Teuffel sagt (A. 12) von Cassiodor's Zahlenmythik: er habe damit „dem Aberglauben seiner Zeit seinen Zoll entrichtet.“ Wir können die Aeußerlichkeiten, in denen C.'s Werke und jene, die Justinian's Namen tragen, so auffallend übereinstimmen, als die Muttermale bezeichnen, die jene und diese als Kinder derselben Zeit verraten möchten, wenn sie einander auch sonst, in der geistigen Physiognomie, weniger ähnlich sehen würden, als wirklich der Fall ist.¹⁴⁾

Zur Interpretation der l. 29 pr. D. de exc. r. iud. XLIV. 2.

Von

Herrn Dr. J. Bergas in Greifswald.

Ohne irgend den Verdiensten Keller's um die Interpretation von l. 29 pr. D. de exc. r. iud. XLIV. 2. zu nahe treten zu wollen, glaube ich doch, daß seine Arbeit an dieser Stelle eine abschließende nicht genannt werden kann. Daß von ihm liegen gelassene Werk, daß seither kein Anderer fortgeführt, wiederaufzunehmen, wird um so mehr lohnen, als die Arbeit Streiflichter auf eine in neuester Zeit stark vernachlässigte Materie wirft, auf die Lehre von der fideicommissaria libertas.

Den wenig bestrittenen Text stelle ich voran.

Papinianus l. XI. Responsorum.

Iudicatae quidem rei praescriptio coheredi, qui non litigavit, ob stare non potest, nec in servitutem videtur peti post rem pro libertate iudicatam nondum ex causa fideicommissi manumissus: sed praetoris oportet in ea re sententiam servari, quam pro parte victus praestare non potest: nam et cum alterum ex coheredibus inofficiosi quaestio tenuit, aut etiam duobus separatim agentibus alter obtinuit, libertates competere placuit, ita tamen, ut officio iudicis indemnitati victoris futurique manumissoris consulatur.

Mit Keller¹⁾ und Mommsen habe ich gleich am Anfange

¹⁴⁾ Durch den compilatorischen Fleiß, den theologisirenden Ton, andererseits den zurückgewandten Blick, die mehr liebe- als verständnißvolle Beschäftigung mit den Leistungen der Vergangenheit.

¹⁾ Keller, Litiscontestatio und Urtheil. S. 399.

nach den Worten „obstare non potest“ das dort übliche Semikolon gestrichen und an seine Stelle ein Komma gesetzt; die stärkere Interpunktion kann leicht zu dem Irrthum führen, Papinian habe in den ersten Worten bis potest eine allgemeine Regel ausgesprochen, zu welcher der concrete Fall in entschiedenem Gegensatz stehe, während doch auch jene Worte schon einen Theil des concreten Falles enthalten. Zweitens weiche ich von der alten Lesart darin ab, daß ich dem Vorschlage Götschen's²⁾ folgend, ebenso Keller a. a. O., das handschriftliche „victi“ in „victus“ verwandele. Nach der alten Lesart wäre Subjekt des Relativsatzes der Praetor; das Verbum praestare ließe sich dann nicht wohl verbinden. Praestiren kann nur die Partei, hier also der heres victus. Unsere Konjekture wird durch die Basiliken unterstützt; diese haben: „*ἢν ἐν μέρει παρασχεῖν ὁ ἡττηθεὶς οὐ δύναται.*“ Auch Mommsen hilft sich durch eine Konjekture: „quamquam pro parte victi praestari non potest.“ Wollen wir das handschriftliche „victi“ retten, so ist allerdings die Mommsensche Konjekture unerlässlich, sonst haben wir den Vortheil nur an einer Stelle zu ändern und uns dafür auf die Basiliken berufen zu können, während Mommsen an zwei Stellen ändert ohne jeglichen Rückhalt.

