Zur Geschichte der Infamia.

Von

Herrn Professor Dr. Karlowa in Greifswald.

I.

Verhältniß des Tit. Dig. de his qui notantur infamia III, 2 zu dem Tit. de postulando III, 1.

Ueber den Zusammenhang, in welchem das Verzeichniß der Infamen im Edict und in den Pandekten vorkommt, ist man im Allgemeinen einverstanden. Der Prätor, sagt man,¹⁾ war veranlaßt, die Infamie im Edicte zu erwähnen, weil er nicht leiden wollte, daß infame Personen für Andere postuliren, d. h. vor seinem Tribunal Anträge machen sollten. Darum stehe in den Digesten der Titel de his qui notantur infamia unmittelbar hinter dem de postulando. Sieht man aber näher zu, so bietet das Verhältniß, in welchem das unter einem besonderen Titel aufgeführte Verzeichniß der Infamen zu dem Titel de postulando steht, manches Räthselhafte. Wie kommt es, daß in Pandekten, wie Codex, jenen Personen ein besonderer Titel gewidmet ist, obwohl sie, wie Ulpian ausdrücklich sagt, von dem dritten im Titel de postulando aufgestellten Edict mit umfaßt waren? Wie ist es zu erklären, daß wir in dem Titel de his qui notantur infamia nur die ehrlosen Personen verzeichnet, nicht aber die Wirkung ausgedrückt finden, um derentwillen allein der Prätor jenes Verzeichniß aufstellte?

Während Donellus annahm, der Prätor habe in einem besonderen Edict von den Infamen gehandelt, meint Savigny,²⁾ Donellus scheine durch die Gestalt, welche der Sache in den Digesten durch die Compileratoren gegeben worden sei, irre geführt zu sein; es sei viel wahrscheinlicher, daß das Verzeichniß der Infamen sich unmittelbar an die Edictstelle in L. 1 §. 8 de postul. angeschlossen. Nach Savigny gehören nämlich zum tertium Edictum de nonulantibus:

¹⁾ Savigny System des heut. röm. R. II. S. 189.

²⁾ a. a. O. S. 192, namentl. Note m.

1) Alle, die durch Volksschluß, Senatschluß, durch Edict oder Decret des Kaisers besonders in diesen Zustand versetzt werden;

2) Außerdem aber hoc edicto continentur etiam alii omnes, qui Edicto Praetoris ut infames notantur.

Diese letzte Bestimmung³⁾ soll den Prätor veranlaßt haben, zur Erläuterung derselben ein Verzeichniß der Infamen aufzustellen, welches also ohne Zweifel einen Bestandtheil des dritten Edicts über die zum Postuliren (ganz oder theilweise) unfähigen Personen ausgemacht habe.

In ähnlicher Weise faßt Rudorff⁴⁾ die Sache auf. Er sagt, das dritte Edict habe drei Absätze enthalten:

Erstlich die generelle Erwähnung der durch Gesetze im Postuliren beschränkten Personen;

Zweitens den Katalog der im Edict als bescholten verzeichneten Individuen;

Drittens die generelle Schlußclausel über die Restitution der durch das dritte Edict beschränkten Personen und über die Grenzen, innerhalb deren den in diesem Edict verzeichneten Ehrlosen das Auftreten für Andere gestattet ist.

Dies Edict sei nun wahrscheinlich schon in Ulpian's Commentar zum Edict in zwei Theile auseinander gerissen, unter denen der erste den ersten und dritten Absatz, der zweite den mittleren Absatz des Edicts, nämlich das Verzeichniß der in niederem Grade Anrüchtigen enthalte. Aus diesem Mittelstück seien in den Justinianischen Rechtsbüchern die Titel de his qui notantur infamia und ex quibus causis infamia irrogatur gebildet worden.

Der angegebene Zusammenhang soll aus folgenden Thatfachen erhellen: Erstlich bezeuge Ulpian in L. 1 §. 8 D. de postulando ausdrücklich, daß das prätorische Verzeichniß der Ehrlosen im 3ten Edict de postulando und zwar unmittelbar hinter den Personen, welchen ein Civilgesetz das unbedingte Postuliren verbiete, seinen Platz hatte. Zweitens gehe aus den Worten des letzten Absatzes dieses dritten Edicts 'qui ex his

³⁾ Savigny sieht also jene Worte hoc edicto continentur e. q. s. als Edictsworte an.

⁴⁾ Ztschr. für Rechtsgeschichte IV. S. 48, 49.

omnibus qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit hervor, daß ein detaillirtes Verzeichniß der Ehrlosen vorausging. Endlich drittens erhelle aus einer Bemerkung des Pomponius, daß auch die in einer entehrenden Civilklage (*Iudicium turpe*) Condemnirten zu den supra scripti gehörten. Da diese aber nur in dem Katalog der Infamirten erwähnt wären, so müsse dieser Katalog der Restitutionsclausel vorausgegangen sein.⁵⁾

Wir sehen, Savigny und Rudorff weisen beide dem Verzeichniß der Infamen ganz dieselbe Stelle in dem dritten *Edict de postulando* an, und weichen nur darin von einander ab, daß Savigny die Worte *Hoc edicto continentur etiam alii omnes, qui Edicto Praetoris ut infames notantur* für Worte des *Edicts* selbst anzusehen scheint und damit einen Uebergang zu dem speciellen Verzeichniß der Infamen gewinnt, während Rudorff jene Worte für eine erklärende Bemerkung Ulpian's ansieht⁶⁾ und ohne Weiteres auf die durch Gesetz im Postuliren beschränkten Personen das Verzeichniß der Infamen folgen läßt. Beide gehen aber, wenn ich nicht irre, von einer unrichtigen Prämisse aus. Sie nehmen als feststehend an, daß der Prätor in dem ersten Absatz des *tertium edictum qui lege, plebis scito, senatusconsulto, edicto, decreto principum e. q. s.* nur die durch Volksbeschluß, Senatsbeschluß und Verordnung der Kaiser im Postuliren beschränkten Personen erwähne, und verstehen das Wort *edicto* nicht von dem prätorischen *Edict*, sondern von einem *edictum principum*, so daß also das Wort *principum* sich nicht bloß auf das unmittelbar vorhergehende *decreto* bezöge. Dann müßte doch aber das Wort *edicto* durch ein *ve* oder *sive* mit den folgenden Worten *decreto principum* verbunden und so als mit denselben näher zusammengehörend der *lex* dem *plebiscitum*, dem *senatusconsultum* zur Seite gesetzt sein.⁷⁾ Noch mehr aber spricht gegen jene Auffassung das historische Verhältniß, in welchem das specielle Verzeichniß der Infamen zu dem *tertium*

⁵⁾ Dieses dritte Argument kann übrigens dem zweiten gegenüber nicht als ein selbständiges angesehen werden; es wird vielmehr dieses durch jenes nur vervollständigt.

⁶⁾ Vielleicht ist jedoch Rudorff's Meinung die, daß Ulpian nicht etwa bloß eine Erläuterung gebe, sondern den Inhalt einer nicht wörtlich mitgetheilten *Edictsbestimmung* referire.

⁷⁾ Vergl. I. 2 pr. D. *ne quid in loco publico* 43, 8.

edictum de postulando steht. Savigny hat gezeigt, daß die Infamia ihrem eigentlichen Wesen nach dem öffentlichen Recht angehörte und auf festen, althergebrachten Regeln beruhte. Da nach römischer Auffassung das Fürsprecheramt für Andere, das *postulare pro aliis*, ein Ehrendienst war, so verstand es sich dem allgemeinen Charakter der Infamia nach ganz von selbst, daß die Infamen von diesem Ehrendienst ausgeschlossen werden mußten. Der Prätor setzt nun diesen Rechtsbegriff als einen bekannten voraus, er nimmt in sein Edict die uralten, durch die Sitte anerkannten Fälle der Infamia auf, er stellt das specielle Verzeichniß überhaupt nur auf, damit über die Anwendungsgränzen des Begriffs kein Irrthum obwalten oder vorgewendet werden möchte. Dieses edictale Verzeichniß der Infamen wird darnach als ein ziemlich altes angesehen werden müssen. In der späteren Zeit der Republik wurden nun durch verschiedene *leges*, *plebiscita* u. s. w. an die Verurtheilung wegen mancher Verbrechen, welche bisher keine Infamia zur Folge hatte, die nämlichen Ehrenfolgen geknüpft,⁸⁾ welche jene alten Fälle der Infamia kennzeichneten, unter anderen auch eine Beschränkung der *facultas postulandi*. Jene Gesetze pflegten die an die Verurtheilung geknüpften Ehrenfolgen einzeln aufzuzählen, es ist aber leicht begreiflich, daß der zunächst *adiuvandi iuris civilis gratia* edicirende Prätor sich veranlaßt sah, in sein Edict eine generelle Clausel aufzunehmen, wodurch er jene specielleren Normen zusammenfaßte und versprach, bei der Handhabung seiner Jurisdiction die von Gesetzen, *Senatusconsulten*, kaiserlichen Constitutionen aufgestellten Postulationsbeschränkungen zur Ausführung zu bringen.⁹⁾ Da in den einzelnen Gesetzen u. s. w. bezüglich der *certae personae ex-*

⁸⁾ Das Edict selbst enthielt nur den Fall: *qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit*. Der Satz, daß jeder in iudicio publico condemnatus infam werde, wie ihn die Tafel von Gerastea kennt (lin. 118—121), bildete sich erst allmählig aus. Savigny a. a. O. S. 173.

⁹⁾ Die Interpret. zu Basil. VIII, 1, C. 1 §. 8 sagt ganz richtig: καὶ μὴ μοι λέγε τί οὖν οὐκ ἔρχονται οἱ νόμοι οἱ περὶ τούτων κείμενοι, ἢ τὰ δόγματα, ἢ τὰ πλερίσκιτα, ἢ αἱ διατάξεις; ἔδος γὰρ τῷ πραιτὼρι τοῖς νόμοις ἐξακολουθεῖν, καὶ ἐξυπηρετεῖσθαι, καὶ πρὸς ἔργον τὰ διηγορευμένα τούτοις ἐκφέρειν. Rudorff erinnert mit Recht an das ganz analoge *uti me quaque Lege, Senatusconsulto, bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo*.

ceptae nicht immer genau dieselbe Abgränzung beobachtet sein mochte, so wurde durch die allgemeine Fassung: *hi pro alio, quam pro quo licebit, in iure apud me ne postulent* auf jene verwiesen.

Aus dieser Darlegung ergibt sich, daß das generelle Edict später aufgestellt ist, als das Verzeichniß der althergebrachten Fälle der Infamie. Finden wir also, daß dieses Verzeichniß in den Pandekten einen besonderen, selbständigen Titel einnimmt, so liegt nach jener historischen Darlegung gar kein Grund vor anzunehmen, daß erst durch die Commentatoren des Edicts oder gar erst durch Justinian's Compilatoren der Sache diese Gestalt gegeben sei. Was ist nun natürlicher, als daß der Prätor, wenn er einmal ein generelles die specielleren Normen zusammenfassendes Edict über die in geringerem Grade Postulationsunfähigen aufstellte, darin durch das Wort *edicto* auch auf den früher aufgestellten prätorischen Katalog der Infamen verwies? Dann hat die erläuternde Bemerkung Ulpian's: *Hoc edicto continentur etiam alii omnes, qui edicto Praetoris ut infames notantur* ihre naheliegende Beziehung, ohne daß man daraus mit Savigny und Rudorff folgern müßte, daß das specielle Verzeichniß hier unmittelbar gefolgt sei. Auch die übrigen Argumente Rudorff's verlieren nun ihre Kraft. Ist unsre Annahme richtig, daß sich in dem generellen Edict eine Hinweisung auf den Katalog der Infamen findet, so nöthigen uns die folgenden Edictsworte *Qui ex his omnibus, qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit* nicht unbedingt zu der Folgerung, daß ihnen dieses specielle Verzeichniß vorausgegangen sei.¹⁰⁾

Durch die bisherige Erörterung ist aber immer noch keine Aufklärung über die weitere Frage gewonnen, warum unter der

¹⁰⁾ Bestätigt wird unsre Auffassung durch Interpret. zu Basil. VIII. 1. c. 1 §. 8 (Heimb. I. p. 329). Sie giebt zunächst das *tertium edictum* wieder: *οἱ ἀπὸ νόμου, ἢ πλεβισκίτου, ἢ δόγματος, ἢ ἐδίκτου, ἢ δεκρέτου βασιλέως, ἤτοι διατάξεως κεκωλυμένοι συνηγορεῖν, οἷτοι μὴ συνηγορεῖταισαν ὅπερ ἑτέρων κ. τ. λ.* Nachdem sie sodann die Aufführung der *Leges u. s. w.* durch den Hinweis gerechtfertigt, daß es Sitte des Prätors war, *adiuvandi iuris civilis gratia* zu ediciren, und dabei kein Edict erwähnt hat (S. die vorige Ann.), fügt sie später noch hinzu: *ἐπιτρέπει δὲ ὁ πραιτωρ οὐ μόνον τοῖς ἀπὸ νόμου, ἢ πλεβισκίτου, ἢ δόγματος, ἢ δεκρέτου βασιλέως, τοῦτο αὐτὸ ἰδικῶς ἐπιτετραμμένοις, ἀλλὰ καὶ τοῖς ἀτίμοις κ. τ. λ.,* woraus klar hervorgeht, daß sie unter *ἐδίκτου* das prätorische Edict versteht.

Titelrubrik *de his qui notantur infamia* nach Aufzählung der einzelnen Fälle der Infamie die daran geknüpfte Wirkung, die Beschränkung der Postulationsfähigkeit, nicht besonders ausgedrückt ist. Das Edict ist bekanntlich eine Prozeßordnung. Die Infamie wird darin nicht wegen ihrer sämtlichen staatsrechtlichen, sondern wegen ihrer prozeßualischen Wirkungen erwähnt. Gerade nach unserer früheren Annahme, daß das specielle Verzeichniß der Infamen älter ist, als jenes generelle *tertium edictum de postulando*, ist es doppelt auffallend, daß an die Aufzählung der einzelnen Fälle nicht die Angabe der Wirkung geknüpft ist.

Sehen wir uns jetzt einmal den Inhalt des dritten Absatzes des dritten Edicts etwas näher an. Während im ersten Absatz in genereller Zusammenfassung gesagt ist: *Hi pro alio, quam pro quo licebit, in iure apud me ne postulent*, also bezüglich der *certae personae*, für welche ausnahmsweise das Postuliren gestattet sein soll, auf die specielleren Normen selbst, die *leges u. f. w.* verwiesen wird, werden in der Schlußclausel die *certae personae* speciell aufgezählt: *pro alio ne postulent, praeterquam pro parente, patrono e. q. s.* Hätte der Prätor, von welchem das *tertium edictum* herrührt, selbst jene Personen namhaft machen wollen, so brauchte er nicht erst durch den allgemeinen Ausdruck *pro alio, quam pro licebit* (nämlich nach der betreffenden *Lex u. f. w.*) auf die specielleren Normen zu verweisen, sondern würde gleich von vorn herein gesagt haben: *Hi pro alio in iure apud me ne postulent, praeterquam pro parente e. q. s.* Er wählte aber vorsichtig die allgemeine Fassung, weil die verschiedenen *Leges u. f. w.* nicht immer dieselbe Abgränzung bezüglich der *personae exceptae* inne gehalten haben mochten, und überließ es der Interpretation der Juristen, diese Abweichungen auszugleichen. Dies zeigt aber, daß eine specielle Aufzählung der *exceptae personae* sich nicht an das generelle *tertium edictum* angeschlossen haben kann. Schlagend wird es auch dadurch bewiesen, daß, während in dem Edictsstück des §. 7 der Singular gebraucht ist (*qui ex his omnibus, qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit*), das Stück des §. 11 im Plural fortfährt: *pro alio ne postulent, praeterquam pro parente e. q. s.*, was Rudorff entgangen zu sein scheint,

da er in seiner Restitution beide Stücke zu einem Satze verbindet.¹¹⁾

Die Aneinanderreihung der Edictsstücke, so wie sie in den Pandekten vorliegt, kann also nicht die des Edicts selbst gewesen sein. Es drängt sich vielmehr die Vermuthung auf, daß das letzte Stück, die specielle Aufzählung der *exceptae personae*, im Edict an einer anderen Stelle gestanden hat. Ueber das Wo kann man m. E. nicht lange zweifelhaft sein. Was im *tertium edictum de non postulantibus*, gelinde gesagt, überflüssig ist, das fehlt uns, wie wir gesehen haben, im folgenden Titel *de his qui notantur infamia*. Hier vermiffen wir in den Pandekten den Ausdruck der prozeßualischen Wirkungen, um derenwillen der Prätor im Edict einen Katalog der Infamen aufstellte. An diesen werden sich im Edict etwa die Worte gereiht haben: *Hi, qui supra scripti sunt, in iure apud me ne postulent, praeterquam pro parente c. q. s.* Aller Wahrscheinlichkeit nach sind es die Compilatoren gewesen, welche diese Worte hier abgeriffen und an das Edict des vorhergehenden Titels zur Erläuterung des generellen Passus *pro alio, quam pro quo licebit* ungeschickt angeflückt haben. Ihre Hand verräth sich auch noch durch folgende Indicien. Die aus dem 5ten Buche von Tryphonin's Disputationen entlehnte L. 11, die Schlußstelle des Titels *de postulando*, behandelt die Frage, ob der Tutor dem Pupillen in einem Prozesse zur Seite stehen dürfe, in welchem er schon früher gegen den Vater des Pupillen als Advokat der anderen Partei aufgetreten sei. Darauf folgen im §. 1 die den Schluß des ganzen Titels bildenden Worte: *Qui autem inter infames sunt, sequenti titulo explanabitur*. Daß diese Worte dem Tryphonin, mit dessen Erörterung sie gar nichts zu thun haben, nicht angehören, bedarf kaum einer Bemerkung. Vermuthlich sind es Worte Ulpian's, welche auf die Bemerkung in L. 1 §. 8 D. h. t.: *Hoc Edicto continentur etiam alii omnes, qui Edicto Praetoris ut infames notantur; qui omnes nisi pro se et certis personis ne postulent* folgten und sich dort ganz ungezwungen

¹¹⁾ Auch Mommsen in seiner neuen Ausgabe der Digesten hält offenbar beide Stücke für nicht zusammengehörend, denn er zieht zu den Edictsworten: *Qui ex hic omnibus, qui supra scripti sunt, in integrum restitutus non erit*, auch das folgende eum, welches in den bisherigen Ausgaben den folgenden Satz beginnt.

anschließen.¹²⁾ Die Compilatoren fanden es passender, jene Worte an's Ende des ganzen Titels unmittelbar vor den Titel *de his, qui notantur infamia* zu setzen und den letzteren, aus welchem sie ein wesentliches Stück in den ersteren verlegt hatten, gleichsam als Anhang oder Ergänzung desselben erscheinen zu lassen. Gleich zu Anfang dieses Titels bemerken wir auch ihre Hand. Vor dem ersten Excerpt findet sich die merkwürdige Inscription: *Julianus libro I. ad Edictum*. Rudorff¹³⁾ hat gezeigt, daß dieses Excerpt weder aus einem etwaigen Commentar Julian's zum Edict, noch aus seinen Digesten entlehnt sein kann. Aber auch Rudorff's Meinung, daß ein Versehen, eine einfache Namensverwechslung von Seiten der Compilatoren anzunehmen und *Julianus libro I.* in *Ulpianus libro VI. ad Edictum* zu ändern sei, scheint mir nicht richtig. Schon die abweichende Buchzahl widerspricht der Annahme einer Namensverwechslung. Folgendes trifft vielleicht das Richtige. Die Compilatoren hatten den Titel *de his qui notantur infamia* der wesentlichen, die Wirkung der Infamie angehenden Schlußclausel beraubt, an welche sich zunächst in den Commentaren die Interpretation der Juristen angeschlossen; es blieb ihnen also nichts übrig, als das einfache Verzeichniß der Infamen, den bloßen Text des Edicts, so wie sie ihn in den Commentaren vorfanden, an den Anfang des Pandektentitels zu setzen. Da kein Commentar hinzugefügt wurde, so schickten sie dem Text nicht den Namen eines Commentators, sondern des letzten Redactors des Edicts voraus.¹⁴⁾ Auch ist schon mit Recht darauf aufmerksam gemacht worden,¹⁵⁾ daß die einleitenden Worte *Praetoris verba dicunt* statt des üblichen *Praetor ait* die Compilatoren verrathen. Auf Grund der ganzen

¹²⁾ Das hat auch die Interpret. zu Basil. VIII, 1. c. 1 §. 8 (Heimb. I. p. 329) bemerkt, denn sie fährt nach den in Anm. 10 angeführten Worten fort: *ἀλλὰ καὶ τοῖς ἀτιμοῖς, περὶ ὧν ὁ ἐξῆς τίτλος διδάξει σε.*

¹³⁾ Ztschr. f. Rechtsgeschichte III, 9 ff.

¹⁴⁾ Sie thaten dies in ungeschickter Weise, indem das *ad Edictum* allerdings die Vorstellung eines Commentars erwecken muß. Daß sie sich Julian's Composition auch in Bücher eingetheilt dachten, zeigt die Const. *Deo auctore* §. 5 verb.: *et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digerere tam secundum nostri constitutionum codicis, quam edicti perpetui imitationem e. q. s.*

¹⁵⁾ Wülfemann, Theophilus I. S. 37, 38. Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechts I. 132 Anm. 16.

vorhergehenden Untersuchung glaube ich aber behaupten zu dürfen, daß weder von Ulpian, noch von den Compilatoren der Titel über die Infamen erst aus einem Stück des tertium edictum de non postulantibus gebildet worden ist. Die letzteren hatten dazu bei der sehr verminderten Bedeutung der Infamie im Justinianischen Recht am allerwenigsten Veranlassung.

II.

Verhältniß des in den Vaticanischen Fragmenten §. 320 überlieferten Edictstextes zu dem in L. 1 D. de his qui not. infamia 3, 2 enthaltenen Verzeichnisse der Infamen.

Das Edict, welches das Verzeichniß der wegen Infamie in der facultas postulandi beschränkten Personen aufstellte, soll uns nach allgemeiner Annahme in doppelter Ueberlieferung erhalten sein: in L. 1 D. de his qui not. und in den Vaticanischen Fragmenten §. 320. Beide Texte bieten jedoch bedeutende wörtliche und sachliche Abweichungen, welche einer Erklärung bedürfen. Nach Savigny's ¹⁶⁾ eingehender Erörterung hat kürzlich Rudorff ¹⁷⁾ in seinem Aufsatze über „die Prozeßeröffnung nach dem Edict“ das Verhältniß jener beiden Texte untersucht.

Savigny erklärt die Abweichungen der beiden Texte zum Theil aus dem Verfahren des Epitomators, von welchem die Vaticanischen Fragmente herrühren, bezüglich des wesentlicheren Theils aber, nämlich der Fälle der Infamie, welche in den Fragmenten stehen, in den Digesten aber fehlen, aus der Geschichte der Infamie. Die dem vaticanischen Text eigenthümlichen Fälle betreffen nach Savigny theilweise Frauen. So lange die Infamie ein bloß politisches Institut gewesen sei, habe aber die Infamie nicht auf Frauen bezogen werden können, und im prätorischen Edict über die Infamen seien sie zudem anfänglich darum nicht erwähnt worden, weil der Prätor schon im zweiten Edict de non postulantibus allen Frauen als solchen unbedingt untersagt habe, für Andere zu postuliren. Erst durch die lex Iulia und deren Interpretation wurde nach Savigny der Begriff der Infamie

¹⁶⁾ System II. Beilage VII. S. 538 ff.

¹⁷⁾ Ztschr. f. Rechtsgeschichte IV. S. 15 ff. S. auch Mommsen zu Fragm. Vat. §. 320 (p. 115 der kleineren Ausgabe).

auch auf Frauen ausgedehnt. Die in jenem Gesetz genannten Fälle unzulässiger Ehen wurden von jetzt an auch als Fälle wahrer Infamie betrachtet und umgekehrt auch die im Edict über die Infamen genannten Fälle, soweit sie sich bei Frauen denken ließen, unter das Eheverbot der L. Iulia subsumirt. Vor der Lex Iulia galt auch die Verletzung der Trauerpflicht nur als Impietät; nachdem sie aber den Begriff der Infamie auf Frauen anwendbar gemacht hatte, nahm man natürlicher Weise an, daß auch die Wittwe durch übereilte Ehe, so wie jede Frau durch Verletzung der Trauerpflicht, infam wurde. Diese neuen Fälle der Infamie in das prätorische Verzeichniß einzutragen, lag zwar kein besonderes praktisches Bedürfniß vor, denn das Edict bezog sich bloß auf die Ausschließung vom Postuliren, und in dieser Hinsicht standen sich ja alle Frauen nach dem zweiten Edicte gleich. Man hat es dennoch gethan, weil das prätorische Edict über die Infamen überhaupt der einzige Ort war, wo sich ein mit gesetzlichem Ansehen bekleidetes Verzeichniß der Ehrlosen befand. Für die meisten Fälle freilich konnten die Ausdrücke des Edicts schon an sich auf beide Geschlechter bezogen werden, und es genügte also, wenn man die früherhin stillschweigend hinzuge dachte Ausschließung der Frauen jetzt hinwegdachte. Besondere Verzeichnung war also nur nöthig für die ganz neuen Fälle oder da, wo der Ausdruck des Edicts die Frauen bestimmt ausschloß. Die Gestalt, welche das Edict durch diese Zusätze erhalten, bietet nun der Text der Vaticanischen Fragmente. Als aber durch die justinianischen Gesetze jede Spur der Eheverbote der Lex Iulia vertilgt war und dadurch die Infamie wieder jede Anwendbarkeit auf Frauen verloren hatte, war es ganz natürlich, daß bei der Aufnahme des Edicts über die Infamie in die Digesten jene seit der L. Iulia neu zugesetzten Fälle wieder weggelassen wurden.

Gelingt es zu zeigen, daß Savigny's Annahme, wonach die Interpretation der römischen Juristen die Fälle der L. Iulia als Fälle wahrer Infamie betrachtet und umgekehrt die Fälle des Infamienkatalogs, so weit möglich, unter das Verbot der L. Iulia subsumirt haben soll, nicht richtig ist, so ist damit der Grund beseitigt, aus welchem eine Aenderung des Edicts über die Infamen stattgefunden haben soll. Selbst wenn jene Interpretation aber wirklich stattgefunden hätte, so würde doch kein Prätor und keiner der classischen Juristen die nur für Frauen geltenden Fälle in

das an den Titel *de postulando* sich anschließende Edict über die Infamen eingetragen haben; denn für Frauen war nach Savigny die practische Folge ihrer Infamie die Unfähigkeit zu gewissen Ehen, das Edict über die Infamen aber hatte dem ganzen Charakter des Edicts gemäß einen prozessualischen Zweck: es sollten die Personen angegeben werden, die nur für sich und gewisse ihnen nahe verbundene Personen postuliren durften. Bei dieser Bestimmung des Edicts über die Infamen hätte die Eintragung der die Frauenzimmer betreffenden Fälle die curiose Consequenz gehabt, daß, während nach dem *secundum edictum de postulando* alle Frauen nur für sich postuliren durften, durch das Edict über die Infamen den ehrlosen Frauen das weitergehende Recht zugestanden wäre, auch für gewisse andere Personen zu postuliren.

Die Lex Iulia stellte nach Ulpian (XIII. §. 1. 2) für Senatoren und Freigeborene folgende Eheverbote auf:

Lex Iulia prohibetur uxores ducere senatores quidem liberique eorum libertinas et quae ipsae quarumve pater materve artem ludicram fecerit, item corpore quaestum facientem.

Ceteri autem ingenui prohibentur ducere lenam et a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et iudicio publico damnatam, et quae artem ludicram fecerit; adiicit Mauricianus, et a senatu damnatam.

Savigny findet es zunächst auffällig, daß nach dem Ausdruck der Lex eine Anzahl Ehen dem Freigeborenen verboten sei, dem Senator nicht. Dem möglichen Einwande, das Verbot für Freigeborene sei das allgemeine, die Senatoren (als Freigeborene) mit umfassende, begegnet er durch die Bemerkung, auch das passe nicht genau, denn die Ehe mit Schauspielerinnen komme ausdrücklich in beiden Ständen als verboten vor. Erst die den mangelhaften Ausdruck verbessernde Interpretation der Juristen habe die natürliche Regel aufgestellt, jedes Verbot für die Freigeborenen sei auch auf die Senatoren anzuwenden.

Wir scheint nun in der Lex Iulia selbst schon angedeutet zu sein, daß das Verbot für die Freigeborenen die Senatoren mit umfasse.¹⁸⁾

¹⁸⁾ Mit Recht ist vermuthet worden, daß die Eheverbote der Lex

Ulpian und Paulus¹⁹⁾ gebrauchen übereinstimmend, und zwar aller Wahrscheinlichkeit nach, im Anschluß an die Worte der Lex selbst, die Wendung: *Ceteri ingenui prohibentur ducere (uxores)*. Durch die Worte *ceteri ingenui* hatte die Lex selbst genugsam angedeutet, daß diese Verbote auch für die Senatoren in ihrer Eigenschaft als Freigeborene gälten.²⁰⁾ Zwar ist unter den für die Senatoren allein geltenden Verboten auch das Verbot der Ehe mit einer Schauspielerin aufgeführt, was mit der hier vertheidigten Ansicht nicht zu stimmen scheint, da dasselbe Verbot auch unter den für die *ceteri ingenui* geltenden vorkommt; allein das Auffällige verschwindet, wenn man bedenkt, daß das für Senatoren geltende Verbot strenger war und sich auch auf Schauspielerkinder erstreckte. Diese mußten also jedenfalls genannt werden, und dann ist es doch wohl sehr natürlich, wenn die *quae ipsa artem ludicram fecerit* gleich mit genannt wird.²¹⁾ Die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch dadurch bewiesen, daß Paulus in seiner Interpretation der senatorischen Eheverbote ohne Weiteres nur die Schauspielerkinder nennt: *Hoc capite prohibetur Senator libertinam ducere eamve, cuius pater materve artem ludicram fecerit.*²²⁾

Einen Beweis für seine Annahme, daß erst die erweiternde Interpretation der Juristen einzelne Verbote für die Freigeborenen wegen Gleichheit des Grundes mit senatorischen Fällen auch auf die Senatoren angewandt habe, findet Savigny noch in L. 43 §. 6 D. de ritu nupt. 23, 2: *Lenocinium facere non*

Julia et Papia Poppaea schon in eine frühere Zeit zurückreichten und durch jene nur genauer fixirt wurden. Das Verbot der Ehe mit freigelassenen Frauen scheint früher jeden *ingenuus* betroffen zu haben. Dafür spricht das der *Fecenia Hispala* ertheilte Privileg: *Utique ei ingenuo nubere liceret; neu quid ei, qui eam duxisset, ob id fraudi ignominiaeve esset.* Roßbach, Römische Ehe S. 467, vermuthet, dieses Privileg habe sich eher darauf bezogen, daß die *Fecenia Hispala* eine *meretrix* gewesen sei. Sonderbar ist aber, wenn er weiter hinzufügt: Für die damalige Zeit aber konnten diese Gesichtspunkte kaum unterschieden werden, da die *Meretrices* wohl nur dem Stande der Freigelassenen angehörten. Darum sind doch aber noch nicht alle freigelassenen Frauen *meretrices*.

¹⁹⁾ L. 44 §. 8 D. de ritu nupt. 23, 2.

²⁰⁾ S. auch Roßbach a. a. O. S. 466 Anm. 1641.

²¹⁾ Roßbach a. a. O. Anm. 1639 a.

²²⁾ L. 44 §. 1 D. de ritu nupt.

minus est, quam corpore quaestum facere. Die ganze Stelle soll von den Eheverboten für die Senatoren sprechen.²³⁾ Obwohl nun das lenocinium facere in den Eheverboten der Freigeborenen ausdrücklich genannt sei, so scheint das dem Ulpian doch nicht zu genügen, um es ohne Weiteres auch auf die Senatoren anzuwenden; vielmehr suche er die Anwendbarkeit auf diese erst künstlich durch eine Gleichstellung des lenocinium facere mit dem in den Eheverboten für die Senatoren genannten quaestus corpore zu beweisen. Die Voraussetzung, daß die ganze L. 43 von den Eheverboten für die Senatoren spreche, wird indessen dadurch widerlegt, daß im weiteren Verlauf der Stelle auch von den übrigen Verboten für die Freigeborenen die Rede ist. Savigny ließ sich zu jener Voraussetzung dadurch bewegen, daß im Beginn der Stelle die quaestum corpore facientes erwähnt sind. Allerdings stehen diese nach dem uns überlieferten Texte Ulpian's unter denen, welchen die Ehe mit einem Senator versagt war.²⁴⁾ Mommsen's scharfes Auge hat aber entdeckt, daß Ulpian nicht so schrieb,²⁵⁾ sondern daß die Worte corpore quaestum facientem unter den für die ceteri ingenui geltenden Eheverboten standen, und nur durch ein Versehen der Abschreiber unter die senatorischen Eheverbote gerathen sind. Für diese Hypothese sprechen auch sachliche Gründe. Es würde sehr auffällig sein, wenn die corpore quaestum facientes bei den für die Senatoren geltenden Eheverboten genannt, dagegen bei den für die ceteri ingenui geltenden ausgelassen wären. Daß auch den bloßen Freigeborenen die Ehe mit ihnen untersagt war, bezweifelt Savigny selbst nicht, und beruft sich u. A. dafür auf die Worte: Lenocinium facere non minus est, quam corpore quaestum exercere. Da nun aber nach den Worten der Lex nur den Senatoren

²³⁾ System S. 518 Anm. a.

²⁴⁾ S. darüber auch Marezoll, bürgerl. Ehe S. 228 ff., nam. S. 230: „Wollen wir also nicht annehmen, daß Ulpian's Angabe falsch sei, so bleibt nichts übrig, als die Vermuthung, daß dieser Punkt späterhin geändert, und den öffentlichen Huren dadurch auch das connubium mit den übrigen ingenuis entzogen worden sei.“

²⁵⁾ S. Böcking's Ulpian 4te Ausgabe p. 44. Mommsen will etwa lesen: fecerit; ceteri autem ingenui prohibentur ducere corpore quaestum facientem et lenam e. q. s. Ihm folgt auch Huschke, Iurispr. Antejust. p. 473 not. 5. u. 7.

Ehen mit solchen Personen verboten sein sollten, so hätte man nur durch eine äußerst bedenkliche ausdehnende Interpretation zu einem gleichen Verbot für die *ceteri ingenui* gelangen können. Indem die *Lex Iulia* für die Senatoren wegen ihres hervorragenden Standes einige besondere Verbote aufstellte, und darauf die für die *ceteri ingenui* geltenden folgen ließ, gab sie deutlich genug zu erkennen, daß jene nur für die Senatoren gelten sollten. Wenn nun aber dennoch aus anderen Gründen sich ergibt, daß den *ingenui* auch die Ehe mit den *corpore quaestum facientes* untersagt war, so unterstützt das eben die Annahme, daß der Text *Ulpian's*, wie er uns vorliegt, verderbt ist. Eine weitere Bestätigung derselben ist es, daß in dem wörtlich in die *Digesten* aufgenommenen *caput* der *Lex Iulia* über die Frauen, denen die Ehe mit Senatoren untersagt war, und eben so in der sich daran anschließenden Interpretation des *Paulus* die *corpore quaestum facientes* nicht erwähnt sind. *Savigny* sucht dieses seiner Ansicht entgegenstehende Bedenken durch die Bemerkung zu beseitigen, daß jene Frauen in einem folgenden zufällig nicht auch excerptirten Kapitel jener *Lex* gestanden haben möchten. Daß das Gesetz wirklich davon gesprochen habe, werde durch die aus *Ulpian's* *Commentar* zur *Lex Iulia* genommene *L. 43 D. de ritu nupt.* bewiesen, worin der Begriff des *quaestum facere* deutlich erörtert werde.

Diese Umstände beweisen aber nicht, daß noch in einem anderen uns nicht erhaltenen Kapitel der *Lex* den *corpore quaestum facientes* besonders die Ehe mit Senatoren untersagt war, sondern daß sie in dem für alle *ingenui* geltenden Kapitel standen; und aus dem *Commentar* zu diesem Kapitel ist die *L. 43* entlehnt.

Die Juristen sollen in ihrer Ausdehnung der *Lex Iulia* nach *Savigny's* Meinung noch weiter gegangen sein. Von der Beobachtung ausgehend, daß das Gesetz in den einzeln aufgezählten verbotenen Fällen, von denen mehrere auch in dem *Edict* über die *Infamen* vorkamen, etwas der *Infamie* ganz Ähnliches gemeint habe, sollen sie die allgemeine Regel aufgestellt haben, daß die Ehe für alle Freigeborenen, also auch für Senatoren, durch jeden Fall der *Infamie* verhindert werde, und ebenso seien auch umgekehrt die in der *Lex Iulia* genannten Fälle unzulässiger Ehen, wenn sie nicht schon im *Edict* standen, von jetzt an

als Fälle wahrer Infamie betrachtet worden. Jene Regel soll wörtlich in Ulp. XVI. §. 2 ausgesprochen sein. Hier ist gesagt, daß die Ehegatten unter sich gar keine Capacität haben, wenn ihre Ehe nach der L. Iulia et Papia Poppaea nicht gültig sei, z. B. si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator. Wenn Ulpian hier der Kürze halber mit dem Ausdruck famosam die in dem Gesetz selbst einzeln aufgezählten Fälle zusammenfaßt, so darf man daraus gewiß nicht einen Beweis für jene allgemeine Regel hernehmen wollen.²⁰⁾ Wir dürfen auf Grund jenes Ausdrucks z. B. nicht annehmen, daß eine Frau, die in irgend einer Beziehung die Trauerpflicht gebrochen hatte, oder in einem (für Männer) infamirenden iudicium privatum verurtheilt war, dadurch unfähig wurde, später mit einem Freigeborenen eine Ehe einzugehen. Für einen Fall läßt sich die Unrichtigkeit der von Savigny angenommenen Regel besonders klar zeigen. Nach der L. Iulia soll kein Freigeborener eine Ehe mit einer iudicio publico damnata eingehen, also auch nicht mit einer in einem iudicium publicum wegen Calumnie Verurtheilten. In seiner Interpretation des Gesetzes bemerkt Ulpian mit Bezug auf diese Bestimmung, daß die Frau, welche wegen einer in einem iudicium publicum begangenen Calumnie calumniae iudicio, nämlich in dem privatum calumniae iudicium, verurtheilt sei, nicht als eine iudicio publico damnata angesehen werden könne. Vergleichen wir damit die Bestimmungen, welche sich in den Titeln de postulando und de his, qui notantur infamia finden. Unter den von dem zweiten edictum de postulando Betroffenen, den personae in turpitudine notabiles, welche nur für sich postuliren dürfen, wird auch der calumniae publico iudicio damnatus, der in einem publicum iudicium wegen Calumnie Verurtheilt, aufgeführt. Sodann findet sich im folgenden

²⁰⁾ Mit demselben Rechte könnte man auch die Bestimmung der L. Iulia de adulteriis, wonach einzelne ehrlose Personen von dem Ehemann, wenn er sie in seinem Hause auf dem Ehebruch ertappte, ohne Weiteres getödtet werden durften (L. 24 pr. D. Ad Leg. Iul. de adult.), auf alle Infamen ausdehnen, weil es in Paul. Sent. rec. IV. 26. 4 und in der Collatio tit. 4 §. 12 heißt, der Ehemann dürfe bei solcher Gelegenheit infames et eos, qui corpore quaestum faciunt, tödten. Allein auch das ist mit Marezoll S. 212 A. 2 nur für eine kürzere allgemeine Zusammenfassung der in der Lex Iulia aufgezählten Personen zu halten.

Titel unter den Infamen, welche auch für gewisse, ihnen nach verbundene Personen postuliren dürfen, der, qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit, also der wegen einer in einem iudicium publicum begangenen Calumnie überhaupt, wenn auch nur in dem privatum calumniae iudicium, Verurtheilte. Ein solcher Mann ist also infam, während nach der L. Iulia eine sich in gleichem Fall befindende Frau fähig ist, eine Ehe mit einem ingenuus einzugehen, denn jene Lex trifft nur die publico iudicio damnata, nicht aber die (privato) iudicio damnata ex causa publici iudicii.

Savigny hat sodann noch zu zeigen versucht, weshalb die auf Frauen bezüglichen Fälle der Infamie, welche in Folge der L. Iulia und deren Interpretation in das Edict aufgenommen sein sollen, später wieder ausgelassen seien. Nachdem durch Justinian's Bestimmungen jede Spur der durch die L. Iulia eingeführten Eheverbote getilgt worden sei, und damit die Infamie jegliche Anwendbarkeit auf das weibliche Geschlecht verloren habe, hätten die Compileroren ganz consequent bei der Aufnahme des prätorischen Edicts über die Infamen in die Digesten daraus wiederum die nachträglich eingeschriebenen Stellen über ehrlose Frauen weggelassen. Dabei übersieht Savigny aber, daß die die senatorischen Eheverbote definitiv beseitigenden Verordnungen, nämlich L. 29 C. de nupt. 5, 4, entnommen aus L. 33 C. de episc. audientia 1, 4 (Dat. Kal. Novemb. CP. Dn. Iustiniano PP. A. IV et Paulino Conss. [534]) und Nov. 117 C. 6 von den Compileroren der Digesten noch nicht berücksichtigt werden konnten. Zuzugeben ist nur, daß sie den einen in den Vaticanischen Fragmenten erwähnten Fall, nämlich quae virum, parentem, liberosve suos, uti mos est, non eluxerit weglassen konnten, denn dieser war schon durch das Abkommen der alten heidnischen Trauerordnung unpractisch geworden.

Wir sehen, daß sich in der von Savigny behaupteten Weise die Abweichungen des Textes der Vaticanischen Fragmente von dem der Digesten nicht erklären lassen.

Anderß greift Rudorff die Sache an. Er geht von dem Satze aus, daß das Edict über die Infamen nur Männer habe erwähnen können, sucht zu zeigen, daß das Edict auch nach der Fassung der Vaticanischen Fragmente nur Männer erwähnt habe,

und erklärt die kürzere Fassung des Edicts in den Digesten daraus, daß die altrömische Trauerordnung durch das Christenthum antiquirt worden sei. Worin ich von ihm abweichen zu müssen glaube, wird sich am besten bei einer Prüfung des Edicts der Vaticanischen Fragmente zeigen.

Man ist bisher von der Voraussetzung ausgegangen, daß sowohl die Stelle der Digesten, als die der Vaticanischen Fragmente den Text desselben Edicts, nämlich das prätorische Verzeichniß der Infamen, wenn auch vielleicht nur stückweise, wiedergeben wollen. Für die Abweichungen beider Stellen glaubt man eine Erklärung geben zu können, während die großentheils wörtliche Uebereinstimmung es unzweifelhaft zu machen scheint, daß sie aus demselben Edict entnommen seien. Auch läßt sich nicht leugnen, daß der Epitomator, von dem die Vaticanischen Fragmente herrühren, einzelne für den Zusammenhang unentbehrliche Stücke, sei es aus Gedankenlosigkeit, sei es absichtlich, weil er im Anfang der Stelle nur im Allgemeinen den Gedankengang bezeichnen wollte, weggelassen hat. Dahin gehören im Anfang die Auslassung der Wendung: *intra id tempus, quo elugere virum moris est*, im Verlauf vielleicht die Weglassung der Worte: *non iussu eius, in cuius potestate est*. Es kommen aber auch andere Abweichungen vor, die man, wenn man an der Identität des den Compilatoren und dem Verfasser der Vaticanischen Fragmente vorliegenden Edictstextes festhält, nur der Willkür jener oder dieses zuschreiben könnte. So fehlt in den Pandekten das „et“, womit die Stelle in den Vaticanischen Fragmenten beginnt, die Pandekten sagen: *quae in potestate eius esset*, die Fragmente: *quam in potestate habet*. Diese Abweichungen würden sich aber auch erklären, wenn beide Stellen aus verschiedenen Edicten entnommen wären, und diese bisher gar nicht näher in's Auge gefaßte Möglichkeit wird noch nicht durch die vielfach wörtliche Uebereinstimmung beider Stellen widerlegt. Wenn zwei Edicte dieselben Fälle der Ehrlosigkeit um unterschiedlicher Wirkungen willen erwähnen, so ist der Gebrauch gleicher Wendungen in beiden sehr begreiflich. Der Prätor hatte aber in der That Veranlassung, noch in einem anderen Titel seines Edicts ein Verzeichniß ehrloser Personen aufzustellen, und konnte dabei, wie im Folgenden zu zeigen ist, auch Frauen erwähnen.

Infame Personen sind bekanntlich auch unfähig, Cognitoren

und Procuratoren zu werden. Diesen Satz pflegt man ohne Weiteres aus der Beschränkung ihrer *facultas postulandi* herzuleiten,²⁷⁾ gleich als ob sich darüber gar keine besondere Bestimmung im Edict gefunden habe, und könnte sich dafür allenfalls auf Paulus I. 2 §. 1 berufen: *Omnes infames, qui postulare prohibentur, cognitores fieri non possunt, etiam volentibus adversariis.*²⁸⁾

Mit Nothwendigkeit folgt nun aus der Beschränkung der Postulationsfähigkeit nur die Unfähigkeit, als Cognitor oder Procurator für einen Andern zu klagen, nicht aber die Unfähigkeit, einen Cognitor oder Procurator zu bestellen. Was nämlich das erstere betrifft, so hätte der Prätor dem Infamen, den er zum Cognitor oder Procurator für eine demselben fern stehende Person zuließ, vernünftiger Weise nicht untersagen können, in dieser Sache, die nun doch durch die Verstellung der Condemnation auf seinen Namen formell seine eigne wurde, auch zu postuliren. Derselbe enge Causalnexuſ mit der Beschränkung der *facultas postulandi* läßt sich aber natürlich nicht für die Unfähigkeit, einen Cognitor oder Procurator zu bestellen, behaupten.

Aus Fr. Vat. §. 322. 323 erfahren wir, daß es Edicte über

²⁷⁾ So Savigny II. 215 ff. Marejoll a. a. O. S. 213.

²⁸⁾ Daß man die Unfähigkeit zur Cognitur und Procuratur nicht für ganz gleichbedeutend mit den Postulationsverböten halten dürfe, hebt jetzt auch Bilkow, Prozeßeinreden S. 47, mit Recht hervor. Wenn Bilkow aber behauptet, daß die *postulatio alieno nomine* nur einigen Arten von infames, die eigentliche Prozeßvertretung aber allen infames untersagt gewesen sei, und der Beklagte sich also der nicht von der Postulation ausgeschlossenen infames durch eine *exceptio* zu erwehren gehabt habe, so ist das nicht ganz richtig. Zunächst war allen Infamen das Postuliren *alieno nomine* untersagt: es wird nur so unterschieden, daß den *personae in turpitudine notabiles* das *postulare pro aliis* absolut verboten ist, den übrigen Infamen aber nur das Postuliren für gewisse vom Verböte ausgenommene Personen gestattet ist. Daß das Verbot, Cognituren zu übernehmen, sich noch auf andere Ehrlose erstreckt habe, kann man aus Paul. sent. I. 2 §. 1 nicht folgern. Wohl aber ist der Schluß berechtigt, daß es den Infamen, welche *pro certis personis* postuliren durften, auch freistand, für diese Cognituren zu übernehmen. In den Fällen, wo wirklich eine Unfähigkeit zur Uebernahme einer Cognitur wegen Ehrlosigkeit vorlag, konnte dieselbe entweder vom Magistrat in iure von Amtswegen, oder vom Gegner durch Erwirkung einer *exceptio cognitoria resp. procuratoria* geltend gemacht werden.

die persönlichen Eigenschaften gab, welche zur Uebernahme einer Cognitur resp. Procuratur unfähig machen sollten. Was nun die Unfähigkeit, Cognituren oder Procuraturen zu übernehmen, betrifft, so können wir aus dem erwähnten Causalnexus mit der Postulationsbeschränkung und der oben citirten Stelle von Paulus I. 2 §. 1 schließen, daß sich in dem ersten edictum cognititorium die allgemeine Ausschließung aller Infamen, deren facultas postulandi beschränkt war, von der Uebernahme von Cognituren gefunden haben wird.²⁹⁾

Das zweite jener edicta cognitoria bezieht sich auf die Personen, welche unfähig sein sollen, einen Cognitor zu bestellen. Diese Unfähigkeit erstreckt die herrschende Ansicht³⁰⁾ auf alle in dem früheren Edict des Prätors als infam bezeichneten Personen, namentlich auf Grund von §. 11 I. de except. 4, 13, wo von den exceptiones die Rede ist, quae olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris die Rede ist; allein aus diesem Zeugniß folgt keineswegs weder, daß alle in dem früheren Edict aufgezählten Infamen unfähig sind zur Bestellung eines Cognitors oder Procurators, noch daß nur sie es sind. Auch kann man sich hier nicht auf jenen inneren Zusammenhang berufen, welcher doch zwischen der Unfähigkeit, für Andere zu postuliren, und der, eine Cognitur zu übernehmen, anerkannt werden mußte. Man hat wohl gefühlt, daß man die Unfähigkeit gewisser ehrloser Personen, Cognituren und Procuraturen zu übernehmen, nicht durch die nothwendige Rücksicht auf die Würde des Prätors rechtfertigen könne, und hat sich deshalb nach einer anderen Erklärung umgesehen. Savigny³¹⁾ weist darauf hin, daß der Beklagte die Unzuverlässigkeit des ehrlosen Klägers mit mehr Erfolg für sich geltend machen könne, wenn dieser persönlich vor Gericht erscheine. Andere³²⁾ sagen, es habe für einen bedeutenden Ehrenvorzug gegolten, seine Prozesse durch einen Vertreter

²⁹⁾ Eine ähnliche Verweisung wird sich auch im Edict bezüglich der Frage, wer fähig sei, eine Popularklage anzustellen, gefunden haben. Cf. L. 4 D. de pop. act. 47, 23: Popularis actio integrae personae permittitur, hoc est, cui per edictum postulare licet.

³⁰⁾ S. Kellner Röm. Civilpr. 2te Ausg. S. 224 A. 640. Kellner selbst bezweifelt die Richtigkeit der gangbaren Ansicht.

³¹⁾ II. S. 218, 219.

³²⁾ J. B. Schmid, Grundlehren der Cession II. S. 80.

übernehmen und durchführen zu lassen. Der hier gemeinte Ehrenvorzug bestand darin, daß nach späterem Recht *personae illustres* ihre Prozesse nicht in eigener Person, sondern nur durch Stellvertreter führen durften. Solche byzantinische Anschauungen, wonach es für so hochstehende Personen nicht als geziemend erachtet wurde, wie gewöhnliche Kläger vor einem an Rang tief unter ihnen stehenden *iudex* zu erscheinen,³³⁾ liegen gewiß der früheren Zeit, namentlich der republikanischen Zeit, fern; wir können also für diese frühere Zeit in der Unfähigkeit zur Bestellung eines *Cognitors* oder *Procurators* nicht die Aberkennung eines bedeutenden Ehrenvorzugs, sondern eines bürgerlichen Rechts, welches jeder an ihrem Rechte vollkommenen Person zustand, erkennen. Rudorff endlich meint, man habe durch jene Beschränkung dem Infamen die Möglichkeit nehmen wollen, sich durch Bestellung eines *Procurators* der öffentlichen Beschämung zu entziehen. Mir scheint die Entziehung der Fähigkeit zur Bestellung von prozessualischen Stellvertretern aus der Idee minderer prozessualischer Rechtsfähigkeit, welche durch jene anderen Beschränkungen schon entstanden war, gefolgert zu sein. Darnach ist der Zusammenhang dieser letzteren Beschränkung mit der Unfähigkeit zu postulieren ein viel loserer, durch eine ganz allgemeine Idee vermittelter, und man kann nicht ohne Weiteres folgern, daß alle Personen, welche mit dieser behaftet waren, auch jener unterlagen.³⁴⁾ Der Prätor konnte sich demnach in dem zweiten *edictum cognititorium* nicht mit einer allgemeinen Verweisung auf

³³⁾ Nov. 71 c. 1 motivirt jenes Privileg so: *ὅστε μὴ ἀναγκάζεσθαι ἢ συγκαθῆσθαι τοῖς ἄρχουσιν, ἐν ᾧ δικάζουσιν, ἢ παρεστάναι πάλιν, οἷα δικαζομένους. ἐκατέρωθεν γὰρ τὸ πρᾶγμα ἐστὶ ἐπισφαλές, ἢ τῶν ἀξιωματῶν ὑβριζομένων, ἢ τοῦ δικαστικοῦ σχήματος ἀναξίως προϊόντος.*

³⁴⁾ Keller a. a. O. Anm. 640 scheint der Ansicht zu sein, daß Schauspieler nicht unfähig waren, *Cognitores* zu bestellen, wegen Cic. p. Q. Ro. 11, 32, wo der Schauspieler Roscius gegen Q. Flavius Tarquinienus einen *Cognitor* bestellt. Allein schon Savigny a. a. O. S. 219 hat mit Recht bemerkt, daß bei der Unfähigkeit ehrloser Personen zur Bestellung von *Cognitores* die Amtswürde der Obrigkeit kein Interesse hatte, und es ihr daher nicht, wie bei den anderen Einschränkungen, überlassen war, den von einem Infamen ernannten *Procurator* von Amtswegen zurück zu weisen. Der Gegner mußte also, falls der Unfähigkeitsgrund überhaupt geltend gemacht werden sollte, eine *exceptio cognitoria* in die Formel aufnehmen lassen.

das Verzeichniß im Titel *de his, qui notantur infamia* begnügen, sondern mußte ein speciellcs Verzeichniß der ehrlosen Personen aufstellen, welche zur Bestellung von Cognitoren unfähig sein sollten. Das läßt sich noch von einer anderen Seite her schlagend darthun. Frauen waren zwar schon als solche unfähig, zu postuliren und Cognituren zu übernehmen, nicht aber auch, Cognitoren zu bestellen; aus einem besonderen Grunde konnten sie es aber eben so gut werden, wie Männer. Der Prätor mußte also bei der Aufstellung des zweiten *edictum cognitorem* auch die Frauen berücksichtigen, und da er bezüglich dieser nicht auf das frühere Verzeichniß der Infamen, in welchem nur Männer vorkamen, verweisen konnte, so sah er sich schon dadurch genöthigt, in diesem anderen *edictum cognitorem* wieder ein Verzeichniß von ehrlosen Personen aufzustellen. Aus diesem, vermuthe ich, ist das vaticanische Bruchstück entlehnt. Dafür sprechen noch folgende Umstände.

In dem Digestentitel *de his, qui notantur infamia* finden wir einmal Stellen aus dem 6ten Buche von Ulpian's, aus dem 5ten von Paulus' Edictscommentare und aus dem ersten Buche von Gaius' Commentar zum *edictum provinciale*. In den genannten Büchern haben jene Juristen den Catalog der Infamen, deren *facultas postulandi* beschränkt ist, erläutert. Daneben finden sich in jenem Titel Stellen aus dem 8ten Buche von Ulpian's, dem 8ten von Paulus' Commentare und dem 3ten Buch von Gaius' Commentare zum Provinzialedict, in welchen auch Fälle der Ehrlosigkeit erörtert werden. Diese können nicht Fälle des ersten Infamencatalogs sein; vielmehr geht aus dem Umstand, daß alle drei Juristen übereinstimmend im zweiten resp. dritten Buche nach ihrer ersten Erörterung der Infamie wieder über einzelne Fälle der Ehrlosigkeit handeln, hervor, daß der Prätor zu einem anderen Zweck noch ein anderes Verzeichniß von ehrlosen Personen aufgestellt hat. Nun handeln aber, wie uns ein Blick auf den Titel *de procuratoribus et defensoribus* zeigt, jene Juristen in den zuletzt angegebenen Büchern schon von den prozeßualischen Stellvertretern. Betrachten wir die von ihnen an der zweiten Stelle erörterten Fälle der Ehrlosigkeit, so finden wir, daß sie Frauen betreffen. Sie handeln nämlich von der Trauerpflicht und der Frau, *quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est*. Von der Trauerpflicht wird

an beiden Stellen der Commentare, von Paulus im 5ten und 8ten Buch, von Ulpian im 6ten und 8ten Buch geredet. Ulpian sagt l. 11 §. 3 D. de his qui notantur inf., daß auch die Frau, welche innerhalb des Trauerjahrs geheirathet, infam werde, und aus l. 15 C. ex quib. caus. inf. irr. 2, 12 erfahren wir, daß diese auch im Edict ausdrücklich genannt war: *quum etiam si nuptias alias intra hoc tempus secuta est, tam ea, quam is, qui sciens eam duxit uxorem, etiam si miles sit, perpetuo edicto labem pudoris contrahat.* Da sie nun in dem auf die facultas postulandi bezüglichen Verzeichniß der Infamen nicht gestanden haben kann, so muß es noch ein anderes gegeben haben. Daß die Infamie der Frau, welche sich wissentlich eine grundlose Besitzeinweisung Namens eines ungeborenen Kindes ertheilen ließ, im Edict angeordnet war, folgt theils schon aus der Besprechung des Falls in allen Commentaren,³⁵⁾ theils aus den Worten Ulpian's in l. 17 D. 3, 2: *debit enim coerceri, quae Praetorem decipit.*

Stand sie noch in der Gewalt des Vaters, so ward statt ihrer der Vater ehrlos, *qui calumniae causa passus est filiam, quam in potestate habebat, in possessionem ventris nomine mitti.* Dies zeigt wiederum, daß in dem Edict, aus dem jene Fälle entnommen sind, doch auch Männer erwähnt waren.³⁶⁾

³⁵⁾ L. 15 D. de his qui n. i. (Ulp. lib. VIII. ad Ed.), L. 16 D. eod. (Paul. l. VIII. ad Ed.), L. 17 eod. (Ulp. l. VIII. ad Ed.), L. 18 eod. (Gaius l. III. ad Ed. pr.), L. 19 eod. (Ulp. l. VIII. ad Ed.)

³⁶⁾ Außer den bisher genannten Fällen von ehrlosen Frauen, welche in dem zweiten von mir angenommenen Verzeichniß erwähnt gewesen sein müssen, läßt sich vielleicht noch ein weiterer nachweisen, nämlich der der Frau, *quae corpore suo quaestum facit.* Die Erwähnung dieses Falls in jenem Edict wird wenigstens wahrscheinlich gemacht durch L. 24 D. de his q. n. i.: *Imperator Severus rescripsit, non obfuisse mulieris famae quaestum eius in servitute factum.* Die Stelle ist allerdings ihrer Inscription nach nicht aus dem 8ten, sondern aus dem 6ten Buche von Ulpian's Commentar entlehnt; allein das hat nichts Störendes, da Paulus und Ulpian auch Bemerkungen über die Trauerpflicht der Frauen, welche streng genommen erst in das 8te Buch ihrer Commentare gehörten, schon bei Gelegenheit der verwandten Fälle im 5ten resp. 6ten Buche vortragen. Vergl. L. 9 und 11 D. de his qui n. i.

Ist meine Vermuthung begründet, so würde sich auch ein anderer Umstand aufklären, den auch Savigny II. S. 555 not. a. als auffallend bezeichnet, nämlich daß nach der L. Julia die von einem Kuppler oder einer

Eine weitere Stütze für die Annahme, daß das Vaticanische Bruchstück aus einem jener *edicta cognitoria* entnommen wurde, gewährt der Umstand, daß es sich in dem Titel *de cognitoribus et procuratoribus* findet. In der unmittelbar darauf folgenden Stelle wird das Edict mitgeteilt, welches die Bestimmungen jener *edicta cognitoria* auch auf die Procuratoren ausdehnt.³⁷⁾

Alle diese Umstände zusammengekommen machen es höchst wahrscheinlich, daß der Prätor in dem über die Unfähigkeit zur Bestellung eines Cognitors handelnden Edict noch ein Verzeichnis von ehrlosen Männern und Frauen aufgestellt hat.³⁸⁾ Dieser

Kupplerin freigelassenen Sklavinnen infam waren, während sie nach L. 24 cit. es nicht sein sollten, wenn sie auf eigne Rechnung im Sklavenstand Unzucht getrieben hatten. Diese Differenz wäre allerdings unerklärlich, wenn es sich um dieselbe Wirkung der Ehrlosigkeit handelte. Die *Lex Julia* hat aber das Eheverbot vor Augen, und in Beziehung darauf sagt L. 43 §. 4 de rit. nupt. ganz allgemein: *Non solum autem ea, quae facit, verum ea quoque, quae fecit, et si facere desiit, lege notatur; neque enim aboletur turpitudine, quae postea intermissa est.* Darnach war gewiß auch die Frau, welche früher als Sklavin auf eigne Rechnung das entehrende Gewerbe getrieben, dem Eheverbot unterworfen. Dem Verfasser der L. 24 cit. schwebt dagegen die Unfähigkeit, einen Cognitor resp. Procurator zu bestellen, vor, und bei dieser Beschränkung mochte man weniger streng sein.

³⁷⁾ Daß sich in den Commentaren der Juristen zu den Titeln *de postulando* und *de cognitoribus et procuratoribus* oft sehr gleichlautende Äußerungen fanden, zeigt noch ein anderes schlagendes Beispiel. In einem 1852 in Paris erschienenen Buche, betitelt: *Spicilegium Solesmense . . . curante domno I. B. Pitra* findet sich aus einem Kirchenschriftsteller Patatus eine Stelle Ulpian's aufbewahrt, welche zuerst Böcking in seiner Ausgabe des Ulpian von 1855 p. 177 folgender Maßen wiedergab: *Ulpianus Libro ad Edictum sexto (sub titulo) qui pro aliis ne postulent (titulo sexto) sic refert:*

Invenimus apud veteres mulieris appellatione etiam virginem contineri.

Eine ganz ähnliche Stelle der Digesten, nämlich L. 13 pr. de V. S. 50, 16, mit der Inscription: *Idem (i. e. Ulpianus) Libro septimo ad Edictum laudet: Mulieris appellatione etiam virgo viri potens continetur.* Böcking hat nun gezeigt, daß beide Stellen, obwohl so ähnlich lautend, doch nicht identisch sