

εἰς δῆμον (τὸν *δεῖνα*), auf die Sethe und Wilcken verweisen, sind keineswegs als in der *χώρα* geborene Alexandrinerabstammlinge aufzufassen (die etwa mit Rücksicht auf ihre nicht hauptstädtische Herkunft noch nicht in die alexandrinischen Deme aufgenommen worden sind), wie Wilcken und Sethe es tun. Das sind ganz einfach Alexandriner, die aber noch *ἐπιγονή* sind, weil sie in den geschlossenen Kreis der Bürgerschaft noch nicht haben eintreten können, sondern noch außerhalb stehen: *τῶν οὐπω ἐπηγμένων εἰς δῆμον*. Siehe oben S. 187, *ἐπιγονή* ist alles, was nicht *πολίτευμα* ist. Ihr Geburtsort ist aber wahrscheinlich (notwendig ist es natürlich nicht) Alexandrien gewesen. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn man die wichtigste Epigonengruppe, die *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* betrachtet. Daß die ganze große Kolonie der alexandrinischen *Πέρσαι τῆς ἐπιγονῆς* aus aus der *χώρα* eingewanderten Personen bestanden hätte, wird wohl ernstlich kaum anzunehmen sein. Der größte Teil ihrer Mitglieder ist sicher in Alexandrien selbst zur Welt gekommen. Ob man in Alexandrien, ob in der *χώρα* geboren wurde, hat auf die *ἐπιγονή*-Eigenschaft weiter keinen Einfluß gehabt. Der Perserabstammling gehört zur *ἐπιγονή*, mochte er in Alexandrien oder in der *χώρα* zur Welt gekommen sein. Hier wie dort hebt er sich durch seine Abstammung von der übrigen Bevölkerung ab: das Stigma der persischen Herkunft haftet ihm an. Hier wie dort ist er *Πέρσης τῆς ἐπιγονῆς*.

Innsbruck.

(v.) Woelf.

[*jus aequum und jus strictum*]. Justinian bringt die *bonae fidei judicia* mit dem *jus aequum*, die *stricta judicia* mit dem *jus strictum* zusammen.¹⁾ Die Gegenüberstellung von *jus aequum* und *jus strictum* ist den Klassikern fremd. Die Entstehung des Begriffspaares erklärt die byzantinische Einteilung der *judicia* und das Übergewicht der *bonae fidei judicia* in der Spätzeit.

A. *jus aequum*. Die Kategorie des *jus aequum* ist, so vertraut sie der heutigen Lehre scheint²⁾, den klassischen Quellen unbekannt. Voc. Jur. Rom.³⁾ gibt nur zwei Stellen: D. 29, 1, 18, 1 (*aequo jure deberetur*) und D. 46, 1, 55 (*aequo jure proficere*); sie stehen dort unter der Überschrift *aequus* = *non dispar* (nicht = *non iniquus*). In der Tat hat *aequo jure* in beiden Stellen mit der Billigkeit, dem billigen im Gegensatz zum strengen Recht, gar nichts zu tun; es handelt sich vielmehr um den ursprünglichen, nicht übertragenen Sinn von *aequus*, verstanden als „das gleiche“. Ebenso ist in C. 3, 36, 11 (Philippus A. et Philippus C. 3. Jahrhundert) *aequo jure dividi* aufzufassen.⁴⁾ Ganz

¹⁾ Gradenwitz, Interpol. 108.

²⁾ Gradenwitz, Interpol. 106, 108; Jhering, Geist 2, 1, 91; Sohm, Institutionen 30; Perozzi, Istituzioni 1, 82; Kipp, Quellen 9; Lenel, Gesch. u. Quellen (Encycl. d. R. Wiss.) 341.

³⁾ 1, 294, 50.

⁴⁾ Ähnlich übrigens auch noch Just. C. 6, 58, 15, 1^b: *aequo jure sibi succedant*.

dasselbe gilt aber auch von der nichtjuristischen Literatur: Cicero Verr. 3, 118: quae cum esset civitas aequissimo jure ac foedere (Gleichberechtigung, nicht billiges Recht); Livius 38, 50, 9: qui jus aequum pati non possit, in eum vim haud injustum esse (das — für alle — gleiche Recht); Tacitus Annal. 3, 27 (von den 12 Tafeln): finis aequi juris (das Äußerste des gleichen Rechts¹⁾); Sallust. hist. frag. 1, 11: aequo et modesto jure agitatum (gesagt vom Kriege²⁾); Seneca epistul. 86, 2: aequum inter omnes cives jus sit; Valerius Max. 5, 3 ext. 3: qui cum aequissima jura, sed iniquissima ingenia haberent.

B. *aequum judicium*. Kennt Cicero den Begriff des *jus aequum* nicht³⁾, so ist ihm dafür der *aequum judicium* um so geläufiger: Cicero Verr. 4, 54: cum se aequo vellet judicio defendere; Cluent. 5: illa definitio judiciorum aequorum; Planc. 36: quod genus judiciorum, si est aequum ulla in re.

C. *jus und aequitas*. Nicht das *jus* ist eingeteilt in *jus aequum* und *jus strictum*, sondern dem *jus* steht die *aequitas* gegenüber als eine regulierende, kontrollierende, zuweilen auch berichtigende Idee. Für diese Rolle der *aequitas* D. 50, 17, 90 (Paul. 15 quaest.): in omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda est.⁴⁾ Für die Gegenüberstellung von *jus* und *aequitas*: D. 2, 14, 52, 3 (Ulp. 1 op.): rescriptum est neque jure ullo neque aequitate tale desiderium admitti⁵⁾; D. 14, 3, 20 (Scaev. 5 dig. Reskript): nec jure — obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse. Besonders häufig wird die *aequitas* (die der Prätor pflegt) dem *jus civile* entgegengestellt, z. B. D. 37, 1, 6, 1 (Paul. 41 ed.): quamvis — jure civili deficient liberi — propter aequitatem tamen — praetor⁶⁾; D. 44, 4, 1, 1 (Paul. 71 ed.): per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem.⁷⁾ — Die *aequitas* steht auf einem anderen Boden als das *jus*; sie wird nicht in das Recht hineingezogen; ihre Rolle wächst zwar schon in der klassischen Zeit, aber die römischen Juristen, hier wie überall, wo Philosophie mitspricht, Schüler der Griechen, stellen das Verhältnis von *jus* und *aequitas* nicht klar. Sie bringen es zu einer schönen Vereinigung — Celsus D. 1, 1, 1 pr.: *jus est ars boni et aequi* — aber nicht zu einer begrifflichen Erfassung der beiden Kategorien. Grade weil ihnen im Blute liegt, daß Recht und Billigkeit zusammengehören, ist Berufung auf *aequitas* zwar ein Mittel, um das wahre Recht zur Geltung zu bringen, saubere theoretische Abtrennung von *jus* und

¹⁾ Jhering, Geist 2, 1, 91.

²⁾ Dazu Augustin. Civ. 2, 18 und 3, 16.

³⁾ Vgl. Merguet, Cicero-Lex.

⁴⁾ Der Zusammenhang, aus dem die Kompilatoren das Stück herausgenommen haben (Lenel, Pal. Paulus 1399), ist nicht erkennbar.

⁵⁾ Verdacht gegen „tale desiderium admitti“ schwindet, wenn man sieht, daß *desiderium* das technische Wort für die dem Reskript zugrunde liegende *postulatio* ist (D. 2, 4, 15; 1, 16, 4, 5; 49, 5, 4).

⁶⁾ Vgl. Gai. Inst. 3, 25 und D. 38, 8, 2.

⁷⁾ Über *naturalis aequitas* unten S. 667 Anm. 5.

aequitas aber unmöglich.¹⁾ Beide Begriffe haben ihre besondere Bedeutung, ihr eigenes Gebiet, so wie im englischen Recht law und equity.²⁾ Die aequitas ist kein Teilgebiet des jus, sowenig wie das jus ein Teilgebiet der aequitas. Erst die byzantinische Zeit läßt die aequitas das jus überwuchern. Es wäre Aufgabe einer besonderen kritischen Untersuchung, festzustellen, wieviel von der sentimental, rechtsfremden, „billigen“ Billigkeit in unsern Quellen auf byzantinische Rechnung kommt, wie stark die Lehre³⁾ von dem „glänzendsten Einzelsatz“ des römischen Rechtes, durch den es „grundsätzlich sein Verhältnis zur Aequität bestimmt hat“, der Berichtigung bedarf.

D. Byzantinische aequitas. Allmählich wird die aequitas Alleinherrscherin, vor der das jus sich zu beugen hat. Der in der griechischen Philosophie geprägte Gedanke, daß die Billigkeit das Recht zu überwinden habe, wird von den absoluten Herrschern, denen das jus eine unbequeme Schranke setzt, gern aufgenommen. Konstantin, der so oft griechischem Einfluß das Tor öffnet⁴⁾, scheint in dieser Entwicklung eine besondere Rolle zu spielen. Einmal behält er dem Kaiser die auswählende Interpretation zwischen jus und aequitas vor: C. 1, 14, 1 (316): inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.⁵⁾ Bereits vorher aber hatte er die aequitas der justitia gleichgesetzt und beiden den Vorrang vor dem jus (strictum) zuerteilt: C. 3, 1, 8 (314): placuit in omnibus rebus praecipuam esse justitiae aequitatisque quam stricti juris rationem. Schließlich stellt er aequitas und jus justitiaeque gleich in C. Theod. 1, 5, 3 (331): si — ex evidenti claruerit sententiam a jure justitiaeque discedere, ea penitus explosa controversia de aequitate terminum capiat. Jus ist jetzt nichts anderes als justitia und aequitas; so geht denn auch von Konstantin der neue Terminus juris aequitas aus (C. Theod. 11, 9, 2, 10 (337)).⁶⁾ Das jus wird der aequitas unterstellt die ihrerseits allein Gerechtigkeit (justitia) bedeutet; aequitas und justitia sind die Leitsätze Konstantins.⁷⁾ Mit dieser Tendenz stimmen die Interpolationen in den Digesten überein. Nicht nur ist dort die aequitas häufig byzantinisch⁸⁾, sondern es wird mit Vorliebe die Überlegenheit der aequitas über das jus betont:

¹⁾ Man sehe nur, wie sich Cicero immer wieder ohne Erfolg abmüht, das Wesen der aequitas zu bestimmen, und wie er sich dabei widerspricht (z. B. Topica 9, 90, 91).

²⁾ Ich verdanke diese Bemerkung einem Gespräch mit Lenel.

³⁾ Kipp, Quellen 8.

⁴⁾ Mitteis, Reichsrecht u. Volksrecht 548 ff.; Ed. Schwartz, Kaiser Konstantin u. die christl. Kirche 75 ff.

⁵⁾ Vgl. Just. C. Tanta § 21: cui solum concessum est leges interpretari.

⁶⁾ Später C. Theod. 2, 1, 5, 3 (365) und 9, 40, 17, 6 (399).

⁷⁾ C. Theod. 11, 39, 1 (325): nos aequitate et justitia moti.

⁸⁾ aequitas suggerit ist angefochten von Bortolucci, Studi crit. (Bull. 1909) SA. 19; aequitas actionis, contributionis, conventionis, defensionis, divisionis, exhibitionis, rei, restitutionis von Biondi, Jud. bonae fidei 1, 52¹. D. 4, 1, 71 (Beseler, Beitr. 2, 66); D. 4, 6, 26, 9 (Bortolucci-Krüger,

D. 15, 1, 32 pr. (Ulp. 2 disp.): [licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat].¹⁾

Dig.); D. 11, 7, 14, 13 (Longo-Krüger, Dig.); D. 16, 3, 31 pr. u. § 1 (Pernice-Krüger, Dig.); D. 17, 2, 63, 5 (Pflüger-Krüger, Dig.); D. 17, 2, 81 (Albertario, Fabiana 40); D. 23, 3, 16 (Beseler, Beitr. 2, 111); D. 25, 1, 5, 2 (Lenel-Krüger, Dig.; Beseler, Beitr. 4, 65); D. 34, 9, 15 (Mancaloni-Krüger, Dig.; Bonfante, Ist. 633¹⁾); D. 37, 6, 6 (Beseler, Beitr. 3, 31; 4, 218); D. 39, 3, 2, 6 (Faber-Krüger, Dig.); C. 5, 14, 7 (Thalelaeos-Krüger, Cod.). Dies ist nur das Ergebnis raschen Überblickes, bei dem übrigens auch D. 3, 5, 3, 9; D. 11, 7, 14, 10; D. 31, 70, 1; D. 43, 26, 15 pr. sofort als verdächtig auffallen. Nur aequitas, nicht aequus ist geprüft. — Besonders verdächtig ist die Verbindung ratio aequitatis. Bei Justinian (Longo, Voc. s. v. aequitas) kommt aequitas außer in C. 5, 17, 11, 1b nur in dieser Verbindung vor. Voc. Jur. Rom. 5, 10, 7 gibt folgende Stellen: D. 6, 1, 48 (dazu Riccobono, Bull. 20, 103, Seckel s. v. exceptio; von den drei Gliedern exceptione doli posita, per officium judicis, aequitatis ratione werden zwei unecht sein); D. 18, 4, 2, 3 [sed et — exigit] (zur Sache Bechmann, Kauf 3^b, 271⁴⁾); D. 25, 1, 8 [quidam] [quod — rationem] (offenbar unter Streichung von Kontroversen umgearbeitet); D. 27, 3, 20 pr. (Faber-Krüger, Dig.); D. 28, 6, 18 (Lenel-Krüger, Dig.); D. 31, 77, 29 (Biondi, Leg. proc. n. az. divisorie 31⁴⁾); D. 35, 2, 32, 4 (Seckel s. v. ratio 5); D. 42, 1, 20 (Cujac-Krüger, Dig.); D. 48, 17, 1 pr. [neque — patitur] (überflüssig); Paulus Sent. 2, 1, 1 (Demelius-Seckel-Kübler a. h. l.); Paulus Sent. 5, 16, 1 (aber C. 4, 20, 8 und C. 9, 41, 15 sagen „non ambigitur“); Fragm. Vat. 306 (corr. Krüger); aus den Dig. ist nur D. 36, 1, 5^b übrig. Im Codex vgl. C. 3, 29, 3 (257) (Ausdehnung der aus der querela inoff. test. entstandenen Regel auf Intestaterbfolge?); C. 3, 42, 8, 1 (293) (ip. unten S. 656); C. 4, 32, 2 (Sev. et Ant.; aber D. 22, 1, 18, 1: quod in causa depositi non fuit und die Widersprüche bei F. Mommsen, Beitr. z. Obl. Recht 3, 237⁴⁾); C. 5, 17, 1 (229) [sed — permittunt] (Bonfante, Ist. 183.²⁾) Aus byzantinischer Zeit vgl. C. Theod. 8, 15, 3, 7 (364); 8, 18, 4, 13 (369); 11, 31, 5, 10 (373); 12, 5, 1, 5 (326); 13, 3, 4, 1 (362); 13, 11, 16, 7 (417). — Offenbar drängt sich die ratio aequitatis an die Stelle der ratio juris, wie die aequitas an die Stelle des jus. Vgl. auch

ratio justitiae: Papyrus Thead. 13, 12 (322—323 p. C.); Just. C. 8, 58, 2; ratio pietatis: Krüger, Sav. Z. 19, 52 (Nr. 13);

ratio quae pro religione facit: D. 11, 7, 43 ip. (Bonfante, Ist. 295¹⁾; Krüger, Dig.);

ratio humanitatis nur in D. 4, 6, 38, 1 ip. (Krüger, Sav. Z. 19, 25); D. 48, 18, 1, 27 (Reskript); D. 49, I, 6 ip. (Beseler, Beitr. 4, 210); D. 49, 15, 12, 5 ip. (Faber-Krüger, Dig.);

ratio miserationis nur D. 38, 6, 7, 1, echt ? (miseratio nach Seckel noch in D. 4, 4, 37, 1 ip. (Seckel s. v. interdum, miseratio, mediocris, producere); ratio naturae kommt nur hier vor (Voc. Jur. Rom. 4, 24);

ratio bonae fidei in D. 18, 4, 21 (?) und D. 44, 3, 11 ip. (Rabel, Röm. Priv.-Recht 446⁴⁾);

ratio für sich allein: ip. Biondi, Judicia bonae fidei 1, 58¹⁾.

¹⁾ Dazu zuletzt Levy, Konkurrenz 1, 254¹⁾; Beseler, Beitr. 4, 281. Beseler ist im Recht, wenn er die Form angreift; insbesondere stimme ich seinem Satze zu: „wer licet — dictat sagt, muß — eine Vorstellung haben, die wir uns in Ulpian's Kopfe nicht vorstellen können, die Vorstellung nämlich, daß dem Angeredeten die Möglichkeit eines Widerstreits zwischen jus und aequitas nicht etwas völlig Gefährliches sei —“.

D. 26, 7, 36 (Pap. 3 quaest.): [aequitas, quae merum jus compensationis inducit].¹⁾

D. 39, 3, 25 (Paul. 49 ed.): [haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamus].²⁾

D. 46, 6, 12 (Pap. 12. quaest.): [nec — ab jure discessum — nam aequitas arbitri videtur eam formam juris desiderare].³⁾

Das dictare, suggerere, desiderare, inducere durch die aequitas zeigt diese als einzig wirksamen, als herrschenden Entscheidungsgrund, dem gegenüber das jus zurücktritt. So fühlen sich denn auch die conditores legum jetzt als die aequitatis fautores (C. 5, 14, 8 [450]). Der Streit zwischen jus und aequitas ist entschieden. Mitgewirkt hat dabei offenbar die Gleichstellung der aequitas mit der justitia. Die klassischen Vorstufen dieser Erscheinung sind bei Celsus (D. 1, 1, 1 pr. u. § 1⁴⁾) und Paulus (D. 1, 1, 11: id quod semper aequum ac bonum est, jus dicitur) zu erkennen. Konstantin geht, wie wir sahen⁵⁾, weiter. Im 5. Jahrhundert wird einem rector provinciae in einer Weihschrift⁶⁾ nachgerühmt: jus ad justitiam revocare aequumque tueri. Bei den Byzantinern ist schließlich δικαιοσύνη die Übersetzung von aequitas⁷⁾, δίκαιον von aequum.⁸⁾ Das jus aber ist in die Stellung des νόμιμον zurückgedrängt⁹⁾; νόμιμον im griechischen Sinne heißt das (nur) positive Recht, dem das (natürliche) Recht als solches weit überlegen ist.¹⁰⁾ Die Entwicklung mündet auch hier in die griechischen Bahnen.

¹⁾ Beseler, Beitr. 1, 93; 3, 136; vgl. auch D. 1, 3, 25: nulla juris ratio [aut aequitatis benignitas] Beseler, Beitr. 2, 32; Mitteis, Sav. Z. 33, 196.

²⁾ Pernice-Krüger, Dig.; Beseler, Beitr. 3, 94; Bonfante, Ist. 299¹.

³⁾ Levy, Sav. Z. 37, 80¹; Beseler, Beitr. 4, 239.

⁴⁾ Dazu Beseler, Beitr. 4, 232 f. ⁵⁾ Oben S. 645.

⁶⁾ Bruns, Fontes 128, 1.

⁷⁾ Inst. 4, 7, 2^a: aequitatis ratio — Theophilus Par. δικαιοσύνης λόγος; D. 10, 3, 14, 1: aequitate — iudicii — Heimb. Bas. 1, 808: δικαιοσύνη τέμνει τοῦτο τὸ δικαστήριον.

D. 39, 5, 22: summa aequitas — Heimb. Bas. 4, 573: ἀκρα δικαιοσύνη;

D. 50, 17, 90: in jure aequitas spectanda — Heimb. Bas. 1, 71: ἐν — τῷ νόμῳ τὸ δίκαιον σκοπεῖται;

C. 2, 1, 3: aequitas — Heimb. Bas. 1, 320: δικαιοσύνη;

C. 5, 14, 8: aequitatis fautores — Heimb. Bas. 1, 633: δικαιοσύνης σπουδαστάς;

⁸⁾ D. 17, 2, 63, 5: iniquum est — Heimb. Bas. 1, 768: ἄδικον γὰρ ἐστίν; D. 37, 1, 6, 1: propter aequitatem — Heimb. Bas. 4, 53: διὰ τὸ δίκαιον.

⁹⁾ D. 2, 14, 52, 3: neque jure ullo neque aequitate — Heimb. Bas. 1, 633: μήτε νόμιμον μήτε δίκαιον.

C. 2, 1, 4: juris et aequitatis ratio — Heimb. Bas. 1, 320: τοῦ νόμιμον τῆς δικαιοσύνης λογισμός.

Vgl. C. 2, 1, 8 mit Heimb. Bas. 1, 322, C. 2, 3, 12 mit Heimb. Bas. 1, 655.

¹⁰⁾ Z. B. Hirzel, Themis und Dike 230¹; Windelband, Geschichte der Philosophie 60, 146.

E. Byzantinisches jus. Ist somit die aequitas mehr und mehr Alleinherrscherin, so bleibt für das jus nur die Rolle des engen, beschränkten, strengen, harften, bitteren, am Worte hängenden, spitzfindigen Rechtes übrig, das überwunden werden soll. Das wird in der byzantinischen Zeit klar an folgenden Verbindungen, die alle kritisch, verurteilend, gebraucht werden:

1. acerbitas: Just. C. 7, 54, 3, 3 (Gegensatz: humanitas).
2. angustiae: Just. Inst. 3, 3, 1 (juris angustiae); 3, 9, 2 a. E. (jus angustissimis finibus constitutum).
3. asperitas: Const. C. 8, 34, 3 pr. (326); Just. Inst. 3, 2, 3^a: asperitatem juris (Gegensatz: humano proposito); vgl. Just. C. 5, 4, 28, 2 und Inst. 4, 8, 7.
4. austeritas: Just. C. 7, 63, 5, 6¹) (legum — austeritatem mitigari).
5. duritia: C. 1, 14, 9 (454): oportet id imperatoria interpretatione pateferi duritiamque legum nostrae humanitati incongruum emendari. C. 9, 7, 1 pr. (393): neque durum quid nec asperum sustinere. D. 35, 2, 54: [ne dure constituetur].²)
6. rigor juris: C. Theod. 1, 2, 3 (317/18): rigorem juris placare aut lenire. D. 40, 5, 24, 10 [contra juris rigorem pro libertate constituere].³)
7. scrupulositas: C. 7, 71, 6 (386): sc. legum; Just. C. 1, 14, 12, 2: vana sc.; Just. C. 8, 37, 13, 1: subtilis et supervacua sc.; Just. C. 7, 40, 1, 1. In den Digesten⁴) nur D. 28, 3, 12 pr.: [juris scrupulositate nimiaque subtilitate].⁵)
8. severitas: C. 3, 26, 8 (358): juris severitas; C. Theod. 9, 1, 12 (374): juris severitas; Just. C. 4, 29, 25, 1: severitatem legis saepius mollire; Just. C. 5, 4, 28, 4: severitatem legis compescere; C. 9, 4, 4, 1 (371): legis severitate constringi; D. 48, 19, 11 pr.: [severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi].⁶)
9. subtilitas: Riccobono, Dal dir. rom. class. al dir. mod. 598.

F. jus strictum. In diesen Kreis gehört der Hauptgegensatz des „jus aequum“, das jus strictum.

1. Auch diese Gegenüberstellung stammt aus der griechischen Philosophie, in der *ἐπιείκεια* und *νόμος* einander gegenüberstehen. In der Untersuchung, was von beiden *δίκαιον* sei, wird der *ἐπιείκεια* der Vorzug gegeben. Die Hauptstelle ist Aristoteles, Nic. Eth. 5, 14: *τὸ τε γὰρ ἐπιεικὲς δίκαιον τινὸς ὃν βέλτιόν ἐστι δίκαιον*. — *τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον*

¹) acerbitas, angustia, asperitas, austeritas kommen im Voc. Jur. Rom. nicht vor.

²) Beseler, Beitr. 4, 216; der Gegensatz von dure ist remissius, ip. in D. 47, 2, 62, 6 (Kübler, Sav. Z. 38, 108, 3) und D. 48, 10, 21 (Momm- sen, Strafrecht 674, 4: „ist auffallend“); in Dig. 18, 7, 7 möchte ich [vindictae ratione] und [quod si — enim — vero poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet] streichen; anders Beseler, Beitr. 3, 91; das letzte Stück enthält durchaus christliche Erwägungen.

³) Seckel s. v. rigor; Ferrini-Krüger Dig.

⁴) Voc. Jur. Rom. 5, 291, 50.

⁵) Über scrupulosus: Albertario, Contrib. alla crit. del dig. 52.

⁶) Beseler, Beitr. 2, 32; Mitteis, Sav. Z. 33, 178.

μέν εἶναι, οὐ τὸ κατὰ νόμον δέ, ἀλλ' ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου. Hier zeigt sich die Einschätzung des (nur) νόμιμον δίκαιον. Vor allem aber: ὁ ἐπιεικής τις εἶναι . . ὁ μὴ ἀκριβοδίκαιος ἐπὶ τὸ χεῖρον, ἀλλ' ἑλλαττωτικός, καίπερ ἔχων τὸν νόμον βοηθόν, ἐπιεικής εἶναι, καὶ ἡ ἕξις αὕτη ἐπιείκεια, δικαιοσύνη τις οὖσα. Billigkeit ist Gerechtigkeit, und sie ist dem bloß gesetzlich Rechtmäßigen überlegen. Ihr Gegenstück heißt ἀκριβοδίκαιος; dies aber bedeutet wörtlich dasselbe wie jus strictum; denn ἀκριβής ist strictus. Ἀκριβοδίκαιος kommt, soviel ich sehe, nur noch bei Philo vor, der ja von griechischer Philosophie beeinflusst ist (Quis rer. div. heres 143): εἰκεν οὖν ὁ θεὸς μόνος ἀκριβοδίκαιος εἶναι¹⁾; da aber bedeutet es die höchste Steigerung der Gerechtigkeit, das summum jus, während es bei Aristoteles leicht zur summa injuria wird. Diese kritische Bedeutung vertritt noch der späte Aristoteles-Kommentar des Michael Ephesius²⁾: ἐπὶ τὸ χεῖρον εἶναι ἀκριβοδίκαιος ὁ τὰ γεγραμμένα ἐν τοῖς νόμοις πάντα φυλάττειν βουλόμενος κατὰ τὸ ἡγίων καὶ ἐπὶ χεῖρον ἐξηγούμενος, ὁ δ' ἐπιεικής οὐ τοιοῦτος, ἀλλ' ἑλλαττωτικός. Der Tadel, der auf Wort und Sache liegt, die Richtung auf die allzuwörtliche, subtile Auslegung ist also noch der byzantinischen Spätzeit geläufig. Hier liegt die Quelle für die byzantinische Lehre vom jus strictum.

2. Geht man dem jus strictum außerhalb des Corpus juris nach³⁾, so ist zuerst bemerkenswert, daß Cicero dieses sowenig wie das jus aequum kennt. Auch sonst aber ist in klassischer Zeit nirgends von jus strictum die Rede. Stringere, strictus nimmt allmählich die Bedeutung des Strengen, Engen, Gebundenen an. Judicium strictum bei Seneca⁴⁾ meint die strenge Gedankenführung, das rhetorische Urteil, nicht das Gerichtsverfahren. Judex strictus kommt bei ihm bereits vor.⁵⁾ Sodann werden bei Statius⁶⁾ die strictae leges dem aequum gegenübergestellt.⁷⁾ Stricti homines werden in byzantinischer Zeit im Gegensatz zu den misericordes getadelt.⁸⁾ Es handelt sich um christliche Milde wie im Syrischen Rechtsbuch 3, wo rectitudo⁹⁾, rectum¹⁰⁾,

¹⁾ Vgl. Philo, De Josepho 64 — 65 ἀκριβοδίκαιος (in Verbindung mit αὐστηρόν = herb und αὐθέκαστον = streng).

²⁾ Comm. in Aristot. 22, 3, 68 Z. 65 ff.

³⁾ Ich danke die Benutzung des Voc. Jur. Rom. der Preuß. Staatsbibliothek, des Materials zum Thes. ling. lat. meinem Kollegen Herrn Dr. A m m a n n, des Index zum Cod. Just. Herrn Prof. v. M a y r, des Index zum C. Theod. Herrn Prof. Gradenwitz, des Interpolationen-Index Herrn Prof. Mitteis und B. S c h w a r z.

⁴⁾ Controv. 1 praef. 23; 4 praef. 3; vgl. auch Seneca, Controv. 1, 1, 24 (colorem tam strictum non probavit) und Quintilian, Instit. 12, 10, 52 (ex orationibus non Ciceronis modo, sed etiam eius, qui est strictior multo, Demosthenis).

⁵⁾ Controv. 2, 1, 23. ⁶⁾ P. Papini Stati Silvae 3, 5, 87 f.

⁷⁾ nulla foro rabies aut strictae in jurgia leges: morum jura viris solum et sine fascibus aequum.

⁸⁾ Laurentius novariensis episcopus, Homilia secunda (de eleemosyne) (bei M i g n e, Patrologia: 66, 107).

⁹⁾ Kap. IV S. 13. ¹⁰⁾ Kap. IV S. 13.

pesend, ein Zurückbleiben hinter der Forderung des Gesetzes¹¹⁾, Rechtsminus²⁾ (bei Aristoteles *ἐλλειπτικός*), entgegengesetzt wird dem *dinā* = bürgerlichen Recht³⁾, dem *νόμος*⁴⁾ (*ἀκριβοδίκαιος* bei Aristoteles). Bei der Entwicklung des *jus strictum* wirkt außer dem griechisch-philosophischen ein griechisch-christlicher Einschlag mit. *Rectitudo* im Syr. Rechtsbuch gibt Sachau⁵⁾ auch mit „probitas“ oder „aequum et bonum“ wieder: „Gemeint ist das ethische Recht im Gegensatz zum formalen bürgerlichen Recht.“ Manigk⁶⁾ erkennt den hier wichtigen Zusammenhang: „Die kirchliche Anschauung verkörpert das Prinzip der *aequitas* und wird dem strengen Recht gegenübergestellt.“ Damit ist der Punkt erreicht, an dem die juristischen Quellen stehen und auf der einen Seite die Verbindung mit Aristoteles gefunden, nach der andern Seite die Brücke zum *jus strictum* der Byzantiner geschlagen. Aus christlichen und philosophischen Anschauungen wächst der neue Begriff heraus, der, vom hellenistischen Geiste des Ostens getragen, das römische *jus* zur Seite drängt.

3. Biondi⁷⁾ baut die These aus, daß die *actiones stricti iudicii*⁸⁾ wie die *judicia stricti iuris* interpoliert seien, daß das klassische Recht für die nicht *bonae fidei iudicia* keine eigene Bezeichnung gekannt habe. Die Tatsache als solche ist uns seit langer Zeit geläufig:

Ulrich Huber⁹⁾ (1678): *stricti iuris actiones (olim) simpliciter iudicia dicebantur.*

Savigny, System 5, 487: welche wir jetzt *stricti iuris actiones* nennen.

Segré, Mél. Girard 2, 569, 3: il termino collettivo „*stricta iudicia*“ autetico ai „*bonae fidei iudicia*“ non è certo che sia noto alla giurisprudenza classica.¹⁰⁾

Levy, Sav. Z. 36, 82, 1: man wird die gegen sie bestehenden Bedenken — noch stärker unterstreichen müssen.

Girard, Manuel 1019: une division — qui est exprimé nettement surtout par Justinien.

Rabel, Rö. Priv. Recht 454: dem Gebiete des nachmals sogenannten strengen Rechtes.

Biondi erweist, hiervon ausgehend, die einzelnen Stellen als interpoliert. Der Beweis ist gelungen; er kann durch den Hinweis darauf ergänzt werden, daß noch im vorjustinianischen¹¹⁾ Index Pap. Soc. Ital. 1, 55 l. 73 die Klagen und Verträge keinen eigenen Namen haben:

¹⁾ Kap. V S. 13; S. 175 § 6; S. 179 § 7. ²⁾ Kap. VI S. 15.

³⁾ Kap. IV S. 13.

⁴⁾ Kap. V S. 13; Kap. VII S. 15: das bürgerliche Recht ist der Forderer des *νόμος*.

⁵⁾ Syr. Rechtsb. 3, 291.

⁶⁾ Krit. Viert. Schr. 53 (1916), 416.

⁷⁾ Bull. 1918.

⁸⁾ Hierüber bereits Gradenwitz, Interpol. 110: während ein Sammelname für die übrigen nicht zum Bedürfnis wurde.

⁹⁾ Praelectiones 1: Institut. 348.

¹⁰⁾ Vgl. Bertolini, Processo civile 2, 39 ff.

¹¹⁾ Peters, Digestenkommentare 102 f.

ἐ[π]ὶ τῶν μὴ b. f. (bona fide) συναλλαγμάτων. Hier soll begründet werden, daß die Bezeichnung der Klagen als stricta judicia auf dem Boden des jus strictum wächst, und daß dieses jus strictum, dessen Bedeutung und Herkunft erörtert wurden, in die klassischen Quellen durch die späten Byzantiner hineingebracht wurde.

G. Jus aequum und bona fides. Zunächst aber muß noch eine Verbindungslinie gezogen werden: was hat das jus aequum mit der bona fides, was das jus strictum mit den stricta judicia zu tun? Gradenwitz¹⁾ hat bereits aus D. 18, 1, 57, 3, D. 19, 3, 1 pr., D. 43, 26, 2, 2 und C. 5, 13, 2 den Schluß gezogen, daß die Kompilatoren in der Tat beide Vergleichspaare miteinander gleichsetzen, indem sie die bonae fidei judicia aus der Vertragsredlichkeit herleiten. Der Beweis kann verstärkt und ergänzt werden. In D. 10, 3, 14, 1 ip.²⁾ wird das bonae fidei iudicium mit der aequitas ipsius iudicii zusammengestellt, einem Begriff³⁾, der allein schon die byzantinische Anschauung ebenso kennzeichnet wie die byzantinische aequitas juris.⁴⁾ Aequitas naturalis und fides humana identifiziert D. 2, 14, 1 pr. (Ulp. 4 ed.): Huius edicti aequitas naturalis est. [Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ex qua inter eos placuerunt servare?]⁵⁾ Die fides humana ist zwar der christlichen Treue, dem christlichen Glaubensgebot näher verwandt als der bona fides; aber gerade hier liegt für die Byzantiner die Brücke, die aequitas und bona fides verbindet.⁶⁾ Weder in den Digesten noch bei Justinian kommt sonst die fides humana vor, wohl aber in fast wörtlich gleichem Zusammenhange in C. 2, 4, 20 (Diocl. 293): [si quidem nihil ita fidei congruit humanae, quam ea quae placuerunt custodiri]. Auch hier ist das Stück offenbar von den Byzantinern eingeschoben; seine Stellung weist darauf hin, zumal die Begründung (recta ratione) schon vorher steht. In denselben Kreis gehört [humanitatis rationi congruum]⁷⁾ und [humanae naturae congruum].⁸⁾ Die Beziehung der fides humana zur bona fides tritt klar hervor, wenn man neben D. 2, 14, 1 pr. und C. 2, 4, 20 D. 19, 1, 11, 1: [cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum sit] stellt.⁹⁾ Bona fides und humana fides sind für die Byzantiner identisch; das

¹⁾ Interpol. 108 ff. ²⁾ Riccobono, Dal dir. rom. class. al dir. mod.

³⁾ aequitas iudicii kommt hier allein, aequitas juris nirgends in den klassischen Quellen, vielmehr erst von Konstantin ab (oben S. 645 Anm. 6) vor. ⁴⁾ Oben S. 645.

⁵⁾ Seckel s. v. fides; Beseler, Beitr. 1, 52; 3, 7; Schulz, Digesten 36.

⁶⁾ Wie ja diese Stelle in der Geschichte der Vertragsfreiheit (Seuffert, Zur Geschichte der obl. Verträge) neben Bibelstellen und der germanischen fides eine große Rolle spielt.

⁷⁾ D. 49, 15, 12, 5 ip. Faber-Krüger, Dig.; Beseler, Beitr. 1, 52.

⁸⁾ D. 32, 65, 3 ip. Beseler, Beitr. 1, 52.

⁹⁾ Beseler, Beitr. 1, 83; 2, 70; vgl. D. 12, 3, 4, 2 [arbitrio — bonae fidei iudicis — congruit] Faber-Krüger, Dig. und Dig. 19, 1, 48 [contractui bonae fidei consonat] Gradenwitz, Interpol. 200; Beseler, Beitr. 2, 64; Levy, Konkurrenz 1, 87, 4.

wird durch die gleichlautende Fassung von D. 2, 14, 1 pr., C. 2, 4, 20 und D. 19, 1, 11, 1 bewiesen. Zugleich zeigt der Fortgang von D. 19, 1, 11, 1¹⁾, wie die Byzantiner das Wesen der bona fides darin sehen, daß sie dem Parteiwillen zur Geltung verhilft, hinter dem dann ergänzend die natura contractus steht. So gehören bona fides und natura contractus zusammen.²⁾ Zuerst wird nach dem Parteiwillen gefragt, der zusammenstimmen muß, sodann nach der natura. Ea quae inter eos placuerunt (D. 2, 14, 1 pr.), ea quae placuerunt (C. 2, 4, 20) id, quod inter contrahentes actum sit (D. 19, 1, 11, 1), dieser Konsens des animus³⁾ beider Parteien ist es, der kraft der bona fides berücksichtigt werden darf: D. 50, 17, 116 (Ulp. 11 ed.): Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet — —.⁴⁾ Die klassische bona fides wird auf solche Weise mit der Billigkeit, der byzantinischen aequitas und mit der christlichen Gewissenhaftigkeit, der Rücksicht auf den Willen, den animus verbunden und dadurch zugleich in ihrem Wesen verändert. Das jus wird immer mehr beiseite gedrängt; völlig auf diesen Weg zurück bringt uns D. 17, 1, 29, 4 (Ulp. 7 disp.): [bonae fidei non congruit de apicibus juris disputare].⁵⁾ Denn die Spitzfindigkeit als Gegensatz der bona fides, das ist nichts anderes, als das jus strictum der stricta iudicia im Gegensatz zur bona fides der b. f. iudicia. Aequitas und bona fides, jus strictum und iudicia stricta gehören für Justinians Leute zusammen. Das Ergebnis ist, daß sie die bona fides der Kontrakte durchaus aus der aequitas ableiten: D. 16, 3, 31 (Tryph. 9 disp.): [bona fides, quae in contractibus aequitatem summam desiderat]⁶⁾; C. 4, 10, 4 (Diocl. 290): [Bonam fidem in contractibus considerari aequum est]⁷⁾; D. 43, 26, 2, 2 (Ulp. 71 ed.): est enim natura aequum — [itaque — quae ex bona fide oritur].⁸⁾ Theodoros⁹⁾ zitiert zur Erklärung von C. 4, 10, 4 C. 3, 1, 8 (Konst.)¹⁰⁾: ἐν

¹⁾ [quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate] Longo-Krüger, Dig.

²⁾ Deshalb D. 16, 3, 24 [contra bonam fidem et depositi naturam est] zuletzt Rabel, RÖ. Priv. R. 461, 1.

³⁾ Vgl. oben S. 273 ff.; wenn Beseler, Beitr. 3, 97 sagt: „id (hoc) agere ut (ne) ist echt, wenn vom Vertragswillen gesagt“, so muß man seine eigenen Ausführungen Beitr. 1, 85, 100; 2, 70—71, 160 hinzunehmen, um den Satz stark einzuschränken.

⁴⁾ Die Interpolation dieses Satzes wird Partsch begründen.

⁵⁾ Gradenwitz, Interpol. 35; Krüger, Dig.

⁶⁾ Pernice, Labo 2, 1, 172 Anm.; Mitteis, RÖ. Priv. Recht 63, 3^b. Beseler, Beitr. 3, 40, 136.

⁷⁾ Das Stück ist mindestens aus dem Zusammenhange gerissen (Krüger, Cod. a. b. l.) und in den allgemeinsten Titel (de obligationibus et actionibus) gestellt, dann aber auch so allgemein gefaßt, daß bereits Patrikios (Thal. Schol. ἀμετάωται; Heimb. Bas. 3, 22) die Deutung ausschließen muß, es seien alle iudicia bonae fidei.

⁸⁾ Gradenwitz, Interpol. 109; Bonfante, Ist. 488. — Biondi, Jud. bonae fidei 7, 200 zeigt für das jud. rei uxoriae, daß bona fides und bonum et aequum von den Byzantinern identifiziert werden; auch dies ist die neue aequitas, die das b. f. iudicium beherrscht.

⁹⁾ Schol. ἐν παντί οὐαλλάγματι; Heimb. Bas. 3, 22.

¹⁰⁾ Oben S. 645.

παντός πράγματος τὸ δίκαιον προτιμᾶσθαι καὶ τοῦ νόμου und deckt damit die byzantinischen Beziehungen zwischen der *aequitas* als Grundlage der *bona fides* und der *ratio stricti juris* (C. 3, 1, 8) auf.

H. *Jus strictum* in juristischen Quellen. Mit *jus strictum* gibt es folgende Stellen:

1. C. 4, 31, 14, 1 (Just. 531): *judices — nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes* (Gegensatz: milder Sinn).

2. C. 5, 13, 1, 2 (Just. 530)¹⁾: *stricto jure esse vallatam* (Gegensatz: *ex bona fide descendere; bonae fidei judicium*).

3. Instit. 4, 6, 28 (Just.)²⁾: *actionum — quaedam bonae fidei sunt quaedam stricti juris*.

4. D. 5, 3, 50, 1 (Pap. 6 quaest.): *quamvis enim [stricto jure] nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen [principali vel] pontificali auctoritate compellentur ad obsequium supremae voluntatis*.³⁾

5. D. 13, 5, 30 (Paul. 2 sent.): *si quis duobus pecuniam constituerit sibi aut Titio [etsi stricto jure propria actione] pecuniae constitutae manet obligatus, etiamsi Titio solverit, [tamen per exceptionem adjuvatur]*.⁴⁾

Ähnlich Beseler⁵⁾, der aber „*stricto jure*“ durch „*ipso jure*“ ersetzt. H. Krüger⁶⁾ streicht nur [*pecuniae constitutae*] als Glosse oder Interpolation.⁷⁾ Entweder ging eine Stipulation „*tibi aut Titio*“ voran; dann ist das Constitut an den *adjectus* ungültig, weil es an der *pecunia debita* fehlt⁸⁾; es kann aber auch aus der Stipulation an den *adjectus* nicht mehr gezahlt werden, weil nur noch gemäß dem Constitut gezahlt werden darf.⁹⁾ Dann ist die Textgestaltung von Seckel-Kübler

¹⁾ Biondi, *Actiones stricti juris* 12. ²⁾ Biondi a. a. O. 7.

³⁾ Segré, *Studi Brugi* 404ff., insbes. 409 mit Literatur. Beseler, *Beitr.* 4, 43 erklärt mit guten Gründen das ganze zitierte Stück als interpoliert.

⁴⁾ Seckel-Kübler, *Paul. Sent.* 2, 2, 3: „*num verba . . Pauli sint, quaerere licet*.“

⁵⁾ *Beitr.* 4, 123. ⁶⁾ *Exceptio doli* 1, 163.

⁷⁾ *Ital. Digesten: locus corruptus*. ⁸⁾ D. 13, 5, 7, 1.

⁹⁾ D. 13, 5, 8: *quod si posteaquam soli mihi te soluturum constitueristi solveris Titio, nihilo minus teneberis*; D. 13, 5, 25 pr.: *illud aut illud debuit et constituit alterum: an vel alterum quod non constituerit solvere possit, quaesitum est. dixi, non esse audiendum*. Im Widerspruch dazu D. 46, 3, 59: *si ita stipulatus sim: „mihi aut Titio dare spondes?“ et debitor constituerit se mihi soluturum, quamvis mihi competat de constituta actio, potest adhuc adjecto solvere*. Bruns (*Kleine Schriften* 269, 76) will den Unterschied im „*soli mihi*“ der l. 8 im Gegensatz zum bloßen „*mihi*“ der l. 59 finden; das reicht zur Erklärung nicht aus. Der Fortgang der Stelle hat nichts mit Constitut zu tun; vielleicht ist also [et] [constituerit — actio] [adhuc] zu streichen; oder aber [quamvis] durch (quia) zu ersetzen und vor „*potest*“ ein (non) einzuschieben; „*de constituta actio*“ begegnet in dieser Stellung nur hier, „*actio de constituta*“ noch in D. 13, 5, 31 (wo aber „*pecunia*“ aus dem Vorhergehenden leicht zu ergänzen ist) und in D. 13, 5, 5, 1, wo sich aber aus dem Vergleich mit D. 5, 1, 8 die Interpolation ergibt [sed et si — constituta], vgl. Cujac.-Krüger, *Dig.*

vorzuziehen. — Oder aber es wurde vorher nur dem „tu“ geschuldet — dann gilt für das Constitut dasselbe. Will man die alte Schuld durch constitutgemäße Zahlung an den adjectus zwar nicht getilgt sein, aber doch durch exceptio entkräften lassen, so ist die Textgestalt von Beseler zu wählen; doch scheint eben dies nicht sicher.

Das klassische Recht steht auf dem Standpunkte (D. 13, 5, 5, 5): si mihi constitueris Sempronio te soluturum, non teneberis. Das heißt, ein Gläubigerwechsel ohne Mitwirkung des neuen Gläubigers ist unzulässig. Den Byzantinern klingt bei ihrer Umformung der Vertrag zugunsten Dritter an, der nur nach strictum jus keine Rechtsfolge hat. Sprachlich fällt auf: a) adjuvari per exceptionem; das kommt nur hier vor¹⁾; b) si constituerit, etsi — manet; c) si — etsi — etiamsi; d) propria actio pecuniae constitutae²⁾; propria actio soll wohl civilis actio im Sinne der Byzantiner heißen.³⁾

6. D. 23, 2, 67, 1 (Tryph. 9 disput.): [sed etsi senatus consultum stricto jure contra omnes tutores nititur, attamen summae affectionis avitae intuitu huiusmodi nuptiae concedendae sunt].⁴⁾

7. D. 29, 2, 86 pr. (Pap. 6 resp.): .. ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant. Quae [stricto jure non competit]⁵⁾ quia intra diem aditionis avitus obisset. divum tamen Pium contra constituisse Maecianus refert in eo qui legationis causa Romae erat et filium — absens amiserat [sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere; quod et hic humanitatis gratia obtinendum est].⁶⁾

Vom „competere“ der in integrum restitutio spricht nur diese Stelle und Paul. Sent. 1, 7, 4, „sicher recht verstümmelt“ nach Savigny⁷⁾ und Seckel-Kübler.⁸⁾ An Stelle von [stricto — competit] muß eine Ansicht zitiert worden sein, woraus der Konjunktiv „obisset“ zu erklären ist. Über [sine respectu — habere] später an anderer Stelle.⁹⁾ Sachlich muß die restitutio versagt worden sein; das ergibt sich aus

¹⁾ Voc. Jur. Rom. 1, 225, 39; per curatorem adjuvari ist interpoliert in D. 36, 1, 67, 3 (Mitteis-Krüger, Dig.), per officium adjuvari in D. 49, 14, 45, 9: [in quo — solet]; in quo: zu unbestimmt; officium: wessen? Dies sind die einzigen drei Stellen mit adjuvare per. Über „per exceptionem consequi, praestare“ ip. vgl. Levy, Konkurrenz 1, 225, 4.

²⁾ Zu „pecuniae constitutae“ H. Krüger, Exceptio doli 1, 164 f.

³⁾ D. 1, 1, 6 pr.: [jus proprium, id est civile] Perozzi, Ist. 1, 66, 1; Mitteis, RÖ. Priv. R. 63, 3^b; D. 19, 5, 19 pr.: [negotium proprii contractus] Beseler, Beitr. 2, 165. Ist in D. 9, 2, 39, 1 [quamvis — deprehendit] und [quoniam — proprias actiones] echt? quamvis mit Indikativ; beide Stücke sind überflüssig und unpassend.

⁴⁾ H. Krüger, Sav. Z. 19, 55; Gradenwitz, Sav. Z. 26, 363; Albertario, Contrib. alla critica del dig. 9.

⁵⁾ Faber, Conjecturae 14, 1 (498, 2); Krüger, Dig.

⁶⁾ Gradenwitz, Sav. Z. 7, 79, 2; Lenel, Pal. Pap. 561; H. Krüger, Sav. Z. 19, 25; Pringsheim, Sav. Z. 41, 252, 2.

⁷⁾ System 7, 270^a.

⁸⁾ ad h. l. In D. 16, 1, 24, 3 (angeführt im Voc. Jur. Rom. 1, 848, 7 mit ?) bezieht sich competere a. E. auf actio, nicht auf restitutio.

⁹⁾ Vgl. inzwischen Sav. Z. 41, 260, 2.

der Gewährung der restitutio (contra constituisse) im zweiten Falle (D. 29, 2, 30 pr.). Gegensatz zum strictum jus ist hier die humanitas.

8. D. 40, 7, 28 pr. (Jav. 6 ex Cassio): Si hereditas eius, qui servum, intra dies triginta mortis suae si rationes reddidisset, liberum esse iusserat, post dies triginta adita est [jure quidem stricto] ita manumissus liber esse non potest, quoniam condicione deficitur: [sed favor libertatis eo rem perduxit, ut respondeatur expletam condicionem, si per eum, cui data esset, non staret, quo minus expleretur].

Erst Marc Aurel gibt bei mora heredis die libertas, als sei die Bedingung bereits erfüllt.¹⁾ Javolen also, und gar Cassius, können diese Regel noch nicht befolgt haben. Javolen aber geht angeblich noch weiter; er verlangt nicht einmal mora heredis, sondern nur, daß die Nichterfüllung nicht am statuliber liegt. Dies ist aber erst der Standpunkt Maecians²⁾, Ulpians³⁾ und Papinian's.⁴⁾ Bei ihnen wird niemals das ältere Recht als jus strictum bezeichnet. So haben wohl erst die Kompilatoren den Text späterem Rechte angepaßt. Sie arbeiten gern mit dem favor libertatis.⁵⁾ Für den Fortgang der Untersuchung ist wichtig, daß sie ihn in D. 40, 5, 24, 10 dem jus subtile und dem rigor juris gegenüberstellen, zwei Begriffen, die mit jus strictum nahe verwandt sind, während der klassische Jurist (Tryph. D. 49, 15, 12, 9) den favor libertatis neben das „aequum“ stellt. Auch hier also ist für die Byzantiner jus strictum der Gegensatz zum aequum.

¹⁾ Samter, Sav. Z. 27, 170 ff., 205, 1 („Die Frage nach der Unversehrtheit der javolenischen Ausführungen in D. 40, 7, 28 pr. kann hier nur aufgeworfen werden“); vgl. Lotmar, Sav. Z. 33, 304 ff.

²⁾ D. 40, 4, 55 pr. (2 fideic.): Libertate sub condicione data [huc jam decursum est] ut, si per statuliberum non stet, quominus condicioni pareat, quamvis ne per heredem quidem stet, tamen ad libertatem perveniat. Beseler, Beitr. 2, 94) glaubt, hier sei ein Bericht über eine Kontroverse weggeschnitten; das ist sehr wahrscheinlich, weil Maecians Werk frühestens aus der Zeit Marc Aurels stammt (Krüger, Quellen 201).

³⁾ D. 40, 7, 3, 10: hoc jure utimur in statulibero, ut sufficiat per eum non stare, quo minus condicioni pareat. In D. 40, 7, 3, 11 ist wohl [si sine — adierit] [sed quid si — impleatur] interpoliert (aufgeregte Fragen: et hic, trotzdem vorher gar nicht von „expleta videtur condicio“ die Rede ist; auch wenn die Stelle klassisch ist, steht sie im Widerspruch zu D. 40, 7, 28 pr., insofern die Freiheit hier nur bei dolosem Aufschub der aditio sofort mit dieser, dort aber ohne diese Voraussetzung verliehen wird).

⁴⁾ D. 40, 7, 35.

⁵⁾ Rabel, Röm. Priv. Recht 409. D. 29, 2, 71 pr. (Seckel s. v. favor, H. Krüger, Sav. Z. 19, 54; Krüger, Dig.); D. 31, 14 pr. (Seckel a. a. O.; Beseler, Beitr. 2, 103); D. 35, 2, 32, 5; (Seckel a. a. O.; Krüger, Dig.); D. 36, 1, 26, 2 (Faber-Krüger, Dig.); D. 40, 2, 4 pr. (Krüger, Dig.); D. 40, 4, 1 (corr. Mommsen, Dig.); D. 40, 4, 29 (Seckel a. a. O.; Faber-Krüger, Dig.; corr. Mommsen, Dig.); D. 40, 5, 24, 10 (Ferrini-Krüger, Dig.; Seckel a. a. O.); D. 40, 7, 9, 3 (Faber-Krüger, Dig.); D. 40, 12, 30 (Cujac-Krüger, Dig.; Bonfante, Ist. 471, 1); D. 40, 12, 38, 1 (Haymann, Freilass. u. Reurecht; Krüger, Dig.). Dazu Justinian C. 3, 31, 12, 2^b; C. 7, 4, 14 pr.; Inst. 2, 7, 4. Favorabilis usus libertatis: Just. Inst. 2, 20, 34. Favorabile est libertatem admittere: D. 49, 17, 20 (Seckel s. v. favorabilis: „echt?“). Ohne das Wort favor: D. 40, 7, 40, 7 (Gradenwitz-Krüger, Dig.; Samter, Sav. Z. 27, 171); D. 40, 8, 1 (Bonfante, Ist. 47, 1); D. 40, 8, 9 (Bonfante a. a. O.).

9. C. 3, 42, 8, 1 (Diocl. 293): nullam te ex eius pacto — actionem [stricto jure] habere: [utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio].¹⁾

Es handelt sich wieder²⁾ um einen Vertrag zugunsten Dritter; die Byzantiner begründen ihren Eingriff mit der aequitatis ratio, die das jus strictum überwindet.

10. Gaius Inst. 3, 18: hoc jus quemadmodum strictum fuerit, palam est intelligere.³⁾

Hier wird nicht eine Kategorie des jus strictum einer andern des jus aequum gegenübergestellt, sondern eine bestimmte Rechtsregel (aus dem Erbrechte der 12 Tafeln) wird eng, streng genannt. Gemeint ist, diese einzelne Regel sei unbillig, widerspreche der aequitas; das ergibt sich aus Gai. Inst. 3, 25 (haec juris iniquitates⁴⁾ edicto praetoris emendatae sunt) und noch einmal aus Gai. Inst. 3, 41 (praetoris edicto haec juris iniquitas emendata est) mit Gai. Inst. 3, 40 (aperte iniquum erat). Gaius also erklärt einen einzelnen Rechtssatz (den er „jus“ nennt) für unbillig (juris iniquitas); bei den Byzantinern wird daraus ein strenges Recht, eine ganze Klasse, ein ganzes Gebiet. Gaius vergleicht historisch zwei Stufen der Rechtsentwicklung, die Byzantiner betrachten denselben Rechtsfall unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten, das eine Mal nach jus strictum, das andere Mal nach dem mollis animus, der bona fides, der principalis vel pontificalis auctoritas, der humanitas, dem favor libertatis, der aequitatis ratio. Die ganze byzantinische Entwicklung geht offenbar von Gaius aus, der so oft als Schulschriftsteller der Vorläufer der byzantinischen Professoren ist. Aber es wird dabei mehr aus Gaius herausgelesen, als er sagen will; der Begriff wird umgedeutet, ja erst geschaffen. Gaius will sagen, daß ein bestimmter abgeschaffter Satz des alten Rechtes, am Maßstabe seiner Zeit gemessen, unbillig gewesen sei. Die Byzantiner erkennen an, daß der Rechtssatz (nach strengem Rechte) gilt; sie verwerfen ihn aber aus anderen, rechtsfremden Gründen. Stets ist ihnen das jus strictum ein Rechtsgebot, aber ein solches, das überwunden werden muß; die Erteilung des Prädikats strictum ist bei ihnen Kritik am geltenden Recht (nicht Bezeichnung der früheren Stufe), ein Grund, mit Interpolationen einzugreifen.

11. Dieser neuen, allgemeinen Kategorie des jus strictum gehören dann schließlich auch die Klagen an, deren Formel die Worte „ex fide bona“ fehlen. Biondi⁵⁾ erklärt für den Hauptnamen „actio stricti juris“; er stützt sich dabei auf Inst. 4, 6, 28 und C. 5, 13, 1, 2.⁶⁾ In der

¹⁾ Eisele, Beitr. 79; Ferrini, Pandette 660, 3; Obblig. 712; Pacchioni, I contratti a favore di terzi 52; Riccobono, Mél. Fitting 2, 470; Bonfante, Ist. 398, 3.

²⁾ Oben S. 654 Nr. 5.

³⁾ Kniep, Gai. Inst. 3, 10 hält „hoc jus — intelligere“ für einen Zusatz des Gaius zum Grundstock.

⁴⁾ Just. Inst. 3, 3 pr. setzt dafür „angustiae“.

⁵⁾ Actiones stricti juris 16.

⁶⁾ Dazu kommt noch Juliani Epit. Novell. 504 (Haenel S. 165).

Kodexstelle aber ist die actio nicht wirklich so genannt; es heißt dort *actionem stricto jure esse vallatam*. Die andere Terminologie „*strictum judicium*“ haben Inst. 4, 6, 30, Nov. 36, 3¹⁾, D. 13, 6, 3, 2²⁾ und D. 12, 3, 5, 4 (in *actione stricti iudicii*).³⁾ Es werden also mindestens beide Bezeichnungen gleichwertig nebeneinander gebraucht.

stricta ratio.

1. Bei Gaius (Inst. 3, 160) ist von der Beendigung des Mandats durch Tod die Rede. Die erste Ausnahme von der Regel wird eingeleitet: „*sed utilitatis causa receptum est —; alioquin — damnum — adferret*“; die zweite: „*plerisque placuit —, cum alioquin stricta iuris ratione non posset —*“. *Stricta iuris ratio* meint also die genaue Beachtung der Rechtsregel. Vom *strictum jus* ist nicht die Rede; nicht das *jus* ist *strictum*, sondern die *ratio stricta*.

2. Bei Constantin (C. 3, 1, 8)⁴⁾ wird die *stricta iuris ratio* zur *stricti iuris ratio*, zur Beachtung des strengen Rechtes; und Justinian läßt die scheinbar in den Zusammenhang des *favor libertatis* gehörige Wendung⁵⁾ als allgemeine Regel herausnehmen und stellt sie an die allgemeinste Stelle, in den Titel „*de iudiciis*“.⁶⁾

3. D. 35, 1, 16 (Gai. 1 de test. ad ed.): — *ea vero, quae ex ipso testamento orerentur, necesse est secundum scripti iuris rationem expediri* (Gegensatz: *ex aequo et bono interpretationem capere*).

Die Stelle gehört hierher nur, falls die abweichende Lesung der Basiliken⁷⁾ (die „*stricti iuris*“ verlangt) zutrifft; sie scheint aber, wie unten darzulegen⁸⁾, auf ihrer eigenen Theorie zu beruhen.

In den Digesten ist die *stricta ratio* überall interpoliert:

4. D. 11, 7, 43 (Pap. 8 quaest.): [— *nam propter publicam utilitatem ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus — nam summam esse rationem, quae pro religione fit*.⁹⁾

Gegensatz ist die Berücksichtigung der (christlichen) Religion, die sich also hier mit der *aequitas* und der *bona (humana) fides*¹⁰⁾ trifft.

¹⁾ *stricto jure celebrato*: von Biondi nicht angeführt, allerdings von Zachariae (vgl. Schoell-Kroll, Nov. S. 243 zu Z. 42) durch Konjekturen weggedeutet.

²⁾ Wo entsprechend der Interpolation im Anfang (*sicut in ceteris bonae fidei iudiciis*) offenbar „*in stricti[s] iudiciis*“ zu ergänzen ist.

³⁾ In der Darmstädter Kodex-Handschrift steht zwischen C. 4, 21, 17 und 18 ein merkwürdiges Stück, das Krüger (Cod.) Justinian abspricht: *in bone fidei contractibus nisi quis dolose versatus fuerit stricti iuris iudicio non tenetur*.

⁴⁾ Oben S. 645. ⁵⁾ Vgl. C. 7, 22, 3.

⁶⁾ Übrigens ist die Möglichkeit zu erwägen, daß erst Justinian [*quam stricti iuris*] hinzufügte; „*praecipuam esse quam*“ klingt merkwürdig.

⁷⁾ Heimb. Bas. 4, 441; vgl. Pernice, Sav. Z. 20, 163, 2.

⁸⁾ Unten S. 664 Anm. 5.

⁹⁾ Segré, Studi Brugi 409, 2; De Francisci, La legg. passiva nel a. funeraria 9, 1; Taubenschlag, Sav. Z. 38, 246 f.; Riccobono, Rivista di dir. civ. 3, 44 und Dal dir. rom. class. al dir. mod. 256, 2; Bonfante, Ist. 268, 1.

¹⁰⁾ Oben S. 654 Nr. 7.

5. D. 41, 1, 7, 5 (Gai. 2 rer. cott.): — cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen, non [tamen] is [cuius is ager fuerat, stricta ratione] quicquam in eo alveo habere potest, quia et ille ager qui fuerat desiit esse amissa propria forma et, quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere: [sed vix est, ut id optineat].¹⁾

Vielleicht ist das ganze Stück [licet — forma et] zu streichen. [Licet ad priorem alveum reversum fuerit flumen] ist fast wörtlich aus dem vorhergehenden Satz (ad priorem alveum reversum fuerit flumen) übernommen und eben deshalb überflüssig; daß der Fluß zurückkehrt, ergibt sich aus dem Zusammenhange und dem Vergangensein des „occupare“ (occupaverit). [Is cuius is ager fuerat] ist bereits durch Konjekture²⁾ getilgt, weil das Subjekt schon im „cuius“ des Anfangs steckt. [Non — is — quicquam in eo alveo habere potest] verdoppelt, was am Schlusse heißt: non potest — ullam partem in eo alveo habere. [Quia et ille ager qui fuerat desiit esse amissa propria forma]: es ist nicht die Frage nach dem Eigentums-Verlust gestellt — die ist überall ebenso zu beantworten³⁾ —, sondern die nach dem Eigentums-Rückerwerb; der ist nicht möglich, weil keiner da ist, „qui prope ripam eius praedia possideret“; es fehlt an der Sache, zu der die Akzession gehören könnte. Die Konstruktion „quia et — desiit — et, quia — habet, non potest“ ist unmöglich. Der verbleibende echte Teil würde lauten: cuius tamen totum agrum novus alveus occupaverit, quia vicinum praedium nullum habet, non potest ratione vicinitatis ullam partem in eo alveo habere.⁴⁾ Vielleicht hat am Schlusse eine Diskussion über die Frage gestanden, wem das Flußbett nun gehört; denn Pomponius (D. 41, 1, 30, 3 a. E.) scheint auf einem anderen Standpunkte zu stehen. — Die Byzantiner schieben die ihnen aus Gaius bekannte stricta ratio ein; ihr zufolge fehlt es an der Identität des Grundstückes; die solche Strenge verurteilende byzantinische Lehre sieht das Grundstück als dasselbe, als das alte an und gibt deswegen dem alten Eigentümer das Eigentum.

6. D. 48, 16, 1, 10 a. E. (Marcian. l. sing. ad sc. Turpill.): [an vero stricta ratione quibusdam facultas non competat?].

Mommsen, Röm. Strafrecht 497, 3: „Die beiden Stellen D. 48, 16, 1, 10, wonach die Frau bei der Zulassung zur Anklage verantwortlich wird, und

¹⁾ Riccobono, Studi Schupfer 1, 218; Ferrini, Pandette 389, 4; Krüger, Dig.; Bonfante, Ist. 254, 1. Zur Schlußwendung vgl. D. 32, 18 [sed vix id optinere potest] (Di Marzo, Mél. Girard 2, 145; Bonfante, Ist. 235, 2; anders Beseler, Beitr. 2, 11); zu optinere überhaupt Seckel a. h. v.

²⁾ Menge-Krüger, Dig.

³⁾ Vgl. D. 41, 1, 7, 6: namque inundatio speciem fundi non mutat.

⁴⁾ Daß in Inst. 2, 1, 23 der ganze Teil von „cuius tamen“ an fehlt, beweist nichts gegen die Echtheit dieses Stückes, da hier die Überlieferung der Digesten glaubhafter ist, als die der Institutionen (Pringsheim, Kauf m. fremd. Geld 65 f.; Levy, Konkurrenz 1, 421, 4).

D. 48, 14, 4 pr., wonach sie von der Verantwortung befreit ist¹; dann kommt ein Versuch, den Widerspruch zu lösen, dem man heute nicht folgen wird. Beseler, Beiträge 3, 165; 4, 191, 207: „Das ganze unerträglich breite, inhaltlich minderwertige, sprachlich vielfach auffällige Stück ist Paraphrasis.“ Dem ist durchaus zuzustimmen. Quid enim interest? Quid porro refert? An haec intersint? Eine Fülle aufgeregter Fragen. „Quid refert“ ist stets interpoliert. Es begegnet nur noch¹) in D. 47, 2, 68, 2 ip. (Beseler, Beitr. 4, 230) und D. 21, 2, 51 pr. [quid refert, sordibus iudicis an stultitia res perierit] (vgl. Beseler, Beitr. 4, 140 und C. 3, 44, 8, Vat. Fragm. 8; überall ist nur von injuria iudicis, nirgends von error die Rede; sordes ist immer interpoliert).²)

stricta observatio:

Just. C. 6, 23, 31 pr.: in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa est.

Gegensatz ist „dei humanitas“ und „simplicitati subvenire“. Der *simplicitas*, einer echt christlichen Eigenschaft, kommt die klassische

¹) Voc. Jur. Rom. 5, 55, 15.

²) Voc. Jur. Rom. (5, 636, 44) gibt folgende Stellen:

D. 4, 4, 7, 8 (Eisele, Sav. Z. 30, 108).

D. 4, 4, 47 pr. [nec de sordibus tutoris merito quippiam dici potest]: Moduswechsel (*distracta sit — dici potest*); überflüssig: der Inhalt ist zuvor mit „*bona fide*“ angegeben. Auch der Schluß [nec ideo — vacaret] ist verdächtig: *delicto vacare* kommt nur hier vor (Voc. Jur. Rom. 2, 154, 13); über *culpa, dolo vacare* vgl. Levy, Sav. Z. 37, 38, 2; dazu Partsch, Neg. gestio 1, 85 Anm.; Albertario, Form. Fabiana 37.

D. 4, 6, 26, 4 [item per — si per gratiam aut sordes magistratus jus non dixerit — corrumpit]. Mommsen, Dig. greift bereits ein. Beseler, Beitr. 1, 77; 3, 98 streicht etwas weniger. Si jus non dixerit; vorher aber: si jus non dixit.

D. 4, 8, 3, 1 [arbitrum vel gratiae dantem vel sordibus corruptum vel alia ex causa nolle sententiam dicere]. Seckel s. v. gratia 1^b, s. v. interponere 1^c β; Beseler, Beitr. 2, 91; 3, 35.

D. 5, 1, 15, 1 [dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes]. Seckel s. v. gratia 1^b; Beseler, Beitr. 1, 77. Über „vel etiam“ Pringsheim, Kauf m. fremd. Geld 149, 1 und dazu noch: D. 3, 5, 2 (Bertolini, App. didatt. 1045); D. 4, 4, 32 (Beseler, Beitr. 4, 88); D. 7, 8, 16, 2 (Lenel, Sav. Z. 39, 163); D. 8, 47, 1 (Lenel, Pal. 1, 1264); D. 10, 2, 2 (Wlassak, Krit. Stud. 116); D. 12, 3, 4, 3 (Faber-Krüger, Dig.); D. 18, 1, 19 (Pringsheim, Kauf 70); D. 20, 1, 5 (Perozzi, Ohbl. 133; Fehr, Hyp. 81; Ebrard, Hypothekenzereption 79); D. 27, 4, 1, 3 (Solazzi-Lenel, Sav. Z. 35, 160); D. 28, 5, 82 pr. (Mommsen-Krüger, Dig.); D. 32, 16 (Haymann, Sav. Z. 40, 333, 2); D. 38, 2, 2^a, 6 (Goveanus-Krüger, Dig.); D. 41, 2, 44, 2 (Beseler, Beitr. 3, 146); D. 41, 3, 31, 3 (Riccobono, Sav. Z. 31, 358, 3); D. 45, 1, 91, 1 (Rabel, Mél. Gérardin 487, 3); D. 48, 5, 4, 1 (Beseler, Beitr. 3, 90, Gai Inst 2, 167 (Perozzi, Ist. 2, 501)).

D. 26, 7, 7, 2 [per sordes aut gratiam]. Beseler, Beitr. 4, 236, 246 mit Literatur.

Jurisprudenz nur im Bereiche der Soldatenprivilegien zu Hilfe.¹⁾ Sonst ist die *vana simplicitas* kein Entschuldigungsgrund.²⁾ Erst die Byzantiner unterstützen die „reinen Toren.“³⁾

*stricte*⁴⁾:

1. Just. Inst. 2, 20, 3: *legata quidem stricte concludentem, fidei-commismissis autem — pinguorem naturam indulgentem.*

2. Just. Inst. 4, 13, 10⁵⁾: *hodie autem non ita stricte haec procedere volumus.*

3. D. 7, 8, 12, 2 (Ulp. 17 ad Sab.): [*hoc amplius — neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum.*]⁶⁾

strictius:

1. Just. C. 6, 42, 32, 2: *leges — strictius causam exigunt.*

2) D. 8, 2, 20, 2 (Paul. 15 ad Sab.): *Si sublatum sit aedificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur utilitas exigit, ut idem intellegatur: [nam alioquin si quid?] strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur: et ideo sublato aedificio usus fructus interit, quamvis area pars est aedificii].*

Zwischen dem ersten und dem zweiten Teile klappt ein Widerspruch; man weiß zuletzt nicht, ob das Recht bestehen bleibt oder nicht (*utilitas exigit — et ideo interit*). Sachlich erinnert die Erörterung stark an D. 41, 1, 7, 5 (*quia et ille ager qui fuerat desit esse*).⁷⁾ Auch dort war dieselbe Unschlüssigkeit im Eingreifen merkwürdig. Dazu kommt eine Fülle von Kennzeichen der Interpolation: a) *stillicidium* ist eine *Servitut*⁸⁾ und kein *Ususfructus*. Erst die Byzantiner kennen den Oberbegriff der *servitus* über *Personal-* und *Prädial-servituten*.¹⁰⁾ b) Die *Servitut* geht nicht mit der *superficies* des herrschenden Grundstücks unter¹¹⁾ und entsteht wieder, wenn das dienende

¹⁾ D. 29, 1, 1 pr. (Trajan); C. 1, 18, 1 (212); C. 6, 21, 3 (213).

²⁾ D. 14, 6, 3 pr.

³⁾ *simplicitas* (Voc. Jur. Rom. 5, 552, 3): D. 4, 3, 1 pr. (Beseler, Beitr. 3, 64); D. 22, 3, 25, 1 (Cujac.-Krüger, Dig.); D. 26, 10, 3, 18 (Glo. Mommsen, Dig.; ip. Seckel s. v. *inertia*). *simpliciter* und *simpliciter* in solcher Bedeutung (Voc. Jur. Rom. 5, 552, 1; 5, 552, 40): D. 21, 1, 37 (Beseler, Beitr. 2, 93); D. 11, 7, 14, 5 [*nec — faciunt*]; D. 3, 5, 5, 6 [*ita simpliciter versatus est, ut*]; einzige Stelle mit *simpliciter versari*; bei Just. C. 5, 13, 1, 7 a. E.: *si non dolo malo versatus est*. Aus byz. Zeit: Zenob. C. 1, 3, 29: *τὰς ἀπλουστεῖας ψυχὰς τοῦ δήμου*; Just. C. 1, 5, 20, 3 u. 5; Nov. 73, 9 (*ἀπλούτος*).

⁴⁾ *strictior inquisitio* (C. 5, 43, 3 (229)) und *strictiora remedia* (C. Theod. 9, 5, 1 pr. (320 — 323) = C. Just. 9, 8, 3 = Bruns, Fontes Nr. 94) sind unverdächtig.

⁵⁾ Vgl. Levy, Konkurrenz 1, 143, 5.

⁶⁾ Riccobono, Studi Scialoja 1, 579; Albertario-Rotondi, Postille esegetiche 20, 2.

⁷⁾ „quis“: Mommsen, Dig. ⁸⁾ Oben S. 658.

⁹⁾ Sofort darauf D. 8, 2, 20, 3: *si servitus stillicidii*.

¹⁰⁾ Just. C. 3, 34, 13: *sicut usumfructum — ita et in ceteris servitutibus*; D. 8, 1, 1 [*servitutes aut personarum sunt, ut — ususfructus*]; D. 50, 16, 25 pr.: *quia ususfructus non domini pars [sed servitutis] sit*. Bonfante, Ist. 319, 1 mit Literatur.

¹¹⁾ D. 8, 3, 13 pr.: *ideo sublatis vineis servitus manebit*.

untergegangene Grundstück neu entsteht.¹⁾ Anders beim *ususfructus*.²⁾ c) [si quid strictius interpretetur]. quid! Was wird interpretiert? Gegensatz ist offenbar hier wie in D. 7, 8, 12, 2 (tam stricte est interpretanda³⁾) die stets byzantinische humanior interpretatio.⁴⁾ Ersetzt man „quid“ durch „quis“, so spricht ein (byzantinischer) Betrachter des Falles.⁵⁾ d) sequenti loco. Sonst⁶⁾ bedeutet dies „an späterer Stelle einer Schrift“, hier aber wohl „an zweiter Stelle“, aber auf demselben Platz (also eigentlich priore loco). e) „interit“ statt „interiret“; quamvis mit Indikativ. f) area pars est aedificii. Aber D. 7, 4, 8: quia villa fundi accessio est; und D. 50, 16, 211: area = locus sine aedificio.

destricte = streng.

D. 4, 4, 7, 8 (Ulp. 11 ed.): [— destricte probandum est —].⁷⁾

I. Byzantinische Theorie des *jus strictum*. Wo immer in den Digesten das Wort *strictus* erscheint, sprechen die Byzantiner. Blickt man in ihre Gedankengänge hinein, wie sie Theophilus (Inst. Paraphr.) und die Scholiasten der Basiliken klarlegen, so ist man überrascht, Worte und Begriffe des Aristoteles wiederzufinden. Die byzantinischen Gelehrten sind auch hier die Übermittler der Antike an das Mittelalter. Auch die Digesten kennen Aristoteles, der von Julian⁸⁾ zitiert wird; aber hier handelt es sich um eine naturwissenschaftliche Frage.⁹⁾ Auf dem Gebiete des Rechts hatten die klassischen Juristen von den Griechen nicht viel zu lernen. Ganz anders verhält sich die byzantinische Professorengelehrsamkeit. Sie holt sich die Begriffe, insbesondere die rechtsphilosophischen, bei den Griechen. Das sagt ausdrücklich Theophilus (Inst. 1, 1): ἀλλὰ τί μὲν ἐστὶ νόμος; ἀνάμεινον — μαθεῖν — ἀπὸ τε τῶν ῥητόρων καὶ φιλοσόφων ἅμα καὶ νομικῶν. Die Lehre vom Gesetz ist bei Rhetoren und Philosophen, die zugleich Juristen sind, zu finden und zu lernen. Philosophen und Rhetoren sind die Vermittler griechischer Denkart und Lehre.

1. Die Wiedergabe der Stellen mit *jus strictum* bei den Byzantinern führt unmittelbar auf die Spur des Aristoteles. Zuweilen lassen sie das lateinische Wort stehen.¹⁰⁾ Das Übliche aber ist, daß sie es

¹⁾ D. 8, 6, 14 (wie die vorige Stelle Javol. 10 ex Cassio): servitus quoque in pristinum statum restituitur.

²⁾ D. 7, 1, 34, 2 (kein Legat an der area nach Abbrennen des vermachten Hauses); D. 7, 1, 36 pr. (kein Legat an der area nach Abbrennen und Wiederaufbau des Hauses). Vgl. auch die Erörterung in D. 7, 4, 5, 2—7, 4, 12.

³⁾ Oben S. 660 Nr. 3. ⁴⁾ H. Krüger, Sav. Z. 19, 31 f.

⁵⁾ Beseler, Beitr. 4, 232.

⁶⁾ Gai Inst. 2, 191; D. 5, 2, 8 pr.; D. 40, 9, 24 (einzige Stellen zufolge Voc. Jur. Rom. 5, 367, 30).

⁷⁾ Eisele, Sav. Z. 30, 108.

⁸⁾ D. 46, 3, 36.

⁹⁾ Vgl. das Schol. des Anonymos Heimb. Bas. 4, 61 dazu.

¹⁰⁾ Kyr. Schol. ἐπὶ (Heimb. Bas. 3, 2) zu D. 13, 6, 3, 2 (in stricti): ἐπὶ τῶν σφικτικῶν, Theoph. zu Inst. 4, 6, 28 (quaedam stricti juris): αὐτὸς σφικτικῶν.

mit ἀκριβεια, ἀκριβής wiedergeben.¹⁾ Die notwendige Gleichsetzung beider Begriffe folgt aus Theophilos (Inst. 4, 6, 80): ἐπὶ δὲ τῶν στρογίλων, ἐπειδὴ τῆς ἀκριβείας αὐτῆς γίνεται λόγος. Geht man der ἀκριβεια bei den Byzantinern nach, so erweitert sich der Kreis. Scholiasten und Paraphrasten sind überaus häufig mit diesem Begriffe beschäftigt, viel häufiger, als die immerhin beschränkte Zahl der Corpus-juris-Stellen mit jus strictum erwarten ließe. Hieraus folgt noch einmal, daß von ihnen der Begriff in die klassischen Stellen eingefügt ist, daß er nicht etwa aus diesen Quellen zu den Byzantinern kam. Aus der Masse der Anknüpfungen können nur die wichtigsten hervorgehoben werden. Von τὰ στρογίλα spricht Stephanos²⁾, Kyrillos³⁾ und Thalelaeos⁴⁾, von στρογίλοι ἀγωγαί Stephanos⁵⁾, von στρογίλα δικαστήρια Stephanos⁶⁾, von στρογίλοι ὁμολογίαι der Anonymos⁷⁾, von στρογίλα συναλλάγματα Stephanos.⁸⁾ Bald erkennt man, daß die ἀκριβεια für die Byzantiner nicht nur das jus strictum bedeutet, sondern weit darüber hinaus das alte Recht selbst mit seiner Formenstrenge und Genauigkeit, so oft sie ihren neuen Maßstab der Billigkeit abändernd und verurteilend anlegen. So wird die ἀκριβεια zur Quelle für eine Menge von Begriffen und Gegenbegriffen des späten Rechts. Ihr entspringen außer dem jus strictum, dessen Stellung bei den Byzantinern damit zugleich umzeichnet wird:

a) juris rigor (oben S. 648 Nr. 6): D. 40, 5, 24, 10 ip.: Bas. Text (Heimb. Bas. 4, 662): παρὰ τὸν νόμον; Dor. Schol. ἐάν τις (ebenda): παρὰ τὴν ἄγαν ἀκριβειαν τοῦ νομίμου.

b) scrupulositas (oben S. 648 Nr. 7): D. 28, 3, 12 pr. ip.; Text und Schol. des Kyr. und Anon. (Heimb. 4, 48); Inst. 2, 20, 36; Theophilos dazu.

¹⁾ Bas. Text zu D. 5, 3, 50, 1 (stricto jure) Heimb. 4, 233: πρὸς ἀκριβειαν. Dor. Schol. ἐάν (Heimb. Bas. 4, 704) zu D. 40, 7, 28 pr. (stricto jure): κατὰ μὲν ἀκριβειαν.

Anon. Schol. καὶ διὰ (Heimb. Bas. 5, 319) zu D. 9, 2, 51, 2 (strictam rationem insuper habemus): παρορᾶται τὸ ἀκριβές.

Theoph. zu Inst. 2, 20, 3 (stricte): πολλῆς ἀκριβείας — ἐχόμενα.

Theoph. zu Inst. 3, 3 pr. (stricto jure): ἀκριβειαν καὶ στενότητα.

Theoph. zu Inst. 3, 26, 10 (stricta juris ratione): κατὰ τὸ ἀκριβές — παρὰ τὴν ἀκριβειαν.

Theoph. zu Inst. 4, 13, 10 (non ita stricte haec procedere volumus): οὐ βούλεται ταύτην ἀδικον χώραν εἶναι ἀκριβειαν (bemerkenswert ist bereits hier, daß die ἀκριβεια ἀδικος heiβt).

²⁾ Zu D. 13, 6, 3, 1 (Heimb. Bas. 2, 2) und zu D. 12, 1, 7 (Heimb. Bas. 2, 603).

³⁾ Zu D. 13, 6, 3, 2 (Heimb. Bas. 2, 3).

⁴⁾ Zu C. 2, 11, 20 (Heimb. Bas. 2, 462).

⁵⁾ Zu D. 13, 6, 3, 1 (Heimb. Bas. 2, 2) und zu D. 12, 1, 40 (Heimb. 2, 633) in seiner langen προθεωρία über pacta und στρογίλα ἀγωγή.

⁶⁾ Zu D. 12, 5, 4 pr. (Heimb. Bas. 3, 16).

⁷⁾ Zu D. 39, 6, 36 (Heimb. Bas. 4, 612).

⁸⁾ Zu D. 12, 1, 8 (Heimb. Bas. 2, 613); vgl. das neuere Schol. εἰ καὶ zu D. 17, 1, 62, 1 (Heimb. Bas. 2, 146): οὐκ ἐστὶν ἡ μανδάτου στρογίλα.

c) apices juris (oben S. 652): D. 17, 1, 29, 4 ip.; Anon. Schol. *σημειώσαι* (Heimb. Bas. 2, 116): *οὐ δεῖ τὴν ἀκριβείαν, ἢ τὴν λεπτότητα τοῦ νόμου σκοπεῖν*.

d) jus subtilis: D. 40, 5, 24, 10 ip.; Dor. Schol. *ἐάν τις* (Heimb. Bas. 4, 662): *κατὰ τὴν ἄγαν ἀκριβείαν*.

e) subtilitas (oben S. 648 Nr. 9); D. 20, 6, 8, 16 ip.; Anon. Schol. *σημειώσαι* (Heimb. Bas. 2, 116): D. 39, 5, 25 ip. (juris subtilitas); Bas. Text (Heimb. Bas. 4, 574); Inst. 2, 23, 12 a. E. Just. (legis subtilitas); Theophilus dazu; Inst. 3, 2, 3^a Just.; Theophilus dazu.

f) civilis ratio: D. 4, 5, 8 ip.; Steph. Schol. *τάς* (Heimb. Bas. 4, 557); ratio disputandi, subtilis ratio: D. 9, 2, 51, 2 ip.; Bas. Text (Heimb. Bas. 5, 318).

g) quantum ad verba: D. 5, 3, 36, 3; Steph. Schol. *δ μάλ᾽α* (Heimb. Bas. 4, 227); subtilitas verborum: D. 12, 1, 20 ip.; Bas. Text (Heimb. Bas. 2, 617).

h) singularia: D. 12, 1, 15; Bas. Text (Heimb. Bas. 2, 610), Steph. Schol. *ἐπὶ γὰρ* zu D. 12, 1, 2 (Heimb. Bas. 2, 589); D. 25, 2, 1 (singulare); Dor. Schol. *τὸ τῆς* (Heimb. Bas. 3, 300).

i) recte: D. 5, 2, 2; Steph. Schol. *τίνες* (Heimb. Bas. 4, 3); D. 5, 2, 17 pr.; Steph. Schol. *δύο* (Heimb. Bas. 4, 20).

Als Gegenbegriffe der *ἀκριβεία*, die gleichfalls für die Kennzeichnung des jus strictum wertvoll sind, treten folgende bei den Byzantinern besonders beliebt hervor:

a) humanitas (vgl. oben S. 648 Nr. 1; S. 648 Nr. 5; S. 654 Nr. 7 vel humano proposito S. 648 Nr. 3): D. 12, 1, 21 ip.; Anon. Schol. *τούτεστιν* (Heimb. Bas. 2, 618): D. 17, 1, 45, 4 ip.; Steph. Schol. *εἰ ἐν* (Heimb. Bas. 2, 124); humana interpretatio: D. 38, 17, 1, 6 ip.; Dor. u. Enant. Schol. *δ μισθώσας* und *φησί* (Heimb. Bas. 4, 486).

b) benignus (vgl. benignitas oben S. 648 Nr. 8; placare et lenire oben S. 648 Nr. 6; mollire oben S. 648 Nr. 8; mollis animus oben S. 653 Nr. 1; mitigari oben S. 648 Nr. 4): D. 23, 3, 9, 1 ip.; Steph. Schol. *ἐάν* (Heimb. Bas. 3, 355). benignus interpretari: D. 40, 4, 18, 1; Dor. Schol. *ἐάν* (Heimb. Bas. 4, 634). benigna interpretatio: D. 23, 4, 9; Thal Schol. *τὸ παλαιόν* zu C. 5, 12, 26 (Heimb. Bas. 3, 442f.); C. 5, 27, 4, 1^d Just.; Anon. Schol. *ἐπειδὴ* (Heimb. Bas. 4, 272); Inst. 3, 19, 10; Theophilus dazu.

c) melius: D. 9, 4, 8 a. E. ip.; Steph. Schol. *ἐπὶ κοινῶν* (Heimb. Bas. 5, 343).

d) utilitas (vgl. oben S. 657 Nr. 4): D. 40, 7, 36; Dor. Schol. *ὅτε* (Heimb. Bas. 4, 708).

e) favor libertatis (vgl. oben S. 648 Nr. 6, S. 655 Nr. 8): D. 40, 2, 4 pr. ip.; Dor. Schol. *ἐάν* (Heimb. Bas. 4, 623); D. 40, 5, 4, 16; Dor. Schol. *εἰ* (Heimb. Bas. 4, 653).

Wenn man diese positiven und negativen Reflexe der *ἀκριβεία* überblickt, so bekommt man den Eindruck, an einem Mittelpunkt der

byzantinischen Gedankenwelt zu stehen. Zur ἀκριβεια führen viele Wege, die zur Reformierung des klassischen Rechtes gegangen werden.

2. Die klassischen Quellen werden im Sinne des *jus strictum* und der ἀκριβεια ausgedeutet. D. 22, 1, 3, 1 spricht von den „*judicia quae non sunt arbitraria nec bonae fidei*“; Stephanos¹⁾ fügt hinzu: *τούτοις τε καὶ ἐπὶ τῶν στερικῶν*. D. 44, 7, 57 sagt: *sive bona fide sint sive non sint*; Stephanos²⁾ überträgt: *ἐπὶ τῶν βόνα φίδε καὶ ἐπὶ τῶν στερικῶν*. D. 12, 5, 9, 1 sagt: *ex testamento vel ex stipulatu*; Kyrillos³⁾ faßt zusammen: *ἐπὶ δὲ τῶν στερικῶν*. Inst. 1, 21, 3⁴⁾ sprechen von den „*sublatæ legis actiones*“; Theophilus dazu: *τῆς παλαιᾶς ἀναιρεθούσας ἀκριβείας*.⁵⁾

3. Wo sich zwei Stellen widersprechen, weil die eine klassisch, die andere interpoliert ist, helfen sich die Byzantiner mit der Erklärung, die eine (die klassische) gelte *πρὸς ἀκριβειαν*, die andere (die interpolierte) *κατὰ τὸ φιλαγαθόν*.⁶⁾ *φιλαγαθός* steht aber in ihrem Sinne wie *φιλάνθρωπος* der *bona fides* nahe.⁷⁾

4. Aus der Wende um 500 gibt Boëthius⁸⁾ die neue Fassung: in his igitur judiciis, in quibus additur ut ex bona fide judicant, id est ubi ita iudices dantur, ut non strictas inter litigantes stipulationes sed bonam fidem quaerant. Der Gegensatz von *bona fides* und *strictae stipulationes* wird hier bereits deutlich. Bei den Byzantinern ruft dann das Wort *stipulatio* die *στερικτα ἀγωγή* und die ἀκριβεια herbei.⁹⁾

5. Das römische „*jus*“ wird zum byzantinischen „*jus strictum*“. Oft, wo die klassischen Quellen vom *jus* sprechen, greift die ἀκριβεια ein; so z. B. bei der Wiedergabe von *non jure*¹⁰⁾, *juris observatio*¹¹⁾, *jure civili*¹²⁾, *ipso jure*.¹³⁾ Der Gegensatz des zivilen Rechts zum prätorischen wird dahin ausgelegt, daß das prätorische Recht die ἀκριβεια überwindet; dahin gehört die Verneinung der ἀκριβεια bei der

¹⁾ Schol. καὶ (Heimb. Bas. 2, 680).

²⁾ Schol. εἶπον zu D. 12, 1, 18 (Heimb. Bas. 2, 613).

³⁾ Schol. εἰν (Heimb. Bas. 3, 18).

⁴⁾ Vgl. Gai. Inst. 1, 184.

⁵⁾ Die Byzantiner deuten *scriptum jus* (D. 35, 1, 16) als ἀκριβεια (Bas. Text Heimb. Bas. 4, 41).

⁶⁾ Z. B. D. 24, 2, 1 mit D. 24, 2, 6 ip. und dazu Anon. Schol. τὸ τῆς (Heimb. Bas. 3, 230, vgl. denselben Heimb. Bas. 3, 178, 208, 284). D. 41, 1, 37, 6 mit D. 39, 5, 13 ip. und dazu Enant. Schol. ἐν τῷ (Heimb. Bas. 4, 569).

⁷⁾ Steph. Schol. φιλάνθρωπος zu D. 5, 3, 20, 4 (Heimb. Bas. 4, 207).

⁸⁾ In *Topica* Cic. B 6 (Orelli-Baiter 5, 378).

⁹⁾ Theoph. Inst. 4, 13, 2 (ex stipulatu): ἀπὸ ἐπερωτήσεως διὰ τὴν τοῦ νόμου ἀκριβειαν; Steph. Schol. εἰ τοὺς (Heimb. Bas. 2, 53, 54) zu D. 16, 3, 25, 1; Thal. Schol. ὁ γὰρ (Heimb. Bas. 2, 725) zu C. 4, 32, 13; Steph. Schol. ἐπὶ (Heimb. Bas. 2, 715) zu D. 22, 1, 38, 7.

¹⁰⁾ Inst. 2, 11, 4; Theoph. dazu: παρὰ τὴν ἀκριβειαν.

¹¹⁾ C. 6, 21, 14; Bas. Text (Heimb. Bas. 3, 641): παρὰ τὴν ἀκριβειαν.

¹²⁾ Inst. 3, 13, 1; Theoph. dazu: ἐκ τῆς πολιτικῆς ἀκριβείας (vgl. Inst. 1, 13, 5; 2, 1, 11; 2, 23, 4 mit Theophilus Inst. Par.).

¹³⁾ D. 2, 14, 27, 2 a. A.; Bas. Text (Heimb. Bas. 1, 600): ἀκριβεια τοῦ νόμου; Inst. 3, 10, 3; Theoph.: αὐτῷ μὲν τῷ νόμῳ καὶ τῇ ἀκριβείᾳ; Inst. 3, 1, 5; Theoph.: αὐτῇ μὲν τῇ ἀκριβείᾳ ἢ καὶ τῷ νόμῳ.

actio utilis (im Gegensatz zur actio directa)¹⁾, bei der exceptio (im Gegensatz zur actio)²⁾ und bei dem officium iudicis.³⁾

6. Diese ἀκριβεια aber ist eine ἀκριβεια τοῦ νόμου (τῶν νόμων).⁴⁾ Sie wird sogar dem νόμος selbst gleichgesetzt.⁵⁾ Stets wird sie verworfen und die rein kritische, negative Bedeutung des Begriffes noch mehr betont in der Wendung: τὴν ἄγαν ἀκριβειαν ἐξετάζειν τοῦ νόμου.⁶⁾ στρίκτος und νόμιμος gehören zusammen⁷⁾, so wie aequus und δίκαιος.⁸⁾ So trennen sich die beiden Lager: auf der einen Seite ἀκριβεια, jus strictum, νόμος, νόμιμος, ἀδικόν⁹⁾ — auf der andern δικαιοσύνη¹⁰⁾, aequitas¹¹⁾, bona fides¹²⁾, δίκαιον.

7. Man erinnert sich an Aristoteles¹³⁾: τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον μὲν ἐστὶν οὐ τὸ κατὰ νόμον δέ, ἀλλ' ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου — ὃ μὴ ἀκριβοδίκαιος — ἐπιεικὲς ἐστὶν, καὶ ἡ ἕξις αὐτῇ ἐπιείκεια, δικαιοσύνη τις οὐσα. Daneben steht Gorgias¹⁴⁾, der τὸ πρῶτον ἐπιεικὲς der νόμον ἀκριβεια vorzieht.¹⁵⁾ Die Linie, die von der griechischen Philosophie zur byzantinischen Lehre führt, ist deutlich erkennbar. Denn auch die ἐπιείκεια ist bei den Byzantinern wiederzufinden; sie ist auch ihnen das Gegenstück zur ἀκριβεια¹⁶⁾, wenn sie bei ihnen auch nicht die große Rolle spielt wie diese letztere, sondern oft durch humanitas, benignitas, pietas und ähnliche halbchristliche Ausdrücke ersetzt wird. Theophrilos¹⁷⁾ hat recht: was Gesetz und Recht (was jus und jus strictum) ist, das haben die Byzantiner von den (griechischen) Rhetoren und Philosophen gelernt. Übrigens wurde der Zusammenhang zwischen jus stric-

¹⁾ D. 24, 3, 45 ip. [directo] [— utilem actionem —]; Bas. Text (Heimb. Bas. 3, 279): κατὰ τὸ ἀκριβές. C. 5, 14, 7 ip. [utilis — actio]; Bas. Text (Heimb. Bas. 3, 483): ἀκριβής — ἀγωγή. Beide Stellen handeln vom Verträge zugunsten Dritter (oben S. 656 Anm. 2).

²⁾ (Vgl. oben S. 658 Nr. 5.) D. 2, 14, 58: Steph. Schol. δύναται (Heimb. Bas. 1, 63); D. 19, 2, 15 pr. u. 19, 1, 20: Steph. Schol. τοῦτο (Heimb. Bas. 2, 343); C. 2, 3, 5: Thal. Schol. ἐν μέρει (Heimb. Bas. 1, 646).

³⁾ D. 5, 4, 1, 3: Steph. Schol. εἰρηται (Heimb. Bas. 4, 244); D. 10, 2, 25, 6: Anon. Schol. τοῦτο (Heimb. Bas. 4, 280).

⁴⁾ Theoph. Inst. 2, 23, 12; 3, 10, 3; 4, 13, 2. Steph. (Heimb. Bas. 4, 1) zu D. 5, 2, 1 und (Heimb. Bas. 4, 3) zu D. 5, 2, 2. Nov. 18, 8 a. E.; Nov. 40, 1 pr.; Nov. 46 pr. (διὰ τὴν περὶ τοὺς νόμους ἀκριβειαν). Vgl. das Reskript in Pap. Cairo Masp. 67 024, 40 (550): μεθ' ὅσης νόμος ἀκριβείας προστάττει.

⁵⁾ Theoph. Inst. 3, 1, 5: τῇ ἀκριβείᾳ ἢ καὶ τῷ νόμῳ.

⁶⁾ Steph. Schol. τούτεστιν (Heimb. Bas. 2, 115), Schol. προθεωρία (Heimb. Bas. 4, 15), Schol. εἰ δέ (Heimb. Bas. 4, 245); Dor. Schol. ἐάν τις (Heimb. Bas. 4, 662).

⁷⁾ Steph. Schol. τὰς zu D. 4, 5, 8 (civilis ratio): νομίμων καὶ στρίκτων ἀπαιτήσεων.

⁸⁾ Oben S. 647 Anm. 8. ⁹⁾ Oben S. 647 Anm. 9.

¹⁰⁾ Oben S. 647 Anm. 7. ¹¹⁾ Oben S. 647 Anm. 7.

¹²⁾ Oben S. 651. ¹³⁾ Oben S. 648.

¹⁴⁾ Diels, Fragm. d. Vorsokratiker fr. 6.

¹⁵⁾ Über den Kampf der ἐπιείκεια mit dem strengen Recht vgl. Hirzel, Ἀγαθὸς νόμος (Abhandl. Sächs. Ges. d. Wiss., Phil. hist. Kl. 20, 55ff.).

¹⁶⁾ D. 3, 5, 46, 1 ip. [haec subtilitas supervacua est]; Steph. Schol. ἦτοι (Heimb. Bas. 2, 218): ἀλλὰ τινα ἐπιεικειαν ἔχει.

¹⁷⁾ Oben S. 661.

tum und Aristoteles bereits von den Juristen des 17. Jahrhunderts erwogen, insbesondere¹⁾ von Art. Vinnius²⁾: „erratque — Theophilus — quasdam actiones stricti juris ideo dici, quod in his iudex τὸ ἀκριβοδικαίον, summum et strictum jus, sequatur“ und Ulr. Huber³⁾: „Theophilus — stricti juris actiones esse putavit, in quibus observatur τὸ ἀκριβοδικαίον, quod est secundum philosophum 5 ad Nicomach. 10 jus exactius duriusque.“

8. Zu demselben Ergebnisse führt die Verfolgung einer dritten⁴⁾ Art, wie die Byzantiner das jus strictum wiedergeben. Sie übersetzen es nämlich mit „τὰ ἡναγκασμένα“ und „τὰ βεβιασμένα“⁵⁾ und sprechen auch sonst von ἀναγκαζεσθαι (im Gegensatz zu humanius⁶⁾), νόμον δεσμός — ἀναγκάζων⁷⁾, ἔννομος ἀνάγκη⁸⁾. Das jus strictum und die ἀκρίβεια gehören also in das Reich der ἀνάγκη und der βία, der ἔννομος ἀνάγκη, des νόμου δεσμός. Auch dies führt auf Aristoteles⁹⁾ zurück: ὁ δὲ νόμος ἀναγκαστικὴν ἔχει δύναμιν. Da die ἀνάγκη ein Element des νόμος-Begriffes bildet, so konnte desto leichter der ἀνάγκης δεσμός herauspringen.¹⁰⁾ Die ihr verwandte βία steht im Gegensatz zur δίκη.¹¹⁾ Auch hier also stehen sich jus strictum, βία, ἀνάγκη und δίκη (δίκαιον) gegenüber.

9. Auch der oben aus Interpolationen festgestellte Gedanke, daß zur bona fides und aequitas natura und Consensus des animus zusammengehören, läßt sich in der byzantinischen Theorie vom jus strictum wiederfinden. Für natura ist aus dem Ende des 4. Jahrhunderts zu vergleichen: Servius (Aen. 2, 442): „justum“ secundum leges et aliqua ratione constrictum, „aequum“ juxta naturam accipiunt. Für den animus Stephanos (Heimb. Bas. 1, 601): .. οὐκ ἀναρρεῖ κατὰ ἀκρίβειαν ἐπὶ τῶν πάντων, ἐφ' ὧν ταῖς φυσικαῖς μᾶλλον ἐννοίαις προσέχομεν. — ἐπὶ δὲ τῶν ἐπερωτήσεων οὐ προσέχομεν ταῖς ἐννοίαις, ἀλλ' αὐτῶ τῷ νόμῳ τοιούτῃ τῇ ἐπερωτήσει. In der ersten Äußerung stehen justum, constrictum und aequum, natura, in der zweiten ἀκρίβεια, stipulatio und ἐννοίαι (animi), φυσικαὶ ἐννοίαι (naturalis animus) einander gegenüber. Auf die Seite

¹⁾ Vgl. auch Jul. Pacius, Analysis Institut. (1646) 496.

²⁾ Institut. Comment. (1676) 351.

³⁾ Praelection., Institut. (1678) 349; vgl. denselben, Disgressiones Just. (3. Aufl. 1696) 11.

⁴⁾ Vgl. oben S. 661.

⁵⁾ C. 5, 13, 1, 2 (stricto jure esse vallatam; Bas. Text (Heimb. Bas. 3, 451): τῶν ἡναγκασμένων ἐστίν. D. 13, 6, 3, 2 (in stricti); Bas. Text (Heimb. Bas. 2, 3): ἐν ταῖς βεβιασμέναις.

⁶⁾ D. 12, 1, 21 ip. (humanus); Anon. Schol. καλῶς (Heimb. Bas. 2, 618): καλῶς τὸ φιλαγαθῶς. οὐκ ἀναγκάζεται γὰρ.

⁷⁾ Inst. 2, 23, 1 (nullo vinculo juris); Theoph. dazu: οὐδεὶς γὰρ νόμον δεσμός ἦν ὁ τοῦτο ποιεῖν ἀναγκάζων.

⁸⁾ Inst. 2, 23, 12 (ad juris necessitatem); Theoph. dazu: εἰς ἔννομον ἀνάγκην. Vgl. auch Bas. Text zu C. 5, 12, 31, 7: ἐπὶ τῶν ἡναγκασμένων (Heimbach, Bas. 3, 447 übersetzt ganz richtig: in strictis judiciis).

⁹⁾ Nic. Ethik X p. 1180 a. 21.

¹⁰⁾ Hirzel, Themis und Dike 428.

¹¹⁾ Hirzel a. a. O. 427.

des *justum, constrictum, ἀκριβεια*, stipulatio tritt in der ersten Stelle die *lex*, in der zweiten *αὐτὸς ὁ νόμος*.

10. Schließlich tritt in der Erörterung der *ἀκριβεια*, des *jus strictum* bei den Byzantinern als sein Gegensatz noch *τὸ φύσει δίκαιον*¹⁾ auf; dem positiven Gesetz steht das von Natur Gerechte herrschend gegenüber. Das klassische Verhältnis von *jus* und *aequitas*²⁾ ist völlig verwandelt. *τὸ φύσει δίκαιον*, das ist jetzt die *naturalis aequitas*³⁾, das Gegenspiel der *juris necessitas*.⁴⁾ Von hier aus fällt Verdacht auf die *naturalis aequitas* der *Digesten*.⁵⁾ Der Gegensatz zwischen Gesetzesrecht und Naturrecht ist ohne Zweifel der griechischen Rechtsphilosophie entnommen, wie sie die spätere Rhetorik den Byzantinern überbrachte.⁶⁾

K. Ergebnis. *jus aequum* und *jus strictum* sind beide der klassischen Jurisprudenz fremd. Die römische *aequitas* dient den Juristen als bequemes Begründungsmittel, um ihr Rechtsgefühl zur Geltung zu bringen⁷⁾, das sie vor allzu formaler und korrekter begrifflicher Deduktion beutet; sie erfassen nicht theoretisch das Verhältnis von *jus* und *aequitas*, gehen aber dafür sehr vorsichtig mit dieser rechtsfremden (gewiß vom Griechentum beeinflussten) *aequitas* um. Erst in byzantinischer Zeit beginnt die *aequitas* das *jus* zu überwinden und zu be-

¹⁾ Steph. Schol. *περί* (Heimb. Bas. 4, 1) zu D. 5, 2, 1: *ἀνακαθηκόντως μὲν ἀπὸ τῆς φύσεως τυπωθείσης, ἐρρωμένης δὲ τῇ ἀκριβείᾳ τῶν νόμων*. Inst. 4, 13 pr. (*justa — iniqua*); Theoph. dazu: *τῷ νόμῳ — ἀδικον δὲ τῇ φύσει*. Inst. 4, 13, 3 (*obligatus — iniquum*); Theoph. dazu: *οὐκ ἀναρρεῖ — strictam οὐσιν, ἀδικῶ δὲ κατὰ τὸ φύσει δίκαιον*. Inst. 4, 14 pr. (*justa — inique*); Theoph. dazu: *τῷ νόμῳ (κατὰ τὸ ἀκριβές) — τῇ φύσει*. Inst. 4, 6, 10 (*ipso jure — aequum*); Theoph. dazu: *τῇ πολιτικῇ νομοθεσίᾳ — διὰ τὸ φύσει δίκαιον*.

²⁾ Oben S. 644.

³⁾ Theoph. zu Inst. 3, 1, 9.

⁴⁾ Inst. 2, 23, 12 (Just.).

⁵⁾ Im Cod. Theod. kommt sie nur ein Mal, und erst 380, vor (C. Theod. 1018, 2, 5). Gaius ist sie offenbar geläufig; er stellt sie dem *jus gentium* nahe (D. 38, 8, 2; D. 41, 1, 9, 3). Sonst steht sie in den stets verdächtigen Ulpianischen Titeleinleitungen (Pernice, Sav. Z. 20, 148, 3; Schulz, Digesten 36, 1 übersieht diese Äußerung von Pernice) D. 2, 14, 1 pr. (Beseler, Beitr. 1, 52), D. 4, 4, 1 pr., D. 13, 5 pr.; D. 44, 4, 1, 1 (Pactus), D. 47, 4, 1, 1. Es bleiben übrig: D. 12, 4, 3, 7 (Beseler, Beitr. 3, 11), D. 33, 16, 1, 4 [quod naturali aequitati contingit] (die Wendung steht nur hier: Voc. Jur. Rom. 1, 988, 38), D. 43, 26, 2, 2 [namque — competit] Gloss. Mommsen, Krüger Dig.; [itaque — oritur] ip. Gradenwitz-Krüger Dig., Bonfante, Ist. 488; dazwischen: est enim natura aequum — te — uti — et ut; die ganze Ulpianische Einleitung des § 2 ist inhaltsleer und überflüssig), D. 49, 15, 19 pr. (hier ist kein dringender Verdachtsgrund) und D. 50, 17, 66: desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam [nec ab aequitate naturali abhorrentem] (der ganze Satz ist allzu allgemein: Pringsheim, Sav. Z. 41, 258, 4; die Nebeneinanderstellung von „justus“ und „nec ab — abhorrens“ ist überflüssig; „abhorreere ab“ knüpft in D. 8, 4, 6, 3^a an eine Interpolation an).

⁶⁾ Z. B. Plato, Protagoras 337 C: *ὁ δὲ νόμος τύρρανος ὢν — πολλὰ παρὰ τὴν φύσιν βιάζεται*. Vgl. Zeller, Philos. der Griech. (3. Aufl.) 2, 2, 645; Salomon, Sav. Z. 32, 129 ff.

⁷⁾ Pernice, Sav. Z. 20, 148.

herrschen. Sie verbindet sich mit der *humanitas*, *justitia*, *benignitas*, *utilitas*, begünstigt die *bona fides* (und damit *animus* und *natura*) und drängt so das *jus* in die Rolle des *jus strictum*, das sich mit *acerbitas*, *angustiae*, *apices*, *asperitas*, *austeritas*, *duritia*, *rigor*, *scrupulositas*, *severitas*, *subtilitas*, *civilis ratio*, *jus civile* (dinā: Syr. RB.) verbindet. Die Byzantiner sind späte Griechen und Christen, also keine echten Juristen im römischen Sinne mehr. Sie sind Christen, denen Milde, ein Zurückbleiben hinter der Forderung des Gesetzes (pesend Syr. RB.), Menschenliebe (*φιλάνθρωπος*), *religio* Pflicht ist.¹⁾ Sie sind späte Griechen, Schüler der alten Rechtsphilosophie, die der theoretische Begriff der Billigkeit (*ἐπιείκεια*) und der philosophische Gedanke eines dem positiven Gesetz (*νόμος*) übergeordneten Naturrechts (*τὸ φύσει δίκαιον*) leitet. Durch die Jahrhunderte wirkt die griechische Lehre, wirkt insbesondere Aristoteles auf das späte römische Recht ein, das sich so lange im echten römischen Sinne von der Philosophie ferngehalten hatte. Konstantin, der so oft als erster griechisch-christlichen Ideen zugänglich ist, erscheint auch hier als Führer. Das absolute Kaisertum verkündet mit der *aequitas* zugleich die von der Schranke des *jus* befreite Autorität des kaiserlichen Willens. Justinian mit seinen gelehrten Professoren bringt die Entwicklung zum Abschlusse. Die *ἀκριβεια* wird zum Ausgangspunkt für eine Fülle von reformatorischen Gedanken. Das *jus* wird zum bloßen *jus strictum*, einem stets bekämpften und immer mehr zurückgedrängten veralteten Unrecht. Das römische Recht selbst ist es, das überwunden werden soll, nicht mehr bloß die allzugroße Wortstrenge und Subtilität.²⁾ Siegreich erhebt sich die erneuerte Lehre von der Billigkeit³⁾ und in ihrem Gefolge die *bona fides* als Leitstern jedes Gerichtsverfahrens, der *animus* (der Parteiwillen, das Gewissen) als Herr über jedes Rechtsgeschäft. Der große Wettstreit zwischen römischer praktischer Jurisprudenz und griechischer Rechtsphilosophie, der jahrhundertlang gedauert hatte, ist entschieden. Der harte Wirklichkeitssinn der Römer ist der theoretischen Spekulation der Griechen unterlegen.

Freiburg i. Br.

F. Pringsheim.

¹⁾ Wie mit ihren Wahlsprüchen treten in D. 48, 19, 11 pr. (Marc. 2 de publ. jud.) Römertum und Christentum einander gegenüber. Echt römisch Marcian: *nec enim severitatis aut clementiae gloria affectanda est*. Echt christlich die Byzantiner (Beseler, Beitr. 2, 32 f.): *[plane in levioribus causis proniores ad lenitatem iudices esse debent, in gravioribus — severitatem legum cum aliquo temperamento benignitatis subsequi]*.

²⁾ Gradenwitz, Sav. Z. 26, 304.

³⁾ Merkwürdig, wie Kib (Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes“ Recht, Jherings Jahrb. 58, 431 f.) bei der historischen Untersuchung des Freirechts als echt römisch gerade die byzantinische Gestalt der *aequitas* darstellt.