Unsere Stelle zerfällt in zwei selbständige Theile, von denen der erste bis „praestare non potest“ geht und den eigentlichen Fall, das eigentliche Responsum des Papinian enthält, während der zweite Theil nur zur Begründung und Unterstützung der Entscheidung des ersten Falles dient.

Im ersten Theile haben wir einen Testator T, zwei Erben A und B und einen Erbschaftsflaven S, dem fideicommissarisch die Freilassung versprochen ist. Gegen A hat S vor dem praetor fideicommissarius geklagt³⁾ und ihm gegenüber seinen Anspruch auch durchgesetzt. Bevor aber S freigelassen worden, vindicirt ihn B jure hereditario.⁴⁾ Auch dieser zweite Proceß wird zu

²⁾ Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. III. S. 261, Anm. 16.

³⁾ l. 44 D. de fideic. libert. XL. 5.

⁴⁾ Soweit wurden die faktischen Verhältnisse der Stelle von allen Interpretatoren leicht übersehen, aber das nun gleich darauf folgende Responsum Papinian's, das über das Schicksal der angestellten Vindicatio hinwegzugehen scheint, hat zu falschen Meinungen vielfach Veranlassung gegeben. Theils sollte hier eine singuläre Ausnahme des Satzes, daß die exceptio rei iudicatae nur entgegenstehe „quotiens eadem quaestio inter

Ende geführt und in ihm die Rechtmäßigkeit des klägerischen Anspruchs anerkannt, so daß in Folge zweier Sentenzen S halb Sklave bleiben sollte, halb Anspruch auf Manumission erhielt. Der Durchführung des zweiten Processes steht die *exc. r. iud.* nicht entgegen, weil in subjectiver Hinsicht das Requisite der *eaedem personae* fehlt. Dann folgen die Worte „*nec in servitute — manumissus*,“ auch von dieser Seite steht der Klage kein Hinderniß im Wege. Worauf deutet Papinian hier hin? Die fraglichen Worte auf das richtige Ziel geleitet zu haben, ist das Verdienst Keller's. Er zeigt, daß sie Bezug nähmen auf die Grundsätze über die *fideicommissaria libertas*, von denen aus vielleicht der Klage Hindernisse hätten entgegengesetzt werden können. Auf diese Grundsätze wollen wir näher eingehen, da Keller mit ihnen sehr oberflächlich umgegangen und eben deshalb zu falschem Resultate gelangt ist.

Er rubricirt:

- 1) Der Erbe, der freilassen soll, ist abwesend. Trotzdem wird der Proceß geführt, der Prätor läßt sogar selbst frei, wenn der Anspruch begründet ist. Ist die Abwesenheit eine dolose (*latitare*), so wird der Sklave *Orcinus*, hat sie eine *iusta causa*, so wird er *libertus* des *Fiduciarius*.
- 2) Ebenso wenn mehrere onerirte Erben sämtlich abwesend sind.
- 3) Ist von mehreren Erben nur Einer anwesend, und dieser führt den Proceß über die *fideicommissaria libertas* oder erkennt seine Verpflichtung zur Freilassung an, der Prätor findet aber überhaupt, daß dem Sklaven von allen Erben die Freiheit gebühre, so ist die Freilassung, die in Folge dessen der einzig Anwesende vollzieht, ebenso gültig, als wenn sie von allen Eigenthümern geschehen, oder der Freilasser der alleinige Eigenthümer gewesen wäre.

eaedem personas revocatur“ (l. 3, 7 § 1 und 4, l. 22 D. de *exc. r. iud.* XLIV. 2), statuiert sein, theils der Satz Platz greifen, „*res iudicata ius facit inter omnes*“, also die *exceptio rei iudicatae* der zweiten Klage entgegenstehen, da im ersten Proceß ein Urtheil über den Status des S gefällt sei. Diese Meinungen hat Keller's Interpretation in den wohlverdienten Ruhestand versetzt. S. namentlich Keller a. a. O. S. 404, Anm. 17.

Dieser dritte Grundsatz, sagt Keller weiter, hätte nun der zweiten Klage entgegenstehen können, da aber die wirkliche Manumission noch nicht erfolgt sei, was in unserer Stelle Papinian ausdrücklich durch die Worte „nondum ex causa fideicommissi manumissus“ hervorhebe, so stehe ihr nichts im Wege, und dies habe Papinian durch die Worte „nec in servitutum — manumissus“ hervorheben wollen.

Keller nimmt also auch hier an, daß die Berufung Papinian's auf einen Fall ziele, bei dem alle Erben onerirt wären. Aber gerade diese Grundsätze müssen uns bewegen, von der von Keller aufgestellten Ansicht abzugehen, daß Papinian in unserer l. 29 pr. einen Fall im Auge habe, in dem alle Erben belastet wären. Vielmehr lag Papinian der Fall vor, daß nur ein Erbe rogirt, war freizulassen, die Andern oder der Andre nicht.

Keller's Aufzählung jener Grundsätze ist sehr mangelhaft, sie läßt den leitenden Gedanken in ihnen gar nicht erkennen, und trennt Grundsätze von einander, die zunächst zusammengehören; eine Darlegung ihres Entwicklungsganges scheint unentbehrlich.

Das Fideicommiß wurde, nachdem es unter August klugbar geworden, vielfach seiner Vorzüge wegen zu Freilassungen benützt⁵⁾ so daß neue Grundsätze über diese neue Art der Freilassung sich gründeten. Die erste gesetzliche Fixirung bildet das SC. Rubrianum, welches sich gegen die Erben richtet, welche, um der ihnen auferlegten Freilassung nicht nachzukommen, doloserweise abwesend sind (latitare); in diesem Falle soll der Prätor den Proceß doch führen und selbst freilassen, wenn er erkannte, libertatem deberi.⁶⁾ Einen Schritt weiter geht schon das SC. Dasumianum, das unbedingt später erschienen sein muß. Beide SC. entstanden unter Trajan.⁷⁾ Das SC. Dasumianum hat dasselbe Verfahren gegen die ex justa causa absentes wie das SC. Rubrianum gegen die latitantes, nur mit dem Unterschiede, daß die Sklaven bei latitantes Orcini, bei ex justa causa absentes liberti der Erben werden.⁸⁾ Beide SC. werden durch Rescripte der Kaiser und

⁵⁾ l. 16. D. de fideic. lib. XL. 5.

⁶⁾ l. 26 § 7—11, l. 28 § 2, l. 33 § 1, l. 47 § 2 D. de fideic. lib. XL. 5.

⁷⁾ Rudorff, Zeitschr. f. gesch. RW. XII, S. 310. Pothier Pand. Justin. ad h. T. No. LII.

⁸⁾ l. 36 D. de fideic. lib. XL. 5.

durch die Juristen immer witer ausgedehnt; so wird dasselbe Verfahren angewandt, wenn einige praesentes sind, andre latitant.⁹⁾ Hierzu ergehen noch das SC. Articuleianum und das SC. Juncianum, die uns hier aber nicht weiter interessiren.¹⁰⁾

Bei allen diesen Bestimmungen zur Verhütung der mora bei fideicommissarischen Freilassungen, deren Mittelpunkt der Prätor bildet, hatte bisher die Gesetzgebung immer nur den Fall im Auge gehabt, daß von den rogirten Erben die Freilassung verzögert wurde.

Eine Bestimmung auch für den Fall zu treffen, daß eine solche Verzögerung von Seiten der nicht rogirten Erben geschah, war ein weiterer Schritt, den das SC. Vitrasianum und die Rescripte von Antoninus Pius machten, deren Bruchstücke in den Digesten ungefähr Folgendes ergeben:

„Sind Einige rogirt, Andre nicht, und die nicht Rogirten sind absentes oder solche, die ihren Antheil am Sklaven nicht verkaufen können, so sollen diese Antheile abgeschätzt werden, die Rogirten aber den Sklaven manumittiren, nach der Manumission aber soll der nicht Rogirte nur noch seinen Antheil an Geld einklagen können.“¹¹⁾

Diese Bestimmung weicht von den früheren SC. im Verfahren dadurch ab, daß dort der Prätor durch seinen Spruch, hier der Rogirte durch seine Manumission den Uebergang zur Freiheit vermittelt. Der Grund liegt darin, daß, wenn alle Erben rogirt sind, der Prätor urtheilt, libertatem deberi ab omnibus, ex testamento libertatem competere, auch wenn der Proceß nur gegen Einen gerichtet ist, also auch in Folge des Spruches der Sklave ohne Manumission frei, jedoch libertus der praesentes u. s. w. wird, daß dagegen hier der Prätor nur urtheilen kann, libertatem deberi a rogato, also über die andern Antheile nicht verfügen kann. In letzterem Falle wird erst emptio venditio zwischen Rogirten und nicht Rogirten und Tradition fingirt; in Folge dessen kommt der ganze Sklave in die Hände des Rogirten und die Manumission wird nöthig.

Läßt also Papinian in unserer Stelle die zweite Klage

⁹⁾ l. 22, § 2, D. de fideic. lib. XL, 5.

¹⁰⁾ l. 51 § 7, l. 28 § 4 D. de fideic. lib. XL, 5.

¹¹⁾ l. 30 § 6, l. 51 § 11, D. de fideic. lib. XL, 5.

deshalb zu, weil die Grundsätze über fideicommissaria libertas nicht hindernd sein können, so kann er nur den Fall im Auge gehabt haben, wo ein Erbe rogirt ist, der andre nicht.

Der von Keller hier angezogene Fall gehört zum Rubrianum oder Dasumianum, und ist eine Manumission bei ihm gar nicht nöthig. Die von ihm allegirten Stellen besagen dieß auch nicht, die allegirte l. 51, § 11. D. de fideic. lib. XL. 5 hat sogar einen ganz andern Fall im Auge. Sie spricht nämlich ganz entschieden von dem von mir hier angezogenen Falle, in dem nur ein Erbe rogirt ist, der nicht Rogirte abwesend ist; hierauf weist auch schon der Vergleich mit infans, qui non rogatus est, hin. So erklären die Stelle auch die Glosse, die zu praesens coheres bemerkt „qui rogatus est,“ und Pothier,¹²⁾ der zur Erklärung der Stelle vorsetzt: „Quod si heres, a quo pars servi manumittendi redimenda est, absit, Senatus constituit, ut „Et praesens coheres“ etc.“

Die zweite von Keller angezogene Stelle l. 22. § 1 D. e. t. besagt ebensovienig, daß eine Manumission nöthig sei.¹³⁾ Die Worte dieser Stelle „ac si praesens solus manumittere potuisset“ zeigen nur an, wessen Freigelassener im vorliegenden Falle der Sklave wird. Sehr deutlich erhellt dieß aus dem Ausdruck „fieri liberos,“ der bei den praesentes in derselben Weise gebraucht wird, wie in derselben Stelle bei den ex iusta causa absentes. Die folgende l. 22. § 2. D. e. t. stellt praesentes und ex iusta causa absentes ebenso gleich, und sagt bei beiden „praetor pronuntiare debet libertatem competere.“

Competere im Gegensatz zu praestare, wo noch Manumission nöthig. Auch ist gar nicht abzusehen, wie bei den mit den praesentes gleich behandelten ex iusta causa absentes eine Manumission möglich ist.

Meine Meinung ist daher, daß Papinian in seinen Worten „nec in servitute“ u. ff. auf das SC. Vitrasianum Bezug genommen und gesagt, deshalb stehe der Durchführung des zweiten Processes nichts entgegen. Der Keller'schen Meinung, beide Erben seien rogirt, stehen jedoch noch andre Bedenken und Schwierigkeiten entgegen.

¹²⁾ A. a. O. ad h. T. No. LIII.

¹³⁾ l. 1. D. de fideic. lib. XL. 5.

Weshalb wendet sich denn der Sklave zuerst nur gegen A? Wie ist es dann möglich, daß der zweite Proceß eine der ersten Sentenz entgegengesetzte Sentenz hervorbringen kann, wie unsre Stelle es verlangt, da ja der Prätor schon in der ersten Sentenz anerkannt hat, *libertatem deberi ab omnibus*, nicht nur vom praesens?

Diese Bedenken und Schwierigkeiten fallen weg, sobald meine Ansicht, nur ein Erbe sei rogirt, angenommen wird.

Der erste Proceß spielt nur zwischen S und A, weil A allein rogirt ist. Der Klage des B stehen weder *exc. rei iud.*, noch die Grundsätze über die *fideicommissaria libertas* entgegen aus den oben angegebenen Gründen. Da B Erbe ist, so dringt er mit seiner Klage durch, denn S befindet sich in der Erbschaft. Das Ergebniß beider Prozesse ist alsdann, daß S halb Sklave bleiben soll, halb freizulassen ist.

Auf diese Weise erklärt sich der Zustand, den Papinian bei seinem Responsum voraussetzt, sehr einfach.

Diesen faktisch unmöglichen Zustand („et sane ridiculum est, arbitrari eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem eius tueri.“ l. 30. D. de liber. causa. XL. 12.) beendet Papinian nun dadurch, daß er sagt, die erste Sentenz soll gewahrt werden, der Sklave ganz frei sein, der Eigenthümer aber, soweit sein Antheil reicht, entschädigt werden.

Eine kurze Betrachtung der römischen Grundsätze über Freilassung und insbesondere über den hierher gehörigen Fall, die Freilassung eines *servus communis*, wird ergeben, daß die so willkürlich scheinende Entscheidung Papinian's dem damaligen Entwicklungsstadium jener Grundsätze vollkommen entspricht.

In unzähligen Stellen der römischen Juristen¹⁴⁾ ist es anerkannt, daß in dubio in favorem libertatis entschieden, überhaupt die libertas aller nur möglichen Vorzüge theilhaftig werden solle. Gerade die Zeit vor Papinian wirkt so viel als möglich

¹⁴⁾ § 1 J. de eo cui lib. c. b. add. III. 11. § 2 J. de iur. pers. I. 3. l. 4. § 1 (Florentinus), l. 5 § 3 (Marcian), l. 22 (Modestin), l. 25 (Ulpian) D. de st. hom. I. 5. l. 10 § 1 (Paulus) l. 17 § 2 (Julian) l. 26 Marcian) D. de manum. test. XL. 4. l. 15 (Modestin), l. 22 § 2 (Papinian), l. 26 § 7 u. 8 (Ulpian) D. de fideic. lib. XL. 5. l. 6. Cod (Gordian) de test. man. VII. 2. l. 14. Cod. (Justinian) de fideic. lib. VII. 4.

auf eine Erweiterung des favor libertatis hin, wie eine Vergleichung der Gesetze unter August und der oben genannten SC. deutlich zeigt. Auch in dem speciellen Fall der einseitigen Freilassung eines servus communis hat in dieser Zeit der favor libertatis die alten Grundsätze über den Haufen geworfen. Ließ zur republikanischen Zeit Jemand, der nur theilweise über einen Sklaven verfügen konnte, diesen frei, so wuchs sein Antheil dem Miteigenthümer des Sklaven zu (ius accrescendi), und der Sklave stand jetzt im alleinigen Eigenthum des Andern.¹⁵⁾

Dies ius accrescendi und das Responsum Papinian's sind allerdings heterogene Dinge. L. 30. D. de liberal. c. XL. 12 zeigt uns am besten, wie allmählig das erste verschwindet, das zweite hervorsteht. Der Fall ist ganz der unsrige. „Zwei verlangen, Jeder pro parte dimidia einen Menschen als Sklaven. Der Eine dringt mit seiner Klage durch, dem Andern gegenüber wird der Mensch für frei erklärt.“

In dieser Stelle erklärt Sabinus und sein Schüler C. Cassius Longinus: „Commodissimum est, eo usque cogi iudices, donec consentiant; si id non continget, duci servum debere ab eo, qui vicisset.“ Zur Zeit der ersten römischen Kaiser waren die Juristen also zweifelhaft geworden und wollten, „eo usque cogi iudices, donec consentiant“; gelang dies aber nicht, so waren sie noch so in das Dogma des ius accrescendi eingewöhnt, daß sie schließlich zu dessen Gunsten entschieden. Cuius sententiae et ego sum sagt unter Trajan noch Minicius.¹⁶⁾ Julian jedoch, der schon die Strenge obiger Entscheidung für die damalige Zeit fühlt, fügt, allerdings noch im Tone bescheidenen Rathes, hinzu:

„Commodius autem est, favore libertatis liberum eum quidem esse, compelli autem pretii sui partem viri boni arbitrato victori suo praestare.“

Während Julian so noch zwischen beiden Meinungen hin und her schwankt, hat sich Papinian in unfrem Responsum

¹⁵⁾ Paul. Sent. IV. 12. § 1. Ulpian frg. I. § 18. § 4. J. de donat. II. 7.

¹⁶⁾ S. über den unter „ego“ verstandenen Juristen und den Verfasser des Zusatzes von „Commodius“ ab Bynkershoek Observ. iur. Rom. VII. c. 11 d. 221 ff. Cuiacius Respons. Papin. l. XI. Opp. IV. S. 1305.

schon vollständig für den favor libertatis entschieden. Jedoch selbst Papinian, so bestimmt er sich auch ausspricht, sucht seine weitgehende Entscheidung durch Berufung auf ein Gewohnheitsrecht, das sich über einen ähnlichen Fall gebildet habe, zu kräftigen.

Diese Berufung bildet den zweiten Theil unsrer Stelle: „Ist nämlich ein Testament durch die querela inofficiosi theilweise zerstört, so sollen die Freilassungen bestehen bleiben, also der neu eintretende Erbe gezwungen sein, seinen Antheil am Sklaven mitfreizugeben, so jedoch, daß er hierfür entschädigt wird.“

Daß ein solches Gewohnheitsrecht bestanden haben muß, geht daraus hervor, daß kurz nach Papinian's Tode eine Const. von Gordian ergeht, die dieses Gewohnheitsrecht zum Gesetz erhebt.¹⁷⁾

Eine Const. von Justinian¹⁸⁾ hat die Entscheidung Papinian's zum allgemeinen Gesetz erhoben; sie sagt ausdrücklich in l. 2: „qui fautores libertatis sumus.“

L. 1 § 2 Cod. de comm. serv. manum. VII. 7: His itaque apud veteres iuris auctores inventis, decidentibus tales altérations generaliter sancimus, ut nulla inducatur differentia militis seu privati in servis communibus, sed in omnibus communibus famulis, sive inter vivos, sive in ultima dispositione libertatem quis legitimam imponere communi servo voluerit, hoc faciat, necessitatem habente socio vendere partem suam, quantam in servo possidet, sive dimidiam, sive tertiam, sive quantamcunque, et si plures sint socii, uno ex his libertatem imponere cupiente, alios omnes necessitatem habere partes suas, quas in servo possident, vendere ipsi, qui libertatem servo imponere desiderat, vel heredi eius etc.

¹⁷⁾ l. 13 Cod. de inoff. test. III. 28.

¹⁸⁾ T. Cod. de comm. s. manum. VII. 7.