicher ausfielen. Unmittelbare Zeugnisse darüber liegen mir zwar aus dieser Zeit nicht vor — alte Kollegienhefte, die am ehesten als solche betrachtet werden könnten, waren mir nicht zugänglich — aber die Sache ist an sich wahrscheinlich und

³⁶⁾ Nettelblatt, Abhandlung von dem gantzen Umfange der natürlichen Rechtsgelahrtheit. Halle 1772. S. 23.

³⁷⁾ Nettelblatt, Unvorgreifliche Gedanken von dem heutigen Zustande der Rechtsgelahrtheit, 1749, S. 14.

wird durch einiges andere bestätigt. Die Gesamtdarstellungen des *ius civile*, die den Digestentiteln folgen, enthalten über die staatsrechtlichen Titel nur einige ganz kurze Bemerkungen, im wesentlichen historischen und antiquarischen Inhalts; die beiden einzigen systematischen Gesamtdarstellungen des *ius civile*, die die deutsche Rechtswissenschaft des 17. und 18. Jahrhunderts aufzuweisen hat, G. A. Struves *Iuris prudentia Romano Germanica* (1670) und Bergers *Oeconomia iuris* (1712) geben das Staatsrecht gar nicht, das Strafrecht nur in einem dürftigen Umriss. Das ist besonders wichtig, da im 18. Jahrhundert die Pandekten bekanntlich meistens nach dem „kleinen Struv“ gelesen wurden. In Hofackers *Principia iuris civilis* wird das *ius publicum* nur behandelt *expositis iuribus singularibus fisci nec non militum, denique rerum publicarum et municipiorum*; dazu wird bemerkt: *super iis, quae adplicari statui hodierno nequeunt, adeant lectores, quaeso, scriptores antiquitatum*; die Ausschliessung des Strafrechts wird mit folgender bezeichnender Bemerkung begründet:

*Etenim in tantam amplitudinem hodie excessit haec iurisprudentiae pars, ut, quae, tamquam portio Pandectarum ea quam meretur solertia tractari nequit, iam praelectionibus academicis particularibus debeat et soleat destinari . . .*³⁸⁾

Thibaut bringt noch in der im Jahre 1805 erschienenen ersten Auflage der Pandekten vom peinlichen Rechte in sechs Paragraphen, wie es im Inhaltsverzeichnisse heisst, nur „allgemeine Einteilungen und Erörterungen über *actiones persecutorias, poenales, mixtas*“, ferner das Kameral- und Fiskalrecht „soweit sich darüber auf Grund der römischen Rechtsquellen etwas sagen lässt“ (Vorrede).

Dagegen ist der Prozess, trotzdem darüber seit jeher auch der Kanonist las und längst schon besondere Kollegien dafür bestanden, das ganze 18. Jahrhundert hindurch in den Vorlesungen über das *ius civile* ausführlich behandelt worden. Die systematischen Handbücher von Struve, Berger und Hofacker beschäftigen sich damit eingehend und Thibaut beseitigt ihn

³⁸⁾ Hofacker, *Principia iuris civilis*. Ed. sec. 1800. Praefatio.

erst in der siebenten Auflage seiner Pandekten (1828), mit der Begründung, dass ihm in Heidelberg immer so bedeutende Prozesslehrer zur Seite gestanden hätten, dass es eine Anmassung gewesen wäre, neben ihnen Vorlesungen über Prozess zu halten, und er seine Zuhörer auch nicht zwingen wolle, einen ganzen Band zu kaufen, über den sie weder bei ihm noch bei anderen Vorlesungen hörten.

Die Gestaltung des Unterrichts hat notwendig auf die Einteilung der einzelnen Lehren und die Terminologie einen entscheidenden Einfluss ausüben müssen. Zunächst musste sich für das Staatsrecht, so wie es zu einem selbständigen Gegenstande der wissenschaftlichen Darstellung und akademischen Lehre geworden ist, auch eine besondere Bezeichnung ausbilden. Dass der Ausdruck *ius publicum* in den Quellen ziemlich vieldeutig ist, wurde in Deutschland ebensowenig wie in Italien je verkannt,³⁹⁾ aber in der juristischen Sprache des 16., besonders aber des 17. und 18. Jahrhunderts bedeutet *ius publicum* technisch immer nur das Staatsrecht. Es wäre überflüssig für diesen Sprachgebrauch irgendwelche Belege anzuführen: es dürfte wohl schon der Hinweis auf die vielen Handbücher des Staatsrechts genügen, die seit Ottos *Dissertatio iuridico politica de Iure Publico Imp. Rom.* unter der Ueberschrift: *Ius publicum* erschienen sind, und nie etwas anderes als Staatsrecht enthalten. Diese Bedeutung des Ausdrucks *ius publicum* wird auch in der That mehrmals als die technische bezeichnet:

Frantzii Commentarius in XXI libros Digestorum, Strassburg 1644:

Proprie sic dictum est ius publicum quod a Iustiniano et a Ulpiano in h. t. I. definitur quod ad Statum Rei Romanae spectat directo scil. et principaliter . . . Ius publicum improprie sic dictum est, quod quidem in se privatum est, sed publicum respectu alterius iuris privati et vel ratione specialis concessionis ut testamenti factio, quae hoc sensu dicitur iuris publici . . .

³⁹⁾ Vergl. z. B. Zasius zu fr. 2, 14, 38; die Zusammenstellungen bei Stryck, *Opera* IX p. 446, Andler, *Jurisprud. tam publ. a quam privata* 1737 p. 1 squ.

Limnaeus' *Iuris publici Romano Germanici*, Strassburg 1675 p. 2 (fast wörtlich ebenso sein Bearbeiter Oldenburg, *Pandectae Iuris Publici Imperii Romano Germanici*, Genf 1670, p. 1:

Ius publicum dicitur improprie, quando dicitur esse iuris publici, quod singulorum quidem spectat utilitatem, sed tamen a iure publico ita regitur et dirigitur, ut in privatorum hominum potestate non sit. Et ita hoc modo testamenti factio iuris publici . . . Proprie quod ad statum reipublicae spectat . . .

Lauterbach, *Collegium Pandectarum*, Tubing. 1784, p. 42:

Quandoque ius publicum dicitur improprie, intelligem si in se privatum quidem, sed ob specialem concessionem vel quia certo modo facit ad Reipublicae conservationem, Publicum dicitur e. g. testamenti factio . . .

Diese Festsetzung der Bedeutung des *ius publicum* hatte es aber zur unmittelbaren Folge, dass auch das *ius privatum* eine feste technische Bedeutung erhielt: es ist jetzt alles Recht, das nicht Staatsrecht ist. Zum *ius privatum* gehört insbesondere der ganze nichtstaatsrechtliche Inhalt des *corpus iuris*: oft wird hervorgehoben, das *ius publicum* sei eigentlich im ersten und den drei letzten Büchern des Codex enthalten.⁴⁰⁾ *Ius privatum* ist daher das Strafrecht, das Prozessrecht, ja sogar das Kirchenrecht, das Lehnrecht, das Polizei- und Kameralrecht.⁴¹⁾ Pütter sagt, indem er ein Kolleg über „heutiges deutsches privat Recht“ empfiehlt, es solle „erstlich nur das im genauen Verstande so genannte bürgerliche Recht sowol in vorauszuschickenden allgemeinen Grundsätzen als in besonderer Erörterung des Rechts der Sachen und Personen abgehandelt (werden)“. Dann solle man darin vom Prozess, „bey dem es weniger als in irgend einigen anderen Teilen unsers privat Rechts an allgemeinen Reichsgesetzen gebriecht“, und vom peinlichen Recht handeln.⁴²⁾ Johann Jakob Moser meint: „Wer sich insbesondere auf die

⁴⁰⁾ Andler, *Jurisprud. tam publica quam privata* 1737 p. 8; Struve, *Syntagma* T. II p. 83; Lauterbach, *Colleg. Pand.* 1784 p. 42.

⁴¹⁾ Vergl. Schott, Entwurf einer jurist. Encykl. und Method. 1774 S. 13, der selbstverständlich noch Handels- und Wechselrecht, Seerecht, Handwerkschaftsr. dazu zählt.

⁴²⁾ Pütter, Entwurf einer jurist. Encykl. 1787 S. 88.

Privatjurisprudenz appliciret, pflegt gerne auch ein eigenes Collegium über das peinliche Recht zu hören und es geschieht nicht übel daran.⁴³⁾ Nettelbladt in seiner weitläufigen Einteilung der „praktischen Rechtsgelehrtheit“ zählt den Prozess zur gemeinen streitigen praktischen Privatrechtsgelahrtheit.⁴⁴⁾ Wenn es in der bereits erwähnten „Kurtzen Abhandlung“ heisst: der R. Hofraths- und Cammerprocess gehören *ad Ius Publicum* (S. 124), so ist das offenbar in der Zuständigkeit dieser beiden Gerichte für Reichsunmittelbare, also im Zusammenhange dieses Prozesses mit dem Staatsrechte begründet: es beweist jedenfalls, dass der Prozess, der ohne Zusammenhang mit staatsrechtlichen Fragen steht, zum Privatrechte gezählt wurde. In den Lehr- und Handbüchern des *ius publicum*, die in so grosser Anzahl seit Daniel Otto erschienen sind, wird das Straf- und Prozessrecht nie dargestellt.

Nicht minder hat die Umwälzung im juristischen Unterricht auf den Begriff des *ius civile* zurückgewirkt. Hier sind von Anfang an zwei Strömungen zu unterscheiden. Es ist wohl selbstverständlich, dass die Zweige der Rechtswissenschaft, die allmählich aus den Vorlesungen über das *ius civile* ausscheiden, auch nachdem sie als selbständige Rechtsgebiete anerkannt worden sind, noch lange vielfach zum *ius civile* gezählt wurden; umsomehr als die Ausscheidung, wie bereits dargethan wurde, eigentlich bis ins 19. Jahrhundert nie bewusst und grundsätzlich durchgeführt worden ist, und über Strafrecht und Prozessrecht, ja sogar über die staatsrechtlichen Teile des *corpus iuris*, zeitweilig im Pandektenkolleg gelesen worden sein mag. Damit hängt es wohl zusammen, dass in den Lehr- und Handbüchern des *ius civile*, zumal in denen, die der Ordnung der Digestentitel folgen, kein Gegenstand ganz übergangen erscheint; selbst solchen Titeln, die offenbar unpraktische Einrichtungen behandeln, etwa *de officio consulis* oder *de lege Julia de annonae* werden wenigstens einige Bemerkungen gewidmet, die manchmal rein antiquarisch sind, manchmal aber der Sache doch

⁴³⁾ Moser, Anleitung zu dem *studio Iuris*, Jena 1743 S. 200.

⁴⁴⁾ Nettelbladt, Abhandlung von der praktischen Rechtsgelehrtheit S. 27.

eine praktische Seite abzugewinnen suchen, so wenn Schilters *Exercitatio V de iure senatorio et magistratuum* vom Beamtenrecht⁴⁵⁾ oder Stryck zum Digestentitel *de officio praefecti urbi* vom Wirkungskreis der Bürgermeister⁴⁶⁾ handelt. Die Titel, die etwa Finanzrecht oder Militärverwaltungsrecht behandeln, werden, wie bereits bemerkt wurde, von Thibaut noch als anwendbar betrachtet. Strafrecht und Prozessrecht wird ebenfalls gelehrt, mit Berücksichtigung der neueren auf kirchlichen und deutschen Quellen beruhenden Entwicklung.

Es ist unter diesen Umständen leicht begreiflich, dass Staatsrecht, Strafrecht und Prozess, wenigstens in der technischen Sprache oft zum *ius civile* gezählt werden. So heisst es in betreff des Staatsrechts:

Struve, *Syntagma iuris prudentiae*, ed. sec. 1718 p. 32 sequ.:

Unica est iurisprudencia, cuius objectum est ius civile, quatenus consideratur in totum integrale ac dispescitur in suas partes integrantes, privatum ac publicum.

Berger, *Oeconomia iuris*, Lipsiae 1712 p. 17:

Ius civile a fine vel publicum est vel privatum . . .

Lauterbach, *Collegium Pandectarum*, editio sexta 1784 p. 42 squ.:

Ius civile . . . dividitur a fine in publicum . . . et privatum . . .

Hellfeld, *Iuris prudentia forensis* 1792 p. 3:

Ius civile in publicum et privatum dispescitur.

Bezeichnend für die Auffassung des Strafrechts als Bestandteil des *ius civile* ist die bereits zum Teile angeführte Stelle:

Hofacker, *Principia iuris civilis Romano-Germanici*, ed. sec. 1800 Praetatio:

Librum ita adornavi, ut, quod ex ipsa eius inscriptione patet, comprehendet omnem ambitum iuris civilis romano-ger-

⁴⁵⁾ Schilter, *Praxis Iuris Romani in foro Germanico*, Editio quarta 1733 p. 58.

⁴⁶⁾ Stryck, *Specimen usus moderni Pandekt.*, Ed. sept. 1730 p. 157: *Potius dixerim, omne, quod vi praesentis tituli licuit praefecto urbi licet hodie consulibus quarumvis urbium mero impero gaudentium, quousque territorium urbis patet.*

manici, excluso tamen criminali, ut in libro Pandectarum XLVIII tractari solet. Etenim in tantam amplitudinem hodie excessit haec iurisprudentiae pars, ut, quae tamquam portio Pandectarum, ea, quam meretur solertia tractari amplius nequit, iam praelectionibus academicis particularibus debeat et soleat destinari . . .

Der Prozess (*ordo iudiciorum privatorum*) wird auch von Hofacker ausführlich behandelt.

Andererseits ist es klar, dass als *ius civile* in der Sprache des gewöhnlichen Lebens zunächst das bezeichnet wurde, was unter diesem Titel an den juristischen Fakultäten gelehrt worden ist. *Ius civile* war seit jeher mehr die Bezeichnung eines Lehrstoffes als einer juristischen Disziplin und es ist fast selbstverständlich, dass sowohl für den akademischen Lehrer als auch für den Studenten in dem Augenblick das Staatsrecht und das Strafrecht aufgehört haben, *ius civile* zu sein, als man darüber nicht mehr beim Professor das *ius civile*, sondern bei einem anderen Professor Kolleg hörte, selbst wenn im Kolleg über *ius civile* auch staatsrechtliche und strafrechtliche Fragen behandelt worden wären. Wie soll der Student, der ein Kolleg über *ius publicum* neben einem solchen über *ius civile* angekündigt sieht, auf den Gedanken kommen, *ius publicum* gehöre zum *ius civile*? Daher gebraucht schon Giphanius im 17. Jahrhundert die Ausdrücke *ius civile* und *ius privatum* als gleichbedeutende:

Giphanius, *Explanatio legum diff. Codicis; Praefacio specialis:*

Hodie in scholis fere est receptum, ut ius privatum sive civile tantum explicatur omisso publico. Nos igitur commune hoc institutum scholarum sequentes, praetermissis legibus ad ius publicum (de quo sunt IV libri Cod. 1, 10, 11, 12), ad eas, quae in reliquis libris sunt utiliores et difficiliore de iure privato aut civili interpretandas aggrediemur.

In demselben Sinne:

Conring, *De iuris publici Justiniani in Germania auctoritate* p. 1.

Qui enim ad rempubl. aliquam nostram appellunt animum, sui esse officii censent, ius Imperii publicum versare . . . Quidam certe hoc in negotio duos errores videntur committere: quod scil. primo non satis hanc doctrinam ab ipsa civili prudentia dis-

tinguant . . . A quo profecto multum diversa Civilis prudentia est. Haec enim nihil sigillatim de hac nostra republica, nec de ulla alia praecipit . . .

Schott, Entwurf einer jurist. Encycl., zweyte Auflage 1774 S. 11:

Das Privatrecht eines Staates, welches auch bisweilen überhaupt das bürgerliche Recht genannt wird . . .

Dasselbe tritt auch beim Strafrecht zu Tage: in dem Masse, als es sich von den Vorlesungen über *ius civile* ablöst, wird es auch als nicht zum *ius civile* gehörend angesehen. In dem bereits erwähnten Wegweiser für junge Juristen aus dem 18. Jahrhundert⁴⁷⁾ heisst es: „das *Ius Criminale* wird bey uns mit dem *iure Civ.* dociret und erlernet, iezuweilen aber besonders tractiret, wie es billig seyn sollte“; und Pütter schlägt in der „Ordnung worin das Römisch-Justinianische Recht systematischer als bisher auszuarbeiten wäre“, vor, es müsste „der erste Teil dem Römisch-bürgerlichen, der andere dem Römisch-peinlichen Rechte gewidmet werden.“⁴⁸⁾ Er unterscheidet daher zwischen bürgerlichem (*ius civile*) und peinlichem Recht.

Es ist daher wohl klar, dass zum *ius civile* zu jeder Zeit die Gegenstände gezählt wurden, die in den Vorlesungen über das *ius civile* behandelt worden sind. Nettelbladts *Nova introductio in iuris prudentiam* (Halle 1772) gewährt einen interessanten Einblick, wie sehr sich die Systematisierung der Rechtswissenschaft an den Lehrplan der Universitäten anschloss. Er teilt die *iurisprudentia* ein in eine *iurisprudentia theoretica et practica*, die *iurisprudentia theoretica* in eine *civilis* und *criminalis*, die *iurisprudentia theoretica civilis* in eine *secularis et ecclesiastica*, die *iurisprudentia civilis secularis* in eine *allodialis et feudalis*, die *iuris prudentia allodialis* in eine *publica et privata*, die *iurisprudentia publica* in eine *in specie dicta* und eine *iuris gentium prudentia*; die *iurisprudentia practica* wird wieder eingeteilt in eine *iurisprudentia practica in specie* und die *ars acta tractandi*, die

⁴⁷⁾ Kurtze Abhandlung von der Methode die Rechte zu erlernen, Jena 1748 von S. nach einer Bleistiftnotiz auf dem mir vorliegenden, aus der Rosshirtschen Bibliothek stammenden Exemplare von Seip.

⁴⁸⁾ Entwurf einer jurist. Encycl., Göttingen 1757, S. 66.

practica in specie in eine *iurisprudentia civilis* und *criminalis*, die *iurisprudentia practica in specie civilis* in eine *publica et privata*, die *iuris prudentia practica privata* zerfällt in eine *iudiciaria* und *extrajudiciaria*, die erste endlich in eine *ars relatoria decretoria* und eine *ars archiva tractandi*. Die Einteilung der *iuris prudentia theoretica* gibt gewiss eher eine Systematik des Vorlesungsverzeichnisses der juristischen Fakultäten als eine Systematik der Rechtswissenschaft; die Einteilung der *iurisprudentia practica* ist Ausdruck der besonderen Wünsche Nettelblatts in betreff des Unterrichts der „praktischen Rechtsgelahrtheit“, wovon ja einiges in der Folge durchgedrungen ist: so die Trennung des Civilprozesses vom *ius civile*, besondere Vorträge über Strafprozess, Verfahren ausser Streitsachen.

Hufeland durfte daher allerdings am Anfang des 19. Jahrhunderts schreiben, das Wort Civilrecht sei in der neueren juristischen Kunstsprache als für den Inbegriff besonderer Rechtslehren im Gegensatze des Lehnrechts, Kirchenrechts, Staatsrechts, peinlichen Rechts und Völkerrechts gäng und gäbe,⁴⁹⁾ somit alle die Lehren dem Civilrecht ausschliessen, die entweder nicht mehr mit dem Civilrecht gelesen werden, oder für die seit Anfang besondere Kollegien bestanden. Bezeichnend ist es aber, dass Hufeland sich bereits des historischen Ursprungs des *ius civile* nicht bewusst ist, sondern es begrifflich aufzubauen sucht: Civilrecht im engeren Sinne sei der Teil des Privatrechts, in welchem die Privatperson bloss als Staatsbürger (*civis*) betrachtet wird; daher denn der natürliche Name desselben.

Als im Laufe des 19. Jahrhunderts auch der Civilprozess aufgehört hatte, Gegenstand der Pandektenvorlesungen zu sein, wurde er auch nicht mehr als zum Civilrecht oder bürgerlichen Rechte gehörend angesehen. Das ist der das 19. Jahrhundert beherrschende Sprachgebrauch, der auch bis heute üblich geblieben ist.

Man darf also zusammenfassend sagen: *Ius publicum* bedeutet seit dem Ausgange des 16. Jahrhundert Staatsrecht, *ius privatum* jedes Recht, das nicht Staatsrecht ist. *Ius civile*

⁴⁹⁾ Beiträge zur Berichtigung der positiven Rechtswissenschaft 1802 S. 66.

ist seit jeher das Recht, das in den Vorlesungen über das *corpus iuris civilis* gelehrt wird, so dass die Rechtsgebiete die von diesen Vorlesungen abbröckeln, Staatsrecht, Strafrecht, Prozessrecht, allmählig auch aus dem *ius civile* ausscheiden. Bürgerliches Recht oder Civilrecht sind im wesentlichen die Rechtsgebiete, deren Regelung auf dem Rechte des *corpus iuris civilis* beruht, mit Ausnahme der staatsrechtlichen, strafrechtlichen und prozessrechtlichen Materien. Dem *ius civile* sind daher in der Hauptsache im 19. Jahrhundert verblieben: das Personenrecht, Vermögensrecht und Familienrecht.

Mit dieser Entwicklung kreuzte sich eine andere, die in naturrechtlichen Lehren wurzelt. Sie geht in Deutschland im wesentlichen auf Pufendorf zurück: bei aller Uebereinstimmung zeigen sich aber bei den verschiedenen Naturrechtslehrern so viele Abweichungen, dass die nachstehende Darstellung darauf verzichten muss, ein irgendwie erschöpfendes Bild der hierher gehörenden Auffassungen zu geben.⁵⁰⁾ Die Naturrechtslehrer unterscheiden bekanntlich zwischen dem Rechte, das dem Menschen im Zustande der natürlichen Freiheit zusteht und dem Rechte des Menschen in irgend welcher Vergesellschaftung; von diesen Vergesellschaftungen, deren es viele Arten gibt (*societas coniugalis, parentum et liberorum, herilis* u. a. m.) ist der Staat, die *societas civilis*, die vorzüglichste. Dem Rechte des Menschen im Zustande der natürlichen Freiheit, dem *ius naturae*, steht das Recht gegenüber, das ihm in den verschiedenen Vergesellschaftungen zukommt, das *ius sociale*, und zwar hier wieder vorzüglich das Recht der staatlichen Gesellschaft.

Das *ius sociale civitatis (ius civile)* ist also zunächst das Recht der staatlichen Gesellschaft. Selbstverständlich herrscht im Staate auch das *ius naturae* theils als solches, theils, wie viele meinen, als ein vom Staate anerkanntes Recht: daneben aber noch ein vom Staate ausgehendes, nur dem Menschen im staatlichen Verbande eigentümliches Recht. Die Naturrechtslehrer unterscheiden also in letzter Linie das Recht, das dem Menschen nur der Staat gegeben hat, und das Recht, das ihm auch im

⁵⁰⁾ Vergl. dazu Gierke, Johannes Althusius. S. 102 ff.

Naturzustande zukommt. Das Recht, das dem Menschen der Staat gegeben hat, regelt entweder das Verhältnis des Staates zu seinen Unterthanen oder die Verhältnisse der Unterthanen zu einander; das letztere wird vielfach nur als ein vom Staate anerkanntes Naturrecht angesehen.

Die im Einzelnen sehr schwankende Terminologie der deutschen Naturrechtslehrer wird um die Mitte des 18. Jahrhunderts fester. In der Regel wird das vom Staate ausgehende Recht *ius politicum*, *ius civitatis*, *ius publicum* im weiteren Sinne, genannt. Das Recht im Staate ist dagegen entweder *ius publicum* (im engeren Sinne, wenn das erste *ius publicum* schlechthin genannt wird), oder *ius privatum*, je nachdem es die Verhältnisse des Staates zu den Unterthanen oder die Verhältnisse der Unterthanen zu einander regelt. Es gibt also ein *ius politicum* (*ius publicum* im weiteren Sinne), ein *ius publicum* (im engeren Sinne) und ein *ius privatum*. Deutsch heisst das erste (*ius politicum*) in der Regel Staatsrecht, das zweite (*ius publicum*) seit Höpfner (Naturrecht, 2. Auflage 1783)⁵¹⁾ öffentliches Recht, das dritte Privatrecht. Hier erscheint zuerst der Ausdruck: öffentliches Recht in der Rechtswissenschaft; er ist eine Uebersetzung des lateinischen *ius publicum*:

Martini, *De lege naturali positiva* 1772 p. 69, 70:

Ex ante recensitis societatis potissimum maior illa tandem coealit quae vocatur civitas, . . . illarum legum complexus iuris prudentiam naturalem politicam sive ius civitatis universale constituit, quod a iure civitatis particulari et cuius vis populi propria probe distinguendum est. Sunt tamen nonnulli, qui ius naturale civitatis in publicum et privatum dispescunt, publicum vocant, quod officia imperantium et subditorum, privatum, quod officia subditorum inter se declarat. . . .

In der deutschen Uebersetzung lauten diese Ausführungen:

Martini, Der Lehrbegriff des Natur, Staats und Völkerrechts (1783).

⁵¹⁾ Vergl. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* 1797 S. LII, 161 nennt im Gegentheil das erste das öffentliche Recht, das zweite das Staatsrecht, darüber unten; ebenso Zeiller, *Das natürliche Privatrecht* 1808 S. 24.

Auß den ebenhergezählten Gesellschaften ist endlich jene größere mehrentheils entstanden, die wir Staat nennen . . . so hat diese eigene Sammlung von Gesetzen den Namen des politischen Natur- oder gewöhnlicher des allgemeinen Staatsrechts erhalten, welches mit dem besonderen jedem Staate eigenthümlichen Staatsrechte auf keine Weise vermengt werden muß . . . Gleichwohl giebt es auch Gelehrte, die das natürliche Staatsrecht in ein öffentliches und in ein Privatrecht untertheilen . . .

Die Naturrechtslehrer sind geneigt, alle die Rechtseinrichtungen, die ohne den Staat nicht denkbar wären, zum Staatsrechte, dagegen die auch im Zustande der natürlichen Freiheit oder in anderen Vergesellschaftungen, wie Ehe, Familie, Haus, wirtschaftliche Gesellschaft (*societas oeconomica*) an sich vorkommen könnten, zum Privatrechte zu zählen; auf Abweichungen im Einzelnen kommt es hier wieder nicht an. Von diesem Standpunkte aus zählt schon Pufendorf das Strafrecht und teilweise das, was man heute als Verwaltungsrecht bezeichnen würde, zum *ius publicum*.⁵²⁾ Das achte Buch seines Werkes *de iure naturae et gentium* handelt von diesem *ius publicum quantum attinet imprimis iura summorum imperantium*: er versteht also darunter staatliche Hoheitsrechte (Majestätsrechte). Ihm folgen sämtliche Naturrechtslehrer von Bedeutung. Wolf widmet den staatlichen Hoheitsrechten zwei Abschnitte des vom *ius publicum* handelnden achten Buches seines *ius naturae et gentium*: seiner Wirksamkeit in Halle verdankt er vielleicht eine bessere Vorstellung der Aufgaben der staatlichen Verwaltung als sie irgend einer seiner Vorgänger hatte, und so finden sich hier bei ihm Erörterungen *de pecunia opificibus pro levibus usuris praestanda, de sumptibus Rectori civitatis suppeditandis*. Sein Schüler Ickstadt zählt als Teile des *ius civile publicum* auf: *Ordinationes circa universitates et academias scientiarum*, Kirchenordnungen, Mark- und Taxordnungen, Bauordnungen, Feuerlöschordnungen, Kranken- und Pestordnungen, Armenordnungen, Kleiderordnungen, Wegord-

⁵²⁾ Vergl. Landsberg, *Gesch. d. d. Rechtswissensch.* S. 16. — Ueber Vigelius, *Institutionum iuris publici libri tres*, Basel 1572, der Strafrecht und Prozessrecht schon zum *ius publicum* zählt, vergl. Stintzing, *Gesch. d. d. Rechtsw.* S. 425 ff. Sein *ius publicum* enthält wenig Strafrecht.

nungen, Schifforderungen, Postordnungen, Wald-, Viehzucht-, Ackerbau- und Gartenverordnungen. Die Aufzählung schliesst er: *Patet autem, ius civile publicum, modernae reipublicae nostrae statui conveniens, meditatum id praeterea agendum esse, ut ex legibus et statu civitatis intimo officia et iura eorum, quibus ordo civitatis atque Politiae committitur, exacte describat.*⁵³⁾

Denselben Begriff des Staatsrechts (zum Teile: Majestätsrechts) hat Gundling, Achenwall, Heineccius, Schmalz.

Höpfner ist, wie bereits bemerkt worden ist, der erste, der jedes vom Staate ausgehende Recht (also auch das privatrechtlichen Inhalts) als Staatsrecht, das *ius publicum* im engeren Sinne aber, das heute Staatsrecht genannt wird, als öffentliches Recht bezeichnet. Bei Kant dagegen ist (vergl. Anm. 6) öffentliches Recht bereits der weitere, das Staatsrecht der engere Begriff. Aber auch Höpfner ändert später in diesem Sinne seine Terminologie. In der zweiten Auflage seines Naturrechts heisst es (§ 173):

Das einheimische Staatsrecht wird in das öffentliche (*ius publicum*) und Privatrecht (*ius privatum*) eingeteilt.

Dieselbe Stelle lautet aber schon in der fünften Auflage:

Das einheimische bürgerliche Recht wird in das öffentliche oder Staatsrecht (*ius publicum*) und Privatrecht (*ius privatum*) eingeteilt.

Massgebend für die dogmatische Jurisprudenz wurde diese Lehre erst in der Gestalt, die sie durch J. G. Schlosser erhielt. In seinen Briefen über die Gesetzgebung — es möge gestattet sein, die heute bereits längst vergessenen Worte, mit denen eine bedeutsame wissenschaftliche Errungenschaft zum erstenmal verkündet worden ist, hier wenigstens auszugsweise anzuführen, — heisst es: „Wir haben bloß diejenigen Gesetze betrachtet, welche die Nationen sich geben ließen, um bei ihren verschiedenen Meinungen von Recht und Unrecht zu wissen, an welche sie sich zu halten hätten. Nun können wir aber nicht leugnen, dass manche bürgerliche Gesellschaften sich entweder gleich anfangs, auch noch zu einem besonden

⁵³⁾ Ickstadt, *De studio iuris methodo scientif. instituendo* 1747 p. 94.

Zweck, als zum bloß ruhigen Beisammensein vereinigt haben; wenigstens, dass, wenn die Gesellschaften so miteinander lebten, oft ihnen selbst unmerklich, auch noch ein ganz ander gemeinschaftlicher Zweck, zu ihrem Augenmerk genommen worden ist . . . So entstand aus diesem gemeinschaftlichen Zweck immer das, was man unter dem vielsinnigen Wort: gemeines Wol begreift. Aus diesem gemeinen Zweck eines Volks entspringt nun eine andere Art von Gesetzen, deren Grund, nicht wie bei jenen, bloß auf der Entscheidung der verschiedenen Meinungen von Recht und Unrecht ruhen kann, sondern der aus der Erfindung der besten Mittel zu dem gemeinen Endzweck hergenommen ist.“⁵⁴⁾

Schlosser begründet in der Folge diese Unterscheidung der Gesetze eingehend. Zur ersten Art gehöre die innere Staatskonstitution, die Rechte des Regenten, sei er ein Monarch oder ein Senat. „Diese Gesetze haben mehr die Natur eines Vertrages als eines Gesetzes und werden bei allen anderen vorausgesetzt. Die zweite Klasse betrifft die Regierungsverordnungen; diese sind eigentlich nichts als die Ausführung dessen, was der Vertrag, den wir zu der ersten Klasse der Gesetze gerechnet haben, von dem Regenten fordert, und ihm gewährt. Diese Verordnungen begreifen also das ganze Kriegs- und Friedensgeschäft, alle Anstalten im Staat; zu ihnen gehört: die Bestellung der Dienste, die Vorschrift der Dienstinstruktionen, die Polizei, die äussere Religionseinrichtung, die Civilgesetzgebung selbst u. s. w. Die dritte Klasse begreift die Civilgesetze, die vierte die Strafgesetze.“

Der Schlossersche Gedanke wird zunächst von Hugo, dann von Thibaut aufgenommen und fortgebildet. Wieder steht hier eine terminologische Frage im Vordergrund. Es handelt sich zunächst um die technische Bezeichnung der Gesetze, von denen Schlosser sagt, dass sie das „gemeine Wohl“ betreffen. Sie wird durch eine Aenderung in der Uebersetzung des Ausdrucks *ius publicum* gewonnen. Der Ausdruck *ius publicum* wurde bisher von den Dogmatikern mit „Staatsrecht“ über-

⁵⁴⁾ Briefe über die Gesetzgebung, Frankfurt 1789, S. 113 ff.

setzt; so sagt Georg Adam Struve:⁵⁵⁾ „Das Recht wird unterschieden in *ius Publicum* oder das Staatsrecht . . . *Et Privatum*, oder Privat- oder eigenes Recht“; der sogenannte Wiener Heineccius:⁵⁶⁾ „dem Gegenstande nach ist jedes Recht entweder ein Staatsrecht oder ein Privatrecht“; Glück⁵⁷⁾ will das Recht „nach Verschiedenheit des Gegenstandes in das Staats- und Privatrecht einteilen“. Durch Hugo (Institutionen des heutigen römischen Rechts, 1. Auflage 1789 und Lehrbuch der juristischen Encyclopädie 1792) kommt dafür die bisher nur bei den Naturrechtslehrern üblich gewesene Uebersetzung: öffentliches Recht auf.⁵⁸⁾ In dem im Jahre 1817 erschienenen fünften Versuch seines Lehrbuchs der juristischen Encyclopädie schreibt er: *ius publicum* . . . erst seit etwa dreissig Jahren nicht mehr bloss Staatsrecht, sondern öffentliches Recht (S. 19). Dass es sich dabei darum handelt, die Schlosserschen Gesetze, die „das gemeine Wohl“ betreffen, wozu Hugo jetzt das Staatsrecht, Strafrecht und Prozessrecht zählt, unter einen Begriff zu bringen, sagt nicht bloss Hugo selbst in seiner Schrift ausdrücklich (S. 14), sondern es wird auch von anderen bemerkt; so von Savigny: „(es) erscheint, wie es nicht ungewöhnlich ist, so auch zweckmässig, neben dem Namen des Staatsrechts noch den allgemeinen Namen des öffentlichen Rechts zu gebrauchen, unter welchem der Civilprozess und das Criminalrecht mit begriffen sind.“ (System I S. 27.)

Hugo stellt dem Staatsrechte das Regierungsrecht an die Seite: diese beiden Rechtsgebiete machen das öffentliche Recht

⁵⁵⁾ Jurisprudenz oder Verfahren der landesüblichen Rechte 1689.

⁵⁶⁾ Erklärung der römischen Institutionen nach dem Leitfadern von Heineccius 1791 S. 21.

⁵⁷⁾ Ausführliche Erläuterung I S. 90. — Ebenso wird *ius publicum* mit Staatsrecht übersetzt im Kodex Max. civ. C. 1 Kap. II §§ 6, 7.

⁵⁸⁾ Vergl. Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre 1797. S. LII, 154 ff. Er versteht unter öffentlichem Recht das Recht, das sich aus dem Naturrecht durch Hinzutritt des Staats entwickelt. Zum öffentlichen Recht zählt er das Staatsrecht, das Völkerrecht, das Weltbürgerrecht. Zum Staatsrecht gehört das Strafrecht (im subjektiven Sinne, S. 195 ff.) und anderes, was zum „Regierungsrechte“ im Sinne Schlossers und Hugos gehören würde (das heutige Verwaltungsrecht, S. 182 ff.).

aus. Während Schlosser das Strafrecht zu den Civilgesetzen stellte und zwischen Prozess und andern Civilgesetzen nicht unterschied, zählt Hugo zu dem Regierungsrechte: das Kirchenrecht, Kriegs- und Völkerrecht, Justiz- oder Prozessrecht, peinliches oder Kriminalrecht, Kameral- oder Finanzrecht, Polizeirecht. Das ist wohl in allen Stücken die heute noch gültige Auffassung des öffentlichen Rechts. Hugo folgt im wesentlichen Thibaut,⁵⁹⁾ Hufeland,⁶⁰⁾ Schaubert, Wening u. a. m. — allerdings mit zahlreichen Verschiedenheiten im Einzelnen. Immer mehr wird es herrschende Lehre, zum öffentlichen Recht auch das Strafrecht und das Prozessrecht zu zählen.

Der moderne Begriff des öffentlichen Rechts ist also ein Ergebnis des Zusammenwirkens naturrechtlicher und romanistischer Einflüsse. Da die Naturrechtslehrer zwischen dem Naturrechte und dem Rechte das erst durch den Staat entsteht unterscheiden, so sind sie auch die ersten, die das Recht, das auf staatlichen Eingriffen beruht, dem Rechte entgegenzusetzen, das auch ohne Staat denkbar wäre. In diesem Sinne stellen schon die ältern deutschen Naturrechtslehrer mit dem eigentlichen Staatsrechte auch das Strafrecht und Verwaltungsrecht als ein ausschliesslich vom Staate ausgehendes Recht zusammen. Für J. G. Schlosser sind die Gesetze, die auf staatlichen Eingriffen beruhen, gleichbedeutend mit den Gesetzen, „die das gemeine Wohl betreffen“, und er teilt sie in Verfassungsgesetze und Regierungsverordnungen ein; zu diesen gehört vor allem das Verwaltungsrecht. Die Romanisten zählen seit Hugo zum Regierungsrecht ausser dem Verwaltungsrecht das Strafrecht und Prozessrecht, die jetzt mit dem Verfassungsrecht (dem eigentlichen Staatsrecht) den allgemeinen Begriff des öffentlichen Rechts ausmachen.

Nachdem so Strafrecht, Prozess und Verwaltungsrecht (sowie Kirchenrecht) zum öffentlichen Recht geschlagen worden

⁵⁹⁾ Juristische Encyclopädie und Methodologie 1797 S. 36, 86, System des Pandektenrechts S. 203 ff.

⁶⁰⁾ Abriss der Wissenschaftskunde (1797); Rechtfertigung meiner Einteilung der gesamten positiven Rechtsgelehrsamkeit (in den Beiträgen zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft zweytes und drittes Stück).

sind, schloss sich der noch übrig gebliebene Rechtsstoff von selbst zum gegensätzlichen Begriff, also zum Privatrecht zusammen. Das Privatrecht umfasst jetzt, ebenso wie das Civilrecht, im wesentlichen Personenrecht, Vermögensrecht und Familienrecht.

Der akademische Unterricht hat die Folgerungen aus dieser ganzen Entwicklung Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrhunderts thatsächlich gezogen. Sie bestanden einerseits darin, dass jetzt das öffentliche Recht, das Staatsrecht, Strafrecht, Prozessrecht und Verwaltungsrecht grundsätzlich aus den Vorlesungen über *ius civile* ausgeschieden worden sind, andererseits darin, dass der übrig bleibende Inhalt das *ius civile* nunmehr als Privatrecht bezeichnet und aufgefasst wurde. Den Anstoss dazu gab vielleicht schon Hugo in der im Jahre 1789 erschienenen ersten Auflage seiner Institutionen des heutigen römischen Rechts; aber erst Heise wirkte nachhaltig. Sein Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts, dessen Systematik nachgebildet war der ersten Auflage der Institutionen von Hugo, die von ihrem Urheber in den späteren Auflagen aufgegeben worden ist, wurde massgebend für die Systematik fast der ganzen deutschen Lehr- und Handbücherliteratur und der deutschen privatrechtlichen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts, bis auf das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Für Strafrecht, Prozessrecht, „Fiscalrecht, Polizei“ ist in diesem System kein Platz.

Der Einfluss des Heiseschen Grundrisses auf die Pandektenvorlesungen ist jedenfalls nicht gering anzuschlagen. Er ist vielleicht am besten aus den Worten Blumes zu entnehmen: „Die ungemaine Klarheit und Verständlichkeit des Heiseschen Grundrisses, welche beinahe unübertrefflich genannt werden darf, muss jeder sorgfältig nachgeschriebenen Vorlesung über denselben und jedem gedruckten Lehrbuch diejenigen Eigenschaften sichern, welche in einem systematischen Repertorium die ersten und wesentlichsten sein möchten. Die Heiseschen Hefte sind noch jetzt, nachdem die Vorlesungen schon seit eilf Jahren nicht mehr gehört werden können, noch nicht ganz als Handelsartikel auf Universitäten verschwunden, und es hat Zeiten gegeben, wo angehende Docenten

sich nur auf den Besitz derselben zu berufen brauchten um Zuhörer zu finden.“⁶¹⁾ Man darf es daher ganz wohl auf den Heiseschen Grundriss zurückführen, wenn, wie Blume sagt, „Staats- und Kriminalrecht, jetzt meistens auch Process, fast ganz aus den Pandektenvorlesungen verschwunden sind.“⁶²⁾

So ist denn thatsächlich das eingetreten, was schon im 18. Jahrhundert Nettelblatt in einer seiner vielen, auf die Methodik der Rechtswissenschaft sich beziehenden Abhandlungen empfohlen hatte: „Da nun überdem ein jeder Lehrer darauf sehen muss, dass in die eine Art von Vorlesungen nicht gemischt werde, was in die andere gehöret, und daselbst seinen wahren Sitz hat: So folget aus diesen allen offenbahr, dass es vernünftig und dem Zuhörer ganz unnachtheilig sei, wenn in den Vorlesungen über die Pandekten die Lehren, welche zu der 1) teutschen Privatrechtsgelahrtheit; 2) praktischen Rechtsgelahrtheit; 3) Staatsrechtsgelahrtheit, Kirchenrechtsgelahrtheit und Criminalrechtsgelahrtheit gehören, in den Vorlesungen über die Pandekten gänzlich übergangen werden. Wenn nun dieses geschiehet, so bleibet vor das Collegium über die Pandekten nichts weiter übrig, als dass darinnen die zur Privatrechtsgelahrtheit gehörige Lehren nach den Gründen des römischen und canonischen, mithin des fremden in Deutschland geltenden Rechtes, vorgetragen werden müssen.“⁶³⁾

Durch die Hugo-Heisesche Systematik erscheinen das Personen-, Vermögens- und Familienrecht so sehr zu einem Ganzen verbunden, dass sie gewissermassen als Einheit dem verschiedenartigen öffentlichen Rechte gegenüberstehen: im 17. und 18. Jahrhundert war das Gegenteil der Fall. Das Privatrecht ist nunmehr aus dem Grunde dem Civilrecht gleichbedeutend, weil das was vom *ius civile* nach Ausscheidung des Strafrechts und Familienrechts geblieben ist, inhaltlich

⁶¹⁾ Blume, Grundriss des Pandektenrechts. Halle 1829. S. XII ff.

⁶²⁾ A. a. O. S. VI.

⁶³⁾ Abhandlung von dem gantzen Umfange der natürlichen Rechtsgelahrtheit 1772 S. 25.

durchaus mit dem zusammenfiel, was noch als Privatrecht erschien, nachdem Strafrecht und Prozess nicht mehr als dazu gehörend betrachtet worden sind. So beruht unser heutiger Sprachgebrauch, der zwischen Privatrecht und Civilrecht (bürgerlichem Recht) nicht mehr unterscheidet, auf der historischen Entwicklung;⁶⁴⁾ die beiden ursprünglich sehr verschiedenartigen Begriffen endlich einen gleichen Inhalt gegeben hat.

Der erste, der dieser Entwicklung Ausdruck verliehen hatte, war wieder Hufeland. In seiner „Rechtfertigung“ (S. 55 ff.) hebt er, ebenso wie Hugo, hervor: Das Wort *ius publicum* werde jetzt in einem weiteren Sinn genommen als bisher, es bedeute nicht mehr bloss Staatsrecht sondern öffentliches Recht; daher müsse auch das Privatrecht, je nachdem es nur dem Staatsrecht oder auch dem öffentlichen Rechte entgegengesetzt werde, eine weitere oder eine engere Bedeutung haben. Das Privatrecht im weiteren Sinne, also das Privatrecht im Gegensatz zum Staatsrecht sei der Inbegriff solcher Rechtslehren, deren Subjekt nicht der Staat sondern eine Privatperson sei, das Privatrecht im engeren Sinne, im Gegensatz zum öffentlichen Rechte sei die Lehre von solchen Rechten, die zu ihrem Begriff und ihrer Erklärbarkeit nicht den Staat oder Anstalten, die nur durch diesen möglich sind, voraussetzen. — Man hört aus dieser Ausführung die naturrechtliche Lehre vom *ius naturae* und *ius civitatis* deutlich heraus. Aus der ganzen Darstellung Hufelands ergibt sich aber auch, dass hinter seinem Konstruktionsversuch des Privatrechts im engeren Sinne das Privatrecht steckt, das heute allein so genannt wird.

Bezeichnend ist es, dass Heise diese Entwicklung der Begriffe des Privatrechts und Civilrechts, zu der er so viel beigetragen hatte, erst in der zweiten Auflage seines Grundrisses Rechnung trägt. In der Vorrede zur ersten Auflage schreibt er:

„Eben diese Bestimmung zu sogenannten Pandektenvorlesungen bringt es dann von selbst mit sich, dass dieser Grund-

⁶⁴⁾ Doch wird heute noch Lehnrecht, Bergrecht, Handelsrecht, wohl zum Privatrecht, nicht aber zum Civilrecht (bürgerlichem Recht) gezählt. Hier wirkt es noch mit, dass *ius civile* ursprünglich eine Bezeichnung des Lehrstoffs des *corpus iuris civilis* war.

riss sich lediglich auf das gemeine Civilrecht beschränkt, und alle die Teile des Privatrechts ausschliesst, welche den besonderen Vorlesungen über Lehnrecht, Kirchenrecht, Theorie des Prozesses und deutsches Privatrecht gewidmet sind.“

In der Vorrede zur zweiten Auflage, vom Jahre 1816 heisst es:

„Zufolge seiner Bestimmung für sogenannte Pandektenvorlesungen beschränkt sich der gegenwärtige Grundriss auf das römische Privatrecht, wie es bei uns als gemeines Recht gilt. . . . Endlich sind auch alle die römischen Rechtslehren ausgelassen, welche dem Kriminalrecht, dem Kirchenrecht und der Theorie des Prozesses angehören.“

In der ersten Auflage wurden also die Ausdrücke Civilrecht und Privatrecht noch in der Bedeutung genommen, die sie im 18. Jahrhundert gehabt haben. Privatrecht ist alles, was nicht Staatsrecht ist: es umfasst also Lehnrecht, Kirchenrecht, Theorie des Prozesses und deutsches Privatrecht; Civilrecht ist das Recht des *corpus iuris civilis*, soweit es in den Vorlesungen über *ius civile* als gemeines deutsches Recht vorgetragen wird: Lehnrecht, Kirchenrecht, jetzt auch die Theorie des Prozesses und deutsches Privatrecht gehören daher nicht dazu. Wenn nun der Grundriss sich in der ersten Auflage auf das gemeine Civilrecht beschränkt, so sind diese Teile selbstverständlich nicht darunter begriffen. In der zweiten Auflage ist das „Civilrecht“ durch „Privatrecht“ ersetzt, und dieses Privatrecht ist bereits das Privatrecht des 19. Jahrhunderts, das Hufelandsche „Privatrecht im engeren Sinne“.

So entstand der moderne Privatrechtsbegriff, nicht als „logische“ Notwendigkeit, wie man häufig annimmt, sondern als Ergebnis langwieriger historischer Entwicklung, im Anschlusse an den Lehrplan der Universitäten. Ein schärferes Auge wird so manches entdecken, was zu seinem modernen Begriff nicht passt, das an ihm von früheren Entwicklungsstufen her haften blieb: es darf vielleicht darauf hingewiesen werden, dass es im wesentlichen dieser Entwicklung zu verdanken ist, wenn fast die ganze römische Baupolizei heute

noch allgemein ins Privatrecht verwiesen wird. Und auch das wird vielleicht den Juristen des 20. Jahrhunderts nicht entgehen, dass die Zusammenkoppelung des Vermögensrechts und des Familienrechts, die im 19. Jahrhundert üblich war, „begrifflich“ ebensowenig geboten war, wie etwa im 18. Jahrhundert die Zusammenfassung des Vermögensrechts, Familienrechts und Strafrechts, im 17. Jahrhundert die des Vermögensrechts, Familienrechts, Strafrechts und Prozessrechts oder gar im 16. Jahrhundert die des ganzen Rechts, das nicht *ius canonicum* war, in den einzigen Begriff *ius civile*.

Zum Schlusse noch ein Blick auf die Gesetzgebung. Zunächst muss hervorgehoben werden, dass um die Mitte des 18. Jahrhunderts, als die grossen kodifikatorischen Arbeiten in Deutschland begannen, die Selbständigkeit des *ius publicum*, des Strafrechts und des Strafprozesses in Litteratur und Lehre so ziemlich feststand, während die Rechtsgebiete, die heute zum Verwaltungsrechte gezählt werden, noch ganz unfertig in Gesetzgebung und Theorie dastanden. Diese Erwägung muss zum Ausgangspunkt genommen werden, wenn man die bayerische und österreichische Gesetzgebung würdigen will; — die preussischen Kodifikationen mögen beiseite bleiben, da sie auf einem anderen und umfassenderen Plane beruhten und in dieser Beziehung ohne Nachfolge geblieben sind. Die bayerische und österreichische Gesetzgebung schliesst das Staatsrecht und die zum Verwaltungsrecht gehörenden Materien aus, sie fassen Civilrecht, Strafrecht und Prozessrecht in besonderen Gesetzbüchern zusammen, beide verstehen unter Civilrecht die Rechtsgebiete, auf die sich das *corpus iuris civilis* bezieht, mit Ausschluss des staatsrechtlichen, strafrechtlichen und prozessrechtlichen Inhalts. In bezeichnender Weise spricht der Codex Maximilianus *bavaricus civilis* im Texte nicht vom *ius civile* sondern vom römischen Recht (P. 1, C. 2 § 9).

In den von der österreichischen Kompilationskommission im Jahre 1753 festgestellten Grundsätzen zur Verfassung des allgemeinen Rechts für gesamte kaiserl. königl. deutsche Erblande wird gesagt, das, „was den *statum publicum* oder die politische Verfassung ein und des anderen Erblandes“ anbetreffe, werde „von dem object des abzufassenden

Codicis Theresiani durch das kaiserl. königl. Hofdekretum vom 14. Mai 1753 besonders ausgeschlossen“; ⁶⁵⁾ es sei „in der Verabfassung des *iuris privati*“ nicht zu berühren, ⁶⁶⁾ „was die landesfürstliche Hoheit, und Regalien, das *acrarium*, die *iura cameraria, fiscalia*, ausser wo der Fiscus sich des *iuris privatorum* gebrauchet“, „was die Ordnungen, Vorrechte, Privilegia und Freiheiten deren Stände angehet“, „was die Bestellung deren Gerichte, die Verwaltung gemeinsamen Wesens, Handhabung der Gerechtigkeit, Ordnung der Polizei und dergleichen anbelangt“. Im Entwurfe des Kundmachungspatentes des Kodex, worin „... ein *ius privatum certum et universale* statuiert wird“, werden „die vorigen Satz- und Ordnungen, insoweit solche das *ius publicum* und die besondern dahin einschlagende Verfassungen eines jedweden Landes betreffen“, aufrecht erhalten, „so weit es das *ius privatum* anbelangt“, ausdrücklich ausser Kraft gesetzt. ⁶⁷⁾

Hier überall ist unter *ius publicum* offenbar nur das Staatsrecht und die damit zusammenhängenden verwaltungsrechtlichen Materien, unter *ius privatum* das ganze übrige Recht zu verstehen. Der Codex Theresianus sollte demgemäss nach der ursprünglichen Absicht in vier Teilen vom Rechte der Personen, Sachen und dinglichen Rechten, von den persönlichen Verbindungen und „von der Ordnung des gerichtlichen Verfahrens“ handeln (Cod. Ther. I § VI, 95). Dieser vierte Teil kam jedoch als solcher nicht zur Ausführung, sondern wurde Gegenstand einer besonderen Kodifikation, der allgemeinen Gerichtsordnung. Das Strafrecht wurde etwas später in Angriff genommen, da man anfänglich mit einer blossen Umarbeitung und Vereinigung der vorhandenen peinlichen Halsgerichtsordnungen, der Ferdinanda (1656) und der Josephina (1707) auskommen zu können glaubte. Die peinliche Halsgerichtsordnung, genannt Theresiana, kam schon im Jahre 1768 zu stande. ⁶⁸⁾

⁶⁵⁾ v. Harrasowski, Kodex Theresianus Bd. I S. 18.

⁶⁶⁾ A. a. O. S. 20.

⁶⁷⁾ A. a. O. S. 29.

⁶⁸⁾ Vergl. Wahlberg, Gesammelte Schriften II S. 115; v. Maas-

Die Terminologie des Codex Theresianus stimmt daher vollständig mit der damals in Deutschland gebräuchlichen überein. In diesem Sinne unterscheidet er zwischen den Rechten, die von der geistlichen oder von der weltlichen Gewalt kommen; und bei den letzten zwischen dem Staatsrechte und den Rechten „die unmittelbar das allgemeine Beste und die innere Verfassung des ganzen Staates zum Gegenstande“ haben und denen, die hauptsächlich auf das „sonderheitliche Beste einzelner Bürger ab(zielen), und die Richtschnur der Privathandlungen vor(schreiben,) welche im engeren Verstand das bürgerliche oder Privatrecht genennet werden“. „Die bürgerlichen Rechte sind nach Verschiedenheit des Staates verschieden“ (Cod. Ther. I § I, 4; 5; 7). Der Gegensatz des Staatsrechts und Privatrechts entspricht also dem Gegensatze des *ius publicum* und *ius privatum*, wie er in Deutschland im 18. Jahrhundert aufgefasst worden ist. Das bürgerliche Recht ist das geltende Recht, jedoch mit Ausschluss des „Staatsrechts“ und im Gegensatze zu dem, das „von der geistlichen Gewalt kommt“.

Es ist klar, dass schon der Kodex Theresianus in Wirklichkeit keine anderen Materien regelte, als die, die in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts als Privatrecht oder Civilrecht bezeichnet werden. Daher ist ihm bereits das bürgerliche Recht „im engeren Verstand“ mit Privatrecht gleichbedeutend (I § I, 5). Das hängt jedoch ausschliesslich damit zusammen, dass das Prozessrecht und das Strafrecht, obwohl sie an sich als zum Privatrechte gehörend betrachtet wurden, besonderen Kodifikationen vorbehalten worden sind. Noch stärker tritt dies im Entwurf Martini hervor. Dort heisst es: „Der Inbegriff der Gesetze, durch welche die Pflichten und Obliegenheiten aller Bürger und Einwohner unter sich bestimmt werden, macht eigentlich das Privat-, Civil- oder bürgerliches Recht aus“. Trotzdem scheint man sich dessen bewusst geblieben zu sein, dass bürgerliches Recht ein weiterer Begriff ist als Privatrecht, denn der bereits erwähnte Paragraph des Entwurfs Martini hat im west-

burg, Zur Entstehungsgeschichte der Theresiana S. 5, A. 14 S. 17; v. Luschin, Oesterr. Reichsgesch. S. 518 ff.

galizischen Gesetzbuch (dem sogenannten Urentwurf) folgende Fassung: „Der Inbegriff aller Gesetze wodurch wechselseitige Rechte und Pflichten der Einwohner des Staates unter sich bestimmt werden, macht das bürgerliche Privatrecht desselben aus. Dieses Privatrecht ist in diesem Gesetzbuch enthalten“. Man hat es also damals noch für notwendig gehalten, das „bürgerliche Recht“ durch das „Privatrecht“ näher zu bestimmen und abzugrenzen.

Wenn daher v. Harrasowski aus dem Protokolle der Kompilationskommission des Codex Theresianus vom 3. Mai 1753 entnehmen will, schon der ursprüngliche im Jahre 1753 von der Kaiserin Maria Theresia der Kompilationskommission erteilte Auftrag sei dahin gegangen, das, was mit dem öffentlichen Rechte und den bestehenden Jurisdiktionsverhältnissen zusammenhänge, unverändert zu erhalten,⁶⁹⁾ wenn er die stoffliche Einschränkung der Kodifikationsarbeiten daraus ableiten will, so ist das nicht nur missverständlich, sondern auch anachronistisch. Vom „öffentlichen Rechte“ ist während der Vorarbeiten das ganze 18. Jahrhundert hindurch keine Rede, und dieser Begriff ist auch den österreichischen Juristen vor Schluss des 18. Jahrhunderts ebenso fremd, wie der moderne Begriff eines nur das Vermögens- und Familienrecht enthaltenden Privatrechts. Wohl aber findet sich bei Martini, wie bereits dargethan worden ist, und bei Zeiller⁷⁰⁾ der naturrechtliche Begriff des öffentlichen Rechts und des Privatrechts. Im Sinne dieses naturrechtlichen Begriffs des öffentlichen Rechts ist es daher auch aufzufassen, wenn in der Sitzung der Redaktionskommission vom 21. Dezember 1801 eine genauere Bestimmung darüber vermisst wird, dass die bürgerlichen Gesetze in der engeren Bedeutung, im Gegensatze zu den peinlichen und öffentlichen Gesetzen, nur das Privatrecht zum Gegenstande haben; wenn der Vizepräsident v. Haan in den Worten „bürgerliches Privatrecht“ eine Tautologie findet, so beruht das zweifellos auch ebenfalls aus-

⁶⁹⁾ Geschichte der Kodifikation des österr. Civilrechts S. 45. Vergl. v. Harrasowski, Kodex Theresianus I S. 29 A. 3.

⁷⁰⁾ Natürliches Privatrecht, Wien 1808, S. 24 ff. — Vergl. Vorbereitung zur neuesten österr. Gesetzkunde 1810 S. 3 ff.

schliesslich auf naturrechtlichen Einflüssen, obwohl allerdings Thibaut und Hugo in Oesterreich damals bereits bekannt waren.⁷¹⁾

Die Abtrennung des Staatsrechts, Strafrechts und Prozessrechts vom *ius civile*, die nicht theoretische Erwägungen oder gar „begriffliche“ Gesichtspunkte, sondern praktische Rücksichten und der Gang der Kodifikationsarbeiten mit sich brachten, erzeugte also hier dieselben Wirkungen, wie in Deutschland der aus ähnlichen Gründen veränderte Lehrplan der juristischen Fakultäten der Universitäten. So entstand auch die Bezeichnung: „bürgerliches Gesetzbuch“, die, zuerst bekanntlich für das österreichische privatrechtliche Gesetzbuch aufgekommen, (Pfaff und Hofmann, Kommentar Bd. I, S. 32 A. 177) jetzt allgemein angenommen ist.

XVII. Privatrecht und öffentliches Recht.

Die, allerdings sehr unzuverlässigen, Nachrichten über die Urzustände Roms lassen wenigstens die eine Thatsache ausser Zweifel, dass die Grundlagen der Rechtsentwicklung in Rom wie anderwärts zum grossen Teile älter sind als der Staat, jedenfalls aber älter als die staatliche Gesetzgebung. Das Eigentum an Grund und Boden, ursprünglich jedenfalls Gemeineigentum, noch in historischer Zeit lange genug nur ein Hufenrecht; die Familie, mit ihren gleichmässig unbeschränkten Gewalten über Freie und Unfreie; das Erbrecht der *sui*, eigentlich ein blosses Sitzenbleiben auf dem hinterlassenen Erbe und doch schon im Keime das agnatische Erbrecht der zwölf Tafeln

⁷¹⁾ Von der französischen und englischen Terminologie wurde hier abgesehen. Diese ist im wesentlichen die italienische des Mittelalters; im Französischen bedeutet *droit public* Staatsrecht, *droit civil* das Recht des *corpus iuris civilis* oder des *code civil*. Ausserdem gibt es ein *droit administratif*, *droit pénal*, *droit commercial* u. s. w. *Droit privé* ist alles Recht, das nicht *droit public* ist, heute wird es aber, wohl hauptsächlich unter deutschem Einflusse, oft als gleichbedeutend mit *droit civil* gebraucht, umfasst aber jedenfalls auch das Handelsrecht. Im Einzelnen gibt es viele Schwankungen und Verschiedenheiten: doch davon muss hier abgesehen werden.

enthaltend und dafür nachweisbar vorbildlich; das eidliche Versprechen, das *negotium per aes et libram* und der naturale Tausch, die drei Wurzeln des römischen Vertragsrechts noch in historischer Zeit; das Eigentum an beweglichen Sachen und das Recht der unerlaubten Handlungen, die den Zusammenhang mit unrechtlichen Zuständen und Einrichtungen auf keiner Entwicklungsstufe zu verleugnen vermochten; der Rechtsschutz durch *legis actiones*, in denen vorgeschichtliche Formen der Selbsthilfe und des schiedsrichterlichen Verfahrens überall durchschimmern: das alles sind Gestaltungen, die der Staat und die staatliche Gesetzgebung wenigstens in ihren Grundzügen bereits vorgefunden haben muss, die sie immer beachteten, teilweise auch ausdrücklich anerkannten, die sie aber weder schaffen, noch in ihrer Entstehung oder Entwicklung in nennenswerter Weise beeinflussen konnten.

Als der Staat so weit erstarkte, dass er sich der Aufgabe zu unterziehen vermochte, in die Beziehungen der Staatsangehörigen regelnd einzugreifen, da handelte es sich zunächst darum, die vorhandenen Gewalten der gesellschaftlichen Organisationen auszugestalten, neue nach Bedürfnis zu schaffen, und den Reibungen im Innern, die die Widerstandskraft gegen äussere Feinde lähmten, wirksam entgegenzutreten, Anschläge gegen das Wohl aller, Einverständnis mit dem Feinde, Verschwörung oder Ungehorsam gegen die Träger des Imperiums zu ahnden, Unbill an den Göttern, die deren Rache auf das Gemeinwesen heraufbeschwören könnte, durch Preisgeben des Thäters zu sühnen. Auf diesen Gebieten trat zum erstenmal die bewusste staatliche Rechtserzeugung neben die unter der Schwelle des Bewusstseins sich vollziehende gesellschaftliche Entwicklung.

Der Gegensatz dieses im Staate und durch den Staat entstandenen Rechts zu dem bisherigen vorstaatlichen und ausserstaatlichen Recht fällt keineswegs mit dem Gegensatz von Gesetz und Gewohnheitsrecht, wie dieser heutzutage aufgefasst wird, zusammen, denn auch das staatliche Recht ist nach heutigem Sprachgebrauch zum Teile Gewohnheitsrecht (gewohnheitsrechtliches Staatsrecht), andererseits verliert ausserstaatliches Recht dadurch nichts von seinem

Gepräge dass es kodifiziert, also zum Gesetz wird, wie in Rom in den zwölf Tafeln und später etwa noch in der *lex Aquilia*. Die zwölf Tafeln, deren Dasein zu bezweifeln man sich, trotz aller modernen Anfechtungen, schwerlich wird entschliessen können, dürfen dem ausserstaatlichen Rechte gegenüber vielleicht nicht einmal als Kodifikation im modernen Sinne bezeichnet werden; denn nicht bloss der Inhalt, selbst der Wortlaut wird ihnen in den alten Rechtsparömien und in der juristischen Ueberlieferung vorgezeichnet gewesen sein.

Es gab im Altertum und es gibt noch heute grosse Staaten, die staatliches Recht gar nicht oder nur im geringen Masse kennen. Die grossen Gesetzbücher des Orients waren nur kodifiziertes Gewohnheitsrecht; staatliche Eingriffe ins Leben bestehen dort heute noch fast ausnahmslos in Verfügungen für den einzelnen Fall, nicht in abstrakten Normen. Aber wo, wie in Rom, die staatliche Gesetzgebung frühe genug auftritt, dort gewinnt sie rasch auch einen grossen Umfang: sie stellt sich sofort ein, wenn ein augenblickliches Bedürfnis darnach vorhanden zu sein scheint, und das ist immerhin häufig genug der Fall. Die trümmerhafte Ueberlieferung des Materials gestattet wohl nicht einmal eine annähernde Vorstellung von dem Wuste der Gesetze, der sich in Rom einst angesammelt hatte, die zahlreichen Klagen der Zeitgenossen, die über die *legum indigesta moles* überliefert sind, geben ein viel anschaulicheres Bild. Immer und immer wieder scheint der Ruf nach neuen Eingriffen der Staatsgewalt erschollen zu haben, dem diese willig Rechnung trug: Klassenkämpfe, Forderungen der staatlichen Verwaltung, wirtschaftliche und gesellschaftliche Uebelstände gaben offenbar recht häufig Anlass dazu. Das Gesetz der wachsenden Ausdehnung der Staatsthätigkeit, das Adolf Wagner aufgestellt hatte, gilt jedenfalls auch für Rom.

Das ausserstaatliche Recht entwickelt sich gleichzeitig, wenn auch nicht in die Breite, so doch in die Tiefe. Denn das Leben zeitigt jeden Augenblick neue Bedürfnisse, stellt jeden Augenblick neue Fragen, und wenn das hergebrachte Recht auch die Antwort darauf versagt, der Jurist darf und kann nicht stumm bleiben. So entsteht die schöpferische Jurisprudenz. Der Jurist erzeugt nicht Recht, wie der Gesetzgeber, der über der Gesell-

schaft steht, für die das Recht gelten soll, aber er hat es zu „finden“, um das sinnige Wort zu gebrauchen, mit dem die deutsche Sprache einst die Thätigkeit der Urteiler bezeichnete, er findet das Recht, selbst ein Glied der Gesellschaft, die sich im Rechte ihre Organisation selbstthätig schafft, ein Stück der waltenden Natur, die das Recht, wie andere gesellschaftliche Kräfte, aus ihrer Tiefe hervorquellen lässt. Es wäre kindisch anzunehmen, der gewaltige Bau des *ius civile*, wie ihn die Juristen der Republik aufgeführt hatten, sei den Römern in der That je nicht nur der Form, sondern auch der Sache nach als blosser *interpretatio* erschienen; aber sie haben ihn auch nie als Werk der Gesetzgebung oder der Gesetzgebung verwandt angesehen; ihren Standpunkt bezeichnen vielleicht am besten die Worte Ciceros vom *ius obscurum sane et ignotum, patefactum in iudicio atque illustratum*.

Der Gegensatz des staatlichen und ausserstaatlichen Rechts tritt in Rom als Gegensatz des *ius publicum*, und *ius privatum* zu Tage. *Ius publicum* ist, neben dem zum Teile gewohnheitsrechtlichen Staatsrecht, das staatliche Gesetzesrecht, *ius privatum* das ausserstaatliche Juristenrecht, dessen verschiedene Bestandteile von den theoretisierenden Juristen als *ius civile*, *ius gentium* und *ius naturale* bezeichnet werden. Allerdings enthielt der gesetzgeberische Markstein der römischen Rechtsentwicklung, das Zwölftafelrecht, im wesentlichen ausserstaatliches Recht, aber dieses galt in Wirklichkeit, wenigstens in historischer Zeit, nie als solches, sondern in der Form, in der es von der Jurisprudenz aufgenommen, verarbeitet, überliefert worden ist, es galt nicht als *ius publicum*, sondern als *ius civile*. So bricht sich der Grundgedanke, den die an der äusseren Erscheinung haftende Terminologie in den Hintergrund drängt, aus innerer Kraft immer wieder Bahn.

Aber der Gegensatz der Herkunft drückt jedem einzelnen Rechtssatz sein Gepräge auf: nicht historische Studien, sondern ein feines Gefühl für das Thatsächliche lehrten die Römer, ihn zu beachten. Es kommt dabei nie darauf an, wo der Rechtssatz ausgesprochen ist, sondern von wo er inhaltlich herührt: entscheidend ist es, ob er seinem Inhalt nach staatlicher Eingriff oder Ergebnis selbstthätiger Entwicklung ist. In

den *leges*, die den zwölf Tafeln folgten, im prätorischen Edikt, in den *senatusconsulta* und den *constitutiones*, war so manche Norm enthalten, die der Form nach *ius publicum* war — ähnlich wie wir heute vom Gesetz im formellen Sinne sprechen, — aber der Sache nach nur eine Umbildung oder Fortbildung des gesellschaftlichen Rechts enthielt, wie sie auch ohne einen solchen Eingriff durch blosser Thätigkeit der Juristen sich hätte vollziehen können: der Staat übernahm hier, vielleicht nur aus einem äusseren Anlasse, eine Aufgabe, die die Gesellschaft allein wohl auch zu lösen im stande gewesen wäre. Auch hier wie beim Zwölftafelrecht setzte sich der innere Gegensatz durch: wenn Cicero von *leges de iure civili* spricht, wenn die späteren Juristen nicht das Edikt oder das Konstitutionenrecht schlechthin, sondern immer nur die wirklichen Neuerungen des prätorischen und kaiserlichen gegenüber dem hergebrachten Rechte als *ius publicum* bezeichnen, so liegt dem möglicherweise bewusste Absicht, vielleicht nur eine feine Empfindung für das dem Sprachgeiste gemässe, schwerlich aber blosser Zufall zu Grunde.

Der Gegensatz des staatlichen und gesellschaftlichen Rechts ist vielfach auch ein Gegensatz in der Art der Durchsetzung der Ansprüche, die sich auf das Recht gründen. Wo sich ein staatlicher Eingriff als notwendig erweist, dort wird seine Bewährung in der Regel nicht der schwächlichen privaten Rechtsverfolgung überlassen, wie zumeist die Bewährung der Ansprüche, die sich auf das gesellschaftliche Recht gründen, die, selbst nachdem der Staat sich der Rechtspflege bemächtigt hatte, nicht nur in den Legisaktionen, sondern auch im moderneren Formular-, ja sogar im Kognitionsverfahren nichts ist, als eine zeitgemässe Umbildung der uralten Selbsthilfe. Neue, energischere Formen der Rechtsverfolgung entstehen, die ausschliesslich dem *ius publicum* vorbehalten bleiben und selbst als *ius publicum* erscheinen, obwohl dieses zum Teile auch auf die alten Formen angewiesen bleibt. Aber auch an innerer Kraft wird das gesellschaftliche Recht vom staatlichen Recht übertroffen. Gewiss hat nie ein Römer gesagt: *ius publicum* sei das zwingende Recht; aber sie haben den Grundsatz aufgestellt: *ius publicum* sei zwingendes Recht, und er bleibt im

allgemeinen wahr, trotzdem er zweifellos kein unbedingt zuverlässiger Wegweiser ist.

Wäre die Rechtsentwicklung in Deutschland ohne äussere Unterbrechung geblieben, so wäre hier, ganz so wie in Rom, teils im Reiche, teils in den Territorien, mit der Zeit auch staatliches Recht gesellschaftlichem gegenübergetreten. Ansätze dazu waren in genügendem Masse vorhanden. Aber die Entwicklung wurde durch die Rezeption des römischen Rechts unterbrochen. So lange die innere Geschichte der Rezeption nicht dargelegt ist, sind wir darauf angewiesen, ihre Bedeutung zu unterschätzen und zu überschätzen: sie dürfte aber viel häufiger überschätzt als unterschätzt werden. Die Rezeption hat keine neuen Rechtseinrichtungen in Deutschland zur Folge gehabt; Eigentum und Familie, Dienstbarkeiten, Pfandrecht und Forderungen, Vertrag und Delikt, Erbe und Testament bestanden schon früher teils in voller Entfaltung, teils, wie das Testament, in lebensfähigen Keimen. Nur wenig wurden die Grundlagen der gesellschaftlichen Organisation, die Eigentumsformen an Grund und Boden, die Familiengewalten, die Herrschaftsverhältnisse vom römischen Recht berührt. Gegenstand der Rezeption war fast nur das römisch-italienische Juristenrecht. Die Bedeutung der Rezeption besteht darin, dass man jetzt das Recht nicht mehr zu finden brauchte, da man gelernt hatte, es anzuwenden. An Stelle des gesellschaftlichen Rechts, das in Deutschland gerade in der Entwicklung begriffen war, trat die juristische Konstruktion, die eigentümliche juristische Technik, die in jedem einzelnen Falle das Problem zu lösen hatte, nach welchen Grundsätzen des römischen Juristenrechts eine deutsche Rechtseinrichtung zu beurteilen sei. Das rezipierte Recht nahm in Deutschland die Stellung des ausserstaatlichen Rechts ein.

Auf diesem Unterbau vollzog sich in Deutschland die Ausgestaltung des staatlichen Rechts. Vor allem tritt dem rezipierten römischen Rechte in Lehre und Uebung als abgeschlossenes Ganzes das Staatsrecht gegenüber, das von der Rezeption unberührt geblieben ist; zu ihm gesellen sich nacheinander die Rechtsgebiete, auf denen die Entwicklung gebieterisch staatliche Eingriffe forderte: Strafrecht, Verwaltungsrecht, Prozess. Und als sie alle, mehr auf Grund eines richtigen

Gefühls als einer klaren Erkenntnis, in der Gesetzgebung und in dem akademischen Vortrage aus dem im wesentlichen ausserstaatliches Recht enthaltenden *ius civile* ausgeschieden worden sind, werden sie wieder zu einer Gruppe vereinigt, und treten als „öffentliches Recht“ den Rechtsgebieten gegenüber, die nach wie vor von dem durch gesellschaftliche Rechtsbildung entstandenen rezipierten Rechte beherrscht bleiben.

Für die historische Betrachtung geht daher auch in Deutschland der Gegensatz des Privatrechts und des öffentlichen Rechts im Gegensatze des staatlichen und des gesellschaftlichen Rechts auf. Privatrechtlich sind in der Hauptsache die deutschrechtlichen Einrichtungen vorstaatlichen und ausserstaatlichen Ursprungs, auch wenn sie von der staatlichen Gesetzgebung umgebildet und umgeformt worden sind.⁷²⁾ Privatrechtlich ist das rezipierte römische Juristenrecht. Öffentlichrechtlich ist überall das staatliche Recht; öffentlichrechtlich ist vor Allem das Staatsrecht, das Strafrecht, das Verwaltungsrecht, die alle heutzutage zweifellos staatliches Recht sind. Aber hier wie in Rom macht sich der historische Gegensatz auch in der verschiedenen Kraft, im verschiedenen Gepräge der einzelnen Rechtssätze fühlbar: der historische Gegensatz schlägt in den dogmatischen um. Dogmatisch kann man ihn dahin fassen, öffentliches Recht liege vor, wenn der Staat sich der Gesetzgebung bewusst als Mittel bedient, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen; Privatrecht wenn die Gesellschaft sich ihr Recht selbst schafft, und die staatliche Gesetzgebung, nur eingreift, um das gesellschaftliche Recht festzustellen und zu klären. Denn nur die Gesetzgebung, mit der der Staat bestimmte Zwecke verfolgt, schafft wirkliches staatliches Recht, nicht die Gesetzgebung, die bloss ausserstaatliches Recht in die Form eines Gesetzes bringen will.

Es ergibt sich daraus, dass die Grenzen des öffentlichen

⁷²⁾ Vieles was äusserlich als staatliches Recht erscheint, ist in Wirklichkeit ausserstaatliches Recht, daher privatrechtlich. Das moderne Genossenschaftsrecht, das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung regelt Verhältnisse, die dadurch entstanden sind, dass gewisse Beschränkungen der Vertragsfreiheit, z. B. das Verbot der Beschränkung der Haftung auf einzelne Vermögensgegenstände, aufgehoben worden ist.

Rechts und des Privatrechts zu allen Zeiten verrückbar waren. Sobald der Staat sich dessen bewusst wird, dass er an der rechtlichen Regelung einer gesellschaftlichen Einrichtung ein Interesse hat, erhalten die gesetzgeberischen Eingriffe, die er vornimmt, ein öffentlichrechtliches Gepräge; ja, er kann sogar die bisherige gesellschaftliche Ordnung eines Gebietes zu einer staatlichen, öffentlichrechtlichen erheben, wenn er sie unmittelbar seinen Zwecken dienstbar macht, wenn die staatlichen Organe zum Bewusstsein der Interessen gelangen, die durch die Bestimmung gewahrt werden sollen. Der Einwand des Spieles, ursprünglich zweifellos privatrechtlich, erhält im letzten Viertel des verflossenen Jahrhunderts öffentlichrechtlichen Charakter seit die Gerichte sich des Einwands bedienen, um das Börsenspiel Unberufener einzudämmen. In einer Schrift über das zwingende und nichtzwingende Recht im bürgerlichen Gesetzbuch habe ich zu zeigen versucht, wie zahlreiche als privatrechtlich gedachte Anordnungen des B.G.B. zu öffentlichrechtlichen werden, sobald die grosse Bedeutung der öffentlichen Interessen, denen sie ihren Schutz angedeihen lassen, zum allgemeinen Bewusstsein gelangt.

So erklärt es sich, wie es gekommen, dass manches Recht, oft ohne jede äussere Aenderung, bloss infolge von Umwälzungen sittlicher oder gesellschaftlicher Art, aus einem Privatrecht öffentliches Recht geworden ist. Die Familiengewalten, in Rom ursprünglich Ausfluss eines eigentumsähnlichen Privatrechts, verlieren dieses Gepräge zum Teil noch in der Kaiserzeit, zumal die Vormundschaft; im modernen Rechte wird auch die väterliche Gewalt immer mehr zu einem öffentlichen Amt. Die Verstaatlichung eines grossen Theils des Vertragsrechts, besonders des Rechts des Arbeitsvertrages, vollzieht sich vor unseren Augen. Das älteste römische Strafrecht war fast nur soweit öffentliches Recht, als es das *parricidium* und die *perduellio* betraf, wenn auch das privatrechtliche Verfahren zu einer Bestrafung führen konnte, die der öffentlichrechtlichen gleichkam. Aber dieses Privatstrafrecht wurde zum grossen Theile schon im republikanischen Rom, noch mehr aber in der Kaiserzeit vom öffentlichrechtlichen verdrängt; das im *Code pénal* (Art. 374 Al. 2, vergl. aber auch Art. 375), wenn auch

nur mittelbar anerkannte Recht des Gatten, die ehebrecherische Frau und ihren Mitschuldigen zu töten, ist vielleicht die letzte erhebliche Spur des privatrechtlichen Strafrechts, die sich noch in einem moderneren Strafgesetzbuch erhalten hat; viel stärker dürfte es sich in der Rechtssprechung geltend machen, zumal in der der Geschworenengerichte.

Am schärfsten tritt der Gegensatz zwischen staatlichem und ausserstaatlichem Rechte an dem Risse zu Tage, der das Eigentumsrecht an Grund und Boden durchzieht. Die Lehre von der „vollständigen rechtlichen Herrschaft über die Sache“ wird heute noch auf privatrechtlichen Lehrstühlen zu meist so vorgetragen, als ob der von allen Lasten und Beschränkungen freie Grund und Boden des *solum Italicum* ein wesentlicher Bestandteil unserer Eigentumsordnung wäre, als ob es kein Forstrecht und kein Wasserrecht, keine Feldpolizei, keine Bau- und keine Gewerbeordnung gäbe, als ob es heute noch, wie in Rom, keinen „begrifflichen“ Unterschied gäbe zwischen dem Eigentum an einem Grundstück und an einer Brieftasche. Die anderen Dinge erfährt man immerhin auch aber von einem anderen Manne, aus einem anderen Lehrbuche manchmal wohl erst in einem Kolleg, das an einer anderen Fakultät gelesen wird. Das eine ist eben gesellschaftliches, das andere staatliches Recht.

Die Verstaatlichung des Civilprozesses ist deswegen von so grossem Interesse, weil hier zweifellos die Umwälzung in den Ideen über die Aufgaben der staatlichen Rechtspflege, die sich seit Jahrtausenden überall vollzieht, die treibende Kraft gewesen ist. Der uns heute so nahe liegende Gedanke, dass, wer einen Anspruch zu stellen hat, sich an die staatlichen Gerichte zu wenden habe, war begreiflicher Weise der Urzeit vollständig fremd: da ist es zunächst Sache des Einzelnen seinen Anspruch durch eigene Kraft durchzusetzen, in den seit undenklicher Zeit in allen wesentlichen Beziehungen feststehenden Formen. Der Rechtsgang ist „organisierte Selbsthilfe“, also durchaus ausserstaatliches Recht, und er verliert dieses Gepräge auch nicht, als der Staat die Rechtspflege allmählich an sich zu reissen beginnt, vielleicht anfänglich nur um Fehden zu vermeiden und die grössten Härten zu mildern. Die römischen Legisactionen

sind eine Fortbildung des ausserstaatlichen Selbsthilfe-, der Formularprozess eine Vereinfachung des Legisactionenverfahrens; und auch den heutigen Civilprozess verknüpft noch immer die Verhandlungsmaxime, die ihn beherrscht, als letzte Regung des dem Selbsthilfeverfahren zu Grunde liegenden Gedankens, mit seinem vorgeschichtlichen Ursprung. Aber Bestandteile staatlichen Rechts kamen schon in den Legisactionen- und in den Formularprozess hinein; im Kognitionsverfahren gelangen sie zu einer grösseren Bedeutung. Ist auch der gemeinrechtliche Prozess und die an ihn anknüpfenden partikularrechtlichen Gestaltungen wieder durchaus privatrechtlich, also eigentlich ein Rückschritt, so tritt doch seit dem XVIII. Jahrhundert wenigstens in der Wissenschaft der Gedanke immer stärker hervor, der Civilprozess gehöre dem öffentlichen Rechte an. Das ist wohl zunächst ein unbewusster Ausdruck der Forderungen, die auf diesem Gebiete an die staatliche Gesetzgebung gestellt werden, und der Erkenntnis des grossen Interesses, das der Staat an der Ordnung der Rechtspflege habe. In diese Zeit fällt auch die preussische Allgemeine Gerichtsordnung, der erste Bruch mit der Verhandlungsmaxime, der erste grosse, wenn auch mit unzulänglichen Mitteln unternommene Versuch einer Verstaatlichung des Civilprozesses. Aber im allgemeinen blieb die Litteratur trotz des theoretischen Glaubensbekenntnisses zu einem öffentlichrechtlichen Civilprozess an der privatrechtlichen Auffassung des Civilprozesses haften, und die Gesetzgebung beschränkte sich darauf, das aus der Selbsthilfe hervorgegangene, also im wesentlichen privatrechtliche, englische und französische Verfahren nach Deutschland zu verpflanzen. In der Litteratur macht wohl zunächst v. Bülow Ernst mit dem öffentlichrechtlichen Charakter des Civilprozesses; die österreichische Civilprozessreform aber sucht nach den meisten Richtungen wirklichen staatlichen Prozess, nicht bloss staatliche Rechtspflege zu geben. Mit der Abschaffung der Verhandlungsmaxime ist der entscheidende Schritt gethan, um an Stelle eines Civilprozesses, der im wesentlichen kodifiziertes ausserstaatliches Recht ist, einen Civilprozess zu setzen, der die Rechtspflege endgiltig staatlichen Zwecken unterwirft

Der Widerstand, den der Bruch mit der, auch nicht durch die geringste Zweckmässigkeitserwägung empfohlenen Verhandlungsmaxime gefunden hatte, zeigt, zumal in seiner historischen Färbung, den Nachklang der uralten Rechtsideen der Menschheit mitten im Wirbel des modernen Lebens.

So stehen denn die ganze Kulturgeschichte der Menschheit hindurch das staatliche dem ausserstaatlichen, das öffentliche dem Privatrecht gegenüber. Immer mehr erweitert sich das Gebiet der staatlichen Eingriffe, der bewussten Staatsthätigkeit, des öffentlichen Rechts: das Privatrecht aber bleibt, wie es schon Puchta genannt hatte, die „Freiheit“, die der Staat der selbstthätigen gesellschaftlichen Entwicklung nicht nur gelassen hat, sondern auch, es ist vielleicht nicht ganz überflüssig es heutzutage zu betonen, zum guten Teil lassen muss und lassen soll.

Beilage zu Seite 81 ff.

Ius civile bei Cicero, *Topica* 28.

Mit der Auslegung von
Cicero, *Topica* 28:

Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum: partitionum, cum ea res, quae proposita est, quasi in membra discerpitur; ut si quis dicat, ius civile id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus iudicatis, [iuris] peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat . . .

befasst sich auch das nachgelassene *Parergon* von Pernice, das während des Druckes dieser Schrift erschienen ist.¹⁾ Pernice übersetzt schlankweg: Das Recht, nach dem die Römer leben, setzt sich aus den genannten Teilen zusammen. Es möge daher gestattet sein, die Auslegung, die in dieser Schrift verteidigt wird: Rechtswissenschaft sei das, was auf den *leges, senatusconsulta, . . . mos, aequitas* beruht, eingehender als es im Texte möglich war, zu begründen.

Die Bedeutung von Rechtswissenschaft, der hier dem Ausdruck *ius civile* beigelegt wird, hat dieser, wie bereits dargethan worden ist, sehr häufig; die wichtigsten Stellen mögen nochmals zusammengestellt werden:

D. 1, 2, 2, 39; 40, 43, 46 (Pomponius, l. *singulari enchiridii*):

Post hoc fuerunt P. Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile . . . Post hos Qu. Mucius, Publii filius, pontifex maximus, ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo . . . ea velut contumelia Servius

¹⁾ Z. Sav.St. XXII S. 61; so schon Pernice, Z. Sav.St. XX S. 143.

*ab in in
rembre
Comp. tu*
also: ist Rechtswissenschaft bei Cicero
in dem Buche der peritorum auctoritate!

tactus operam dedit iuri civili . . . fuit autem patricius et transit a causis agendis ad ius civile.

Cicero, *De orat.* II, 142:

. . . est enim, ne forte nescias, heri nobis ille hoc, Catule, pollicitus, ius civile, quod nunc diffisum et dissipatum esset, coacturum et ad artem facilem redacturum.

D. 10, 4, 19 (Paulus, l. quarto epitomarum Alfeni):

Ad exhibendum possunt agere omnes quorum interest. Sed quidam consuluit, an possit efficere haec actio, ut rationes adversarii sibi exhibeantur, quas exhiberi magni eius interesset. Respondit (scil. Alfenus) non oportere ius civile calumniari neque verba captari.²⁾

Dagegen hat *consistere* bei Cicero, soweit sich sein Sprachgebrauch an der Hand des Wörterbuchs von Merguet verfolgen lässt, also in seinen Reden und philosophischen Schriften, nie die ihm von Pernice beigelegte Bedeutung: sich aus etwas zusammensetzen. Die Verbindung: *consistere ex*, die bei dieser Bedeutung wohl die nächstliegende wäre, kommt nach Merguet bei Cicero gar nicht vor, und scheint dem guten Latein überhaupt ganz fremd zu sein. Georges führt dafür nur Lucrec und *Auctor belli Hisp.* an. Bei der Verbindung: *consistere in* überwiegt bei Cicero noch die ursprüngliche Bedeutung: irgendwo stehen bleiben, verbleiben, verharren; daran knüpft unmittelbar die übertragene Bedeutung an: sich auf etwas gründen, stützen, auf etwas beruhen.³⁾ Folgende Stellen, die für Ciceros Sprachgebrauch besonders bezeichnend sind, mögen hier angeführt werden:⁴⁾

²⁾ Diese Stelle, die im Texte in einem anderen Zusammenhange angeführt worden ist, gehört eigentlich hierher, zumal es sich um die Äußerung eines älteren Juristen (Alfenus) handelt.

³⁾ Durchgesehen wurden noch, mit demselben Erfolge, die Wörterbücher zu Caesar und Tacitus von Meusel und Greef. Bei Caesar kommt *consistere* in der ursprünglichen Bedeutung (stehen bleiben, verbleiben) sehr oft, in der übertragenen (beruhen) nur sehr selten vor; bei Tacitus ist nur die ursprüngliche Bedeutung nachweisbar.

⁴⁾ In dem Satze: Zinnober besteht aus Schwefel und Quecksilber hätte Cicero daher „besteht“ kaum mit *consistit*, geschweige denn mit *consistit in* übersetzt.

Cicero, *De finibus* V, 86:

Omnis auctoritas philosophiae, ut ait Theophrastus, consistit in beata vita comparanda

Cicero, *Tuscul. disput.* V, 42:

Atque haec certe non ita se haberent, nisi omne bonum in una honestate consisteret

Cicero, *De finib.* V, 40:

. . . non necesse est . . . in eaque expletione naturae summi boni finem consistere . . . ?

Cicero, *Academ. priorum* II, 139:

Tum, cum honestas in voluptate contemnenda consistat, honestatem cum voluptate . . . copulabis?

Cicero, *Academ. prior.* II, 29:

. . . Quoniam enim id haberent Academici decretum . . . nihil posse percipi, non debere eos in suo decreto . . . fluctuari, praesertim cum in eo summa consisteret . . .

Cicero, *P. M. Marcello* 22:

. . . doleoque, cum res publica immortalis esse debeat, eam in unius mortalis anima consistere . . .

Cicero, *Phil.* III, 19:

Nam interitus quidem tui quis bonus non esset auctor, cum in eo salus et vita optimi cuiusque, libertas populi Romani dignitasque consisteret?

Cicero, *De lege agr.* II, 102:

Vos, quorum gratia in suffragiis consistit, libertas in legibus, ius in iudiciis et acqutate magistratum, res familiaris in pace, omni ratione otium retinere debetis.

Die Uebersetzung von Pernice dürfte daher immerhin gewichtigeren philologischen Bedenken begegnen, als die in dieser Schrift verteidigte. In sachlicher Beziehung wurde aber bereits hervorgehoben, dass zu Gunsten der Auslegung, die in dieser Schrift verteidigt wird, der Umstand spricht, dass Cicero hier ein Beispiel für die *definitio partitionum* geben will. Die Richtigkeit dieser Annahme ergibt sich mit zwingender Folgerichtigkeit aus der Begriffsbestimmung des *ius*, die Cicero kurz darauf als Beispiel für die *definitio divisionum* anführt:

Cicero, *Topica* 28, 31:

Divisionum autem definitio formas omnis complectitur, quae sub eo genere sunt, quod definitur . . . formae sunt igitur eae, in quas genus sine ullius praetermissione dividitur; ut si quis ius in legem morem aequitatem dividat.

Pernice meint, die beiden Stellen durch die Erwägung in Einklang zu bringen, dass in der zweiten nicht vom *ius civile* sondern vom *ius*, also nicht vom „Rechte nach dem die Römer leben“, sondern vom „Rechte überhaupt“ die Rede ist. Er übersieht aber dabei, dass es sich in *Top.* 28 um eine *definitio partitionum*, in *Topica* 31 um eine *definitio divisionum* handelt, dass also hier *lex, mos, aequitas* als *formae, species* des Begriffs *ius*, dort *leges, mos, aequitas* (überdies *senatusconsulta, res iudicatae, peritorum auctoritas edicta magistratum*) als *partes* des Begriffs *ius civile* erscheinen müssen. Der Begriff *ius civile* kann also unmöglich bloss ein engerer Begriff von *ius* sein; denn wäre das der Fall, so würde er sich zu seinen *partes* ebenso verhalten, wie *ius* zu seinen *formae; partes* und *formae* wären dasselbe, eine Verwechslung, vor der Cicero in derselben Stelle, gewissermassen in einem Atem, warnt:

Cicero, *Topica* 31:

Formas qui putat idem esse, quod partis, confundit artem, et similitudine quadam conturbatus non satis acute, quae sunt discernenda, distinguit.

Ius civile kann also nicht bloss ein engerer Begriff, sondern es muss ein Begriff ganz anderer Kategorie sein als *ius*. Es wurde bereits ausgeführt, dass das nur dann zutrifft, wenn man unter *ius civile*, im Einklange mit den sonstigen Zeugnissen, Rechtswissenschaft versteht. *Leges, senatusconsulta, res iudicatae, peritorum auctoritas, edicta magistratum, mos, aequitas* sind *partes* der Rechtswissenschaft (*ius civile*); *lex, mos, aequitas* sind *formae, species* des *ius*, des geltenden Rechts.

Dabei muss man sich aber hüten „*partes*“ mit „Teile“ zu übersetzen: man könnte sonst allerdings trotz alledem leicht dazu gelangen, *leges, senatusconsulta* und das *edictum* als „Teile“ im *ius civile* enthalten zu betrachten. Aber die Rechtswissenschaft kann selbstverständlich ebensowenig wie sonst irgend etwas auf ihren „Teilen“ „beruhen“. *Partitio* und *divisio* sind

rhetorische Beweisgattungen, die Cicero in den *Topica* seinem Freunde, dem Juristen Trebatius Testa, dem er die Schrift widmet, zu Liebe, allerdings ungeschickt genug, auf juristische Probleme anzuwenden sucht.⁵⁾ *Partes* sind nicht „Theile“ eines Gegenstandes, sondern Glieder einer Begriffsbestimmung (*definitio*), auf die sich die einzelnen Teile einer rhetorischen Beweisführung beziehen.⁶⁾ In diesem Sinne sagt

Cicero, *Top.* 28:

. . . definitiones . . . sunt . . . partitionum . . . cum ea res, quae proposita est, quasi in membra discerpitur . . .

Sinngemäss könnte man daher die *definitio partitionum* des *ius civile* so wiedergeben: *ius civile* ist die wissenschaftliche Verarbeitung der *leges, senatusconsulta . . . mos aequitas*. Die etwas ungeschickte Form der *definitio* erklärt sich wohl zur Genüge damit, dass sie, wie schon die Worte *si quis dicat* andeuten, jedenfalls einen laienhaften Anstrich hat. Eine technische Begriffsbestimmung könnte unmöglich mit diesen Worten eingeleitet werden. Ein Laie würde aber auch heute, wenn man ihn fragen würde, was Rechtswissenschaft sei, wohl in vielen Fällen etwa die Antwort geben: eine Wissenschaft, die sich mit den Gesetzen und Verordnungen befasst. Aus der *Topica*-stelle ergibt sich übrigens auch, dass *ius civile* zwar auf der *peritorum auctoritas* beruhte, aber mit ihr nicht zusammengeworfen wurde. Das stimmt mit den sonstigen Quellenzeug-

⁵⁾ Quint. *Inst. orat.* 5, 10, 69.

⁶⁾ Der Redner hat z. B. zu beweisen, dass in einem bestimmten Falle die Auslegung eines *senatusconsultum* in den Wirkungskreis der *iuris civilis periti* fällt. Er führt daher aus: *ius civile est, quod in legibus, senatusconsultis, rebus iudicatis . . . more aequitate consistit*. Nun handelt es sich um die Auslegung eines *senatusconsultum*, folglich fällt es in den Wirkungskreis des *iuris civilis peritus*. Beispiele einer *partitio* aus Cicero bei Quintilian. (*Inst. orat.* IV, 5, 1, 1; 12): aus der Rede p. Cluentio: *primum neminem maioribus criminibus, gravioribus testibus in iudicium vocatum quam Oppianicum; deinde praeciducia esse facta ab ipsis iudicibus, a quibus condemnatus sit; postremo iudicium pecunia temptatum non a Cluentio sed contra Cluentium; aus der Rede pro Marena: intellego, iudices, tris totius accusationis partis fuisse, et earum unam in reprehensione vitae alteram in contentione dignitatis, tertiam in criminibus ambitus esse versatam*. Jede der beiden *definitiones* besteht aus drei *partes*.

nissen und den Ergebnissen dieser Schrift durchaus überein. *Ius civile* waren *probatae civium iudiciis creditaeque sententiae*; die einzelnen *responsa* der Juristen konnten auch falsch und von den Bürgern missbilligt sein.

Allerdings bedeutet *lex* in *Topica* 31 etwas anderes als *leges* in *Top.* 38: jene das geschriebene Recht überhaupt, diese die Komitialbeschlüsse mit Gesetzeskraft. Aber die Komitialbeschlüsse sind doch nur eine besondere Art des geschriebenen Rechts, die *leges* der *Top.* 28 nur eine Unterart der *lex* in *Top.* 31: sie müssen daher beide zu den Begriffen *ius* und *ius civile* in demselben Verhältnisse stehen. Dass *mos* und *aequitas* in *Top.* 28 eine andere Bedeutung haben könnte als in *Top.* 31, ist wohl ausgeschlossen.

Der Kampf um diese Auslegung der *Topicastelle* ist kein Kampf gegen die Quellenzeugnisse, sondern ein Kampf gegen die gangbaren Lehrbücher. Es würde kaum jemand diese Stelle anders verstehen, wenn schon den jungen Juristen eingeprägt worden wäre, *ius civile* bedeute bei Cicero immer Rechtswissenschaft, Rechtsauslegung, Juristenrecht. So viel es sich übersehen lässt, wird aber diese Bedeutung des Ausdrucks, mit einer einzigen Ausnahme, in keinem gangbaren Lehrbuch berücksichtigt. Diese „einzige“ Ausnahme ist: Kipp Quellenkunde (1896) S. 69. Als Beweis möge es dienen, dass dieser Gelehrte, der es für angemessen hält, in seinem Lehrbuch hervorzuheben, „*ius civile* im engsten Sinne heisse gerade dieses Juristenrecht“, das mit der in Rede stehenden *Topicastelle* belegt.⁷⁾

⁷⁾ In Anm. 23 wird neben *D.* 1, 2, 2, 5; 12 angeführt: Cic., *Top.* 5, 28.

Zusätze und Berichtigungen.

Zu Seite 15. Die Mitteilung des Suetonius, Caesar habe beabsichtigt *ius civile ad certum modum redigere*, deutet wohl eher auf die Absicht es zu beschränken oder wenigstens zu regeln, als auf die Absicht es zu kodifizieren, hin, zumal mit Rücksicht auf die Art, wie von der zweifellos angestrebten Kodifikation des *ius legitimum* in derselben Stelle gesprochen wird. Vielleicht wollte also schon Caesar den Einfluss der Juristen auf die Bildung des *ius civile* durch Autorisierung „auf ein gewisses Mass zurückführen“: es würde sich dann um den ersten Anlauf zu der von Augustus eingeführten Reform handeln.

Seite 32 Zeile 5 v. u.: anstatt „aus dem“ ist zu lesen: nur den.

Zu Seite 34 ff. *Responsa* wurden allerdings auch in sakralen und öffentlichen Angelegenheiten erteilt. Aber dieses *respondere* hatte mit dem technischen, mit dem *cavere agere* zusammenhängenden, kaum mehr als den Namen gemein. Jedenfalls wurde es von ganz anderen Personen geübt; es möge an den *pontifex qui praesesset privatis*,¹⁾ sowie daran erinnert werden, dass die Römer zwischen *iuris publici periti* und *iuris civilis periti* immer unterschieden haben.

Zu Seite 27: Nach der Stelle aus Varro, *de R. R.* II, 1, 9 ist die jetzt von Mitteis *Z. Sav.St.* XXII S. 102 angeführte Stelle hinzuzufügen:

Cicero, *Parad.* 5, 1, 35:

... *Non enim ita dicunt eos esse servos, ut mancipia, quae sunt dominorum facta nexo aut aliquo iure civili...*

Zu Seite 56: Infolge eines Versehens ist Ulpian 16, 2 anstatt Ulpian 13, 1; 2 angeführt worden. Im übrigen bleibt das im Texte Gesagte aufrecht. Ulpian führt in 5, 2—7, wo es sich darum handelt, wie das *matrimonium* beschaffen sein müsse, aus dem *iusti liberi* hervorgehen, nur solche Ehelindernisse als das *connubium* ausschliessend an, die auf dem *proprium ius civile* beruhen, der gesetzlichen erwähnt er garnicht. Das steht vollständig im Einklange mit *Fr. Vat.* 168. Trotzdem mochten auch gesetzliche Vorschriften das *connubium* beeinflusst haben: doch wird das ein späterer Sprachgebrauch gewesen sein (*Gaius* I, 57; 80, Ulpian, *D.* 23, 2, 54, § 4; 6; 24, 2, 11, 25, 7, 1. *Serv.*, *ad Aen.* I, 73).²⁾

Zu Seite 79. Der XII Tafelsatz über die *Usucapio* selbst wird von Paulus, *D.* 39, 2, 18, 1, wie Seite 173 gezeigt worden ist, *ius publicum* genannt.

¹⁾ Vgl. Jörs, *Röm. R.W.* S. 32 ff.

²⁾ Vgl. jetzt auch Brasloff, *Z. Sav.St.* XXII S. 169.



Quellenverzeichnis.

(Nur die besprochenen Stellen sind angeführt.)

	Seite		Seite		Seite
Asconius in Scaur.		Cic. Brutus	322	Cic. de invent. II,	
p. 30 or.	67	Cic. p. Caecina	4	69, 71	11
Augustin. de civil.		Cic. p. Caecina	38	Cic. de invent. II,	
Dei VI, 5	85	Cic. p. Caecina	34	116	10
Ausonius Gryph.	26,	Cic. pro Caecina	65	Cic. de lege agr. III,	
61	170	bis 70	4	11	28, 198
		Cic. pro Caecina	73	Cic. de leg. I, 14	26
Boëthius in Top.		bis 75	72	Cic. de legib. I, 14,	
III, p. 321	88	Cic. p. Caecina	96,	17	26
Boëthius in Top.		98, 99	6	Cic. de legib. I, 56	17
p. 321 or.	38	Cic. Cato Maior	38	25	146
Boëth. in Top. p.		Cic. Cato Maior	50	25	26
321 or.	102	Cic. p. Cluentio	2	162	
Boëthius in Top.		Cic. p. domo sua	13	190	Cic. de legibus II,
p. 321 or.	16	Cic. p. domo	33	168	52, 53
		Cic. p. domo	34	170	14
Cassius Dio	57	Cic. pro domo	128,		196
Cicero p. Archia	3	130, 136	173		146
Cic. pro Balbo	21	69	198	Cic. Orator	120
Cic. p. Balbo	28	33	28	Cic. Orator	102
Cic. p. Balbo	34	160, 197	28	Cic. Orator	120
Cic. Brutus	194	bis	174	Cic. de orat. I, 40	18
197	44	Cic. de invent. I, 11	8	Cic. de orat. I, 120	17
Cic. Brutus	214	196	10	Cic. de orat. I, 159	17
Cic. Brutus	230	25	11	Cic. de orat. I, 167,	
Cic. Brutus	267	170, 196	11	201	31
Cic. Brutus	269	168, 196	67	Cic. de orat. I, 170	36
Cic. Brutus	275	146	67	Cic. de orat. 181,	
Cic. Brutus	311	197	8	182, 183	31
		Cic. de invent. II,		Cic. de orat. I, 182	75
		62; 69	8	Cic. de orat. I, 182	96

Quellenverzeichnis.

255

	Seite		Seite		Seite
Cic. de orat. I, 188	29	Cod. Inst. 1, 9, 8, 1	183	Collatio 2, 5, 4, 5	52
Cic. de orat. I, 193	17	C. 1, 9, 14 pr.	183	Collatio 16, 3, 4	57
Cic. de oratore I, 193	25	C. 2, 3, 5	129	Corn. Nepos Cimon	
Cic. de orat. I, 197	89	C. 2, 11, 1	181	2, 1	37
Cic. de orat. I, 201	26	C. 2, 36, 1	175	Codex Theodos. 1, 2, 2	
Cic. de orat. I, 201	31	C. 2, 42, 2	176		187
Cic. de orat. I, 201	159,	C. 2, 52, 5, 3	133	C. Th. 1, 2, 2	183
197		C. 2, 53, 3	176	C. Th. 1, 2, 3	184
Cic. de or. I, 201	164	C. 2, 88, 2, 4	174	C. Th. 2, 16, 2, 4	150
Cic. de orat. I, 212		C. 3, 15, 1	163	C. Th. 2, 24, 1	150
	27 A. 1	C. 3, 28, 9	123	C. Th. 4, 4, 7, 2	150
Cic. de orat. II, 142	39	C. 3, 30, 9	133	C. Th. 9, 42, 2	150
Cic. de off. I, 51	18	C. 3, 42, 8, 1	131	C. Th. 9, 42, 9 pr.	152
Cic. de off. II, 65	26	C. 4, 12, 2	179	C. Th. 11, 1, 30	184
Cic. de off. III, 65	3	C. 4, 19, 14	47	C. Th. 12, 1, 2	181
Cic. de off. III, 69	19	C. 4, 19, 14	62	C. Th. 16, 2, 20	150
Cic. de off. III, 69	87	C. 4, 33, 3	180	C. Th. 16, 5, 49	152
Cic. de off. III, 91	72	C. 5, 9, 1, 4	50	C. Th. 16, 11, 1	183
Cic. de part. orat.		C. 5, 9, 6 pr.	151	C. I. L. VI, 8861	71
43	162	C. 5, 9, 6	46	C. I. L. VI, 8862	71
Cic. de part. orat.		C. 5, 10, 4	45	C. I. L. VI, 10525	
99, 100	29	C. 5, 16, 20	45	71 A. 8	
Cic. de part. orat.		C. 5, 19, 1	182	C. I. L. VI, 12133	
100	15, 197	C. 5, 71, 8	46	71 A. 8	
Cic. de part. orat.		C. 6, 11, 2	133	Digesta 1, 1, 1, 2	34, 199
129, 130	160	C. 6, 23, 13	180	D. 1, 1, 2, 2	159
Cic. Phil. IX, 10, 11	18	C. 6, 28, 4	152	D. 1, 1, 5	95
Cic. in Q. Caec. div.		C. 6, 30, 10	134	D. 1, 1, 6	92
17, 18, 19	165	C. 6, 54, 2	177	D. 1, 1, 7 pr.	138
Cic. Rabirio	17	63		D. 1, 1, 7 pr.	109
Cic. de republica	199	C. 6, 55, 7	133	D. 1, 1, 8	138
Cic. de rep. I, 23	189	C. 6, 59, 2	131	D. 1, 1, 11	88
Cic. de rep. I, 27	112	C. 6, 59, 3	131	D. 1, 2, 2, 5	66
Cic. pro Roscio	24,	C. 6, 59, 10	151	D. 1, 2, 2, 6	196
25	145	C. 7, 37, 2	181	D. 1, 2, 2, 5, 6, 8,	
Cic. Topica	5	181		12	1
Cic. Topica	5	C. 8, 10, 5	180	D. 1, 2, 2, 7	76
Cic. Top.	28	C. 8, 47, 1	47	D. 1, 2, 2, 7	143
Cic. Topica	28	C. 9, 51, 14, 2c	171	D. 1, 2, 2, 39; 40	38
Cic. Top.	33	178		D. 1, 2, 2, 43	39
Cic. in Vatinius	18	C. 10, 40, 4	178	D. 1, 2, 2, 46	39
Cic. in Verr. I, 13	89	C. 10, 43, 2	178	D. 1, 3, 24	36
Cic. in Verrem Act.		C. 10, 44, 2	191	D. 1, 5, 5, 1	95
II, I, 108, 109	69	C. 10, 50, 2	178	D. 1, 5, 24	61
		C. 11, 50, 5, pr.; 1	198		
		Codex Cassinensis	89		

	Seite		Seite		Seite
D. 1, 5, 26	40	D. 15, 1, 41	98	D. 27, 8, 1, 9	174
D. 1, 5, 68	62	D. 15, 1, 49, 2	113	D. 27, 8, 1, 9	191
D. 1, 7, 27	46	D. 16, 3, 31 <i>pr.</i>	20	D. 28, 1, 3	178
D. 2, 14, 7	166	D. 16, 3, 31 <i>pr.</i>	48	D. 28, 1, 20, 7	96
D. 2, 14, 7, 2	113	D. 18, 1, 67	42	D. 28, 1, 23	132
D. 2, 14, 7, 7	192	D. 18, 5, 8	126	D. 28, 3, 7	124
D. 2, 14, 7, 14	192	D. 19, 3, 12 <i>pr.</i>	147	D. 28, 5, 75	15
D. 2, 14, 27, 2	182	D. 19, 5, 1	110	D. 28, 6, 7	28
D. 2, 14, 27, 4	193	D. 19, 5, 3	37	D. 28, 6, 38, 3	21
D. 2, 14, 38	174	D. 19, 5, 5, 3	127	D. 28, 6, 38, 3	24
D. 2, 14, 42	193	D. 19, 5, 6	110	D. 28, 6, 43 <i>pr.</i>	22
D. 2, 15, 3 <i>pr.</i>	193	D. 19, 5, 6	140	D. 28, 6, 43 <i>pr.</i>	44
D. 3, 5, 38	95	D. 19, 5, 16 <i>pr.</i>	110	D. 29, 1, 17, 4	123
D. 4, 2, 23 <i>pr.</i>	182	D. 19, 5, 16, 1	53	D. 29, 1, 20 <i>pr.</i>	123
D. 4, 3, 1, 4	126	D. 19, 5, 22	147	D. 29, 2, 57 <i>pr.</i>	104
D. 4, 3, 1, 7	127	D. 20, 1, 5 <i>pr.</i>	117	D. 29, 4, 1, 9	50
D. 4, 5, 5, 2	171	D. 21, 1, 31, 24; 33 <i>pr.</i>	126	D. 29, 7, 3 <i>pr.</i>	49
D. 4, 5, 8	40	D. 22, 5, 14	132	D. 30, 28 <i>pr.</i>	114
D. 4, 9, 3, 1	126	D. 23, 2, 4	59	D. 30, 28 <i>pr.</i>	129
D. 4, 9, 3, 9	114	D. 23, 2, 10	62	D. 33, 2, 29	105
D. 5, 5, 1	127	D. 23, 2, 48	64	D. 35, 1, 24	41
D. 5, 5, 2	114	D. 23, 2, 57 a	60	D. 35, 1, 33 <i>pr.</i>	22
D. 5, 6, 1, 2	127	D. 23, 2, 65, 1	64	D. 35, 1, 33	40
D. 6, 1, 23 <i>pr.</i>	97	D. 23, 3, 5, 9	44	D. 35, 1, 40, 3	110
D. 6, 2, 1, 1	127	D. 23, 4, 5 <i>pr.</i>	193	D. 35, 1, 77, 3	176
D. 7, 4, 1 <i>pr.</i>	130	D. 23, 4, 5, 1	45	D. 35, 2, 1	172
D. 7, 9, 9, 1	130	D. 23, 4, 17	182	D. 35, 2, 15, 1	173, 193
D. 8, 5, 6, 1	128	D. 24, 1, 3, 12	44	D. 35, 2, 32 <i>pr.</i>	52
D. 9, 2, 51, 2	40	D. 24, 1, 5, 18	45	D. 35, 2, 32 <i>pr.</i>	119
D. 9, 3, 5, 12	51	D. 24, 1, 7, 6	178	D. 36, 1, 1, 2	119
D. 9, 4, 39 <i>pr.</i>	53	D. 24, 1, 26	45	D. 36, 1, 6, 1	50
D. 10, 4, 19	42	D. 24, 1, 32, 1	116	D. 36, 1, 13, 5; 15	170
D. 11, 6, 1 <i>pr.</i>	115	D. 24, 2, 11 <i>pr.</i>	20	D. 36, 1, 41	22
D. 11, 6, 3, 6	115	D. 24, 2, 11 <i>pr.</i>	46	D. 36, 1, 41	78
D. 11, 7, 12 <i>pr.</i>	125	D. 24, 2, 11 <i>pr.</i>	56	D. 36, 1, 41 = Gai.	
D. 11, 7, 20 <i>pr.</i>	175	D. 24, 3, 17, 1	129	II, 253	119
D. 12, 6, 59	116	D. 26, 1, 1 <i>pr.</i>	78	D. 36, 1, 41	120
D. 13, 5, 1, 8	129	D. 26, 1, 8	175	D. 36, 1, 67, 3	108
D. 13, 5, 3, 1; 2	129	D. 26, 2, 29	177	D. 36, 1, 72, 1	113
D. 13, 5, 31	127	D. 26, 7, 5, 7	191	D. 36, 3, 12	177
D. 13, 6, 17, 3	115	D. 26, 75, 7	172	D. 36, 3, 13	104
D. 14, 1, 5, 1	126	D. 27, 1, 30, 3	177	D. 37, 1, 6, 1	50
D. 14, 1, 5, 1	127	D. 27, 1, 36	177	D. 37, 1, 6, 1	132
D. 14, 6, 18	111			D. 37, 4, 1, 1	132

	Seite		Seite		Seite
D. 37, 4, 8 <i>pr.</i>	133	D. 46, 3, 95, 2	116	Gaius I, 1	88
D. 37, 4, 11, 1	50	D. 47, 1, 1	39	Gaius I, 54	130
D. 37, 5, 22	132	D. 47, 1, 2	119	Gaius I, 54	106
D. 37, 14, 17 <i>pr.</i>	22	D. 47, 1, 2	127	Gaius I, 55	96
D. 38, 1, 42	175	D. 47, 2, 14, 11	128	Gaius I, 108	96
D. 38, 1, 42	191	D. 47, 2, 93	164	Gaius I, 150	47
D. 38, 8, 2	105	D. 47, 5, 1, 3	126	Gaius I, 158	39
D. 38, 10, 4, 2	95	D. 47, 11, 3	163	Gaius II, 41	130
D. 38, 10, 10, 4	95	D. 47, 11, 13, 1	171	Gaius II, 65	27
D. 39, 1, 1, 16	167	D. 47, 13, 2	163	Gaius II, 65	94
D. 39, 1, 1, 70	193	D. 47, 15, 3 <i>pr.</i>	163	Gaius II, 65	96
D. 39, 1, 5, 9	166	D. 47, 20, 3, 2	163	Gaius II, 110	19
D. 39, 1, 5, 19	167	D. 47, 22, 4	194	Gaius II, 110	40
D. 39, 1, 19	53	D. 48, 1, 1 <i>pr.</i>	163	Gaius II, 115, 118	105
D. 39, 2, 18, 1	173	D. 48, 2, 16	124	Gaius II, 128, 129	24
D. 39, 3, 22, 2	51	D. 48, 5, 12, 12	60	Gaius II, 128, 129	105
D. 40, 5, 53	33	D. 48, 5, 41 <i>pr.</i>	171	Gaius II, 135, 136	105
D. 41, 1, 1	94	D. 48, 10, 7	135	Gaius II, 148, 149	48
D. 41, 1, 34	39	D. 48, 19, 17, 1	96	Gaius II, 151	105
D. 41, 1, 50	113	D. 48, 20, 7 <i>pr.</i>	37	Gaius II, 170	104
D. 41, 2, 1, 4	45	D. 48, 22, 15	96	Gaius II, 196	41
D. 41, 3, 23	40	D. 50, 1, 37, 2	60	Gaius II, 196, 197	24
D. 42, 2, 6, 2	128	D. 50, 2, 3, 2	62	Gaius II, 197, 198	20
D. 42, 8, 24	83	D. 50, 4, 1, 4	131	Gaius II, 206	19
D. 43, 18, 1, 1	128	D. 50, 8, 2	194	Gaius II, 206	41
D. 43, 18, 2	95	D. 50, 16, 10	135	Gaius II, 216—218	41
D. 43, 20, 1, 7	47	D. 50, 16, 49	43	Gaius II, 218	21
D. 43, 26, 14	128	D. 50, 16, 70	131	Gaius II, 220	21
D. 43, 18, 1, 9	130	D. 50, 16, 173, 3	119	Gaius II, 241	56
D. 43, 25, 1, 3; 4; 5	166	D. 50, 16, 178, 2; 3	135	Gaius II, 253	78
D. 43, 26, 14	53, 126	D. 50, 17, 8	83	Gaius II, 253, 255	21
D. 44, 4, 1, 1	98	D. 50, 17, 27	194	Gaius II, 253, 555	120
D. 44, 7, 25, 2	127	D. 50, 17, 32	97	Gaius III, 32	103
D. 44, 7, 35 <i>pr.</i>	131	D. 50, 17, 45, 1	179	Gaius III, 34	107
D. 44, 7, 42, 1	128	D. 50, 17, 79	43	Gaius III, 36, 37	48
D. 44, 7, 43	44	D. 50, 17, 116, 1	179	Gaius III, 36, 37	105
D. 45, 1, 38, 7	97	D. 50, 17, 202	36	Gaius III, 37	107
D. 46, 1, 8, 3	112	Dositheus 1, 2	88	Gaius III, 56	104
D. 46, 1, 11	111			Gaius III, 71	106
D. 46, 1, 16, 3	112	Festus, p. 58	27	Gaius III, 82	103
D. 46, 1, 21, 2; 3	112	<i>Fragm. Vatic.</i> 47 a.	97	Gaius III, 92	96
D. 46, 2, 1 <i>pr.</i>	116	<i>Fr. Vat.</i> 83	104	Gaius III, 119 a	111
D. 46, 2, 1, 1	117	<i>Fr. Vat.</i> 96	45	Gaius III, 133	96
D. 46, 3, 53	41	<i>Fr. Vat.</i> 168	57	Gaius III, 153	40

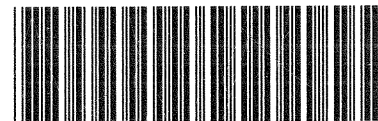
	Seite		Seite		Seite
Gaius IV, 7, 6	52	J. 3, 1, 11	156	Paulus 4, 10, 2	56
Gaius IV, 33	145	J. 3, 1, 14	156	Paulus 4, 10, 2 137 A. 7	
Gaius IV, 38	104	J. 3, 2, 3, 3a	14	Petronius <i>Satirae</i>	
Gaius IV, 45	139	J. 3, 2, 3; 3a	156	13	74
Gaius IV, 76	119	J. 3, 13, 1	13	Plautus <i>Menaechmi</i>	
Gaius IV, 107	139	J. 3, 13, 1	51	587	67
Gaius IV, 110	118	J. 3, 13, 1	157	Plinius <i>Ep.</i> 8, 14	169
Gaius IV, 110, 111	52	J. 3, 9 <i>pr.</i> 1	157	Quintilian <i>Inst. or.</i>	
Gaius IV, 115, 116	104	J. 3, 13, 1	121	2, 4, 33	169
Gaius IV, 118	103	J. 4, 6, 3	51	Quintilian <i>Inst. orat.</i>	
Gellius VI, 3, 45	93	J. 4, 6, 3	157	III, 6, 59	11
<i>Glossa Abavus (Corp.</i>		J. 4, 6, 3	121	Quintilian <i>Inst. orat.</i>	
<i>Glossarior.</i> IV 358,		J. 4, 6, 9	157	XII, 2, 3	93
91 A. 10		J. 4, 6, 13	52	Seneca <i>de benef.</i> II,	
<i>Glossar. ampl. se-</i>		J. 4, 13, 1	157	20, 2	18
<i>cundum (Corpus</i>		Isidorus Hispalensis		Seneca <i>de benef.</i>	
<i>Glossarior.</i> V 305)		<i>Etymologia</i> V, 5	88	VII, 4, 2	82
91 A. 10		Lactantius <i>Instit.</i> I,		Servius <i>in Georg.</i>	
<i>Ad Herennium</i> I, 22	67	1	29	1, 31	55
Hyginus <i>de limitum</i>		Lactantius <i>Inst. div.</i>		Suetonius August.	
<i>controversia</i> p. 134	74	VI, 9, 7	90	10	199
Hyginus <i>de lim.</i>		Lactantius <i>Instit.</i>		Suet. <i>Julius Caesar</i>	
<i>contr.</i> p. 197	197	VI, 23	165	44	15
<i>Institut.</i> 1, 2, 1	154	Lactantius <i>Instit.</i>		Sueton <i>Tiber.</i> 50	188
J. 1, 2, 2	154	IV, 29, 7	83	Tacitus <i>Ann.</i> XIII,	
J. 1, 2, 2	90	Livius III, 34, 6	169	27	74
J. 1, 2, 10	154	Liv. IX, 46	76	Ulpian 5, 1, 2	55
J. 1, 2, 11	93	Livius XLI, 181	69, 197	Ulpian 16, 2	56
J. 1, 10 <i>pr.</i>	154	<i>Lex Col. Genetivae</i>		Ulpian 17, 1	20
J. 1, 10, 3	154	LXI	70	Ulpian 22, 19	20
J. 1, 11, 8	63	<i>Novella</i> 6, 18	152	Ulpian 22, 23	133
J. 2, 1, 11	155	<i>Novella</i> 22, 33	194	Ulpian 22, 24	133
J. 2, 4, 2	23	<i>Novella</i> 42, 3 <i>pr.</i>	152	Ulpian 23, 6	132
J. 2, 4, 2	155	<i>Nov. Theod.</i> II, 1	151	Ulpian 24, 26, 27	21
J. 2, 5, 6	155	<i>Nov. Theod.</i> II, 15,		Ulpian 24, 26, 27	23
J. 2, 5, 6; 2, 6 <i>pr.</i>	99	1, 1	183	Ulpian 25, 1	28
J. 2, 5, 6; 6 <i>pr.</i>	79	<i>Nov. Theod.</i> III, 17,		Ulpian 25, 12, 13	20
J. 2, 6 <i>pr.</i>	155	2, 5	198	Ulpian 28, 6	132
J. 2, 10, 2; 3	155	<i>Nov. Val.</i> III, 20,		Ulpian 28, 13	132
J. 2, 7, 4	155	1, 2	151	Valerius Maximus 2,	
J. 2, 10, 14	156	Ovidius <i>Metamorph.</i>		5, 2	76
J. 2, 23, 10	50	XV, 832	83	Varro <i>de R. R.</i> II,	
J. 3, 1, 9	156	Paulus 2, 19, 3	44	10, 4	27
		Paulus 4, 8, 20	13	Varro <i>de R. R.</i> II, 19	27

Ablyptus
in octo ad unum in unum ipse?

REV15

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04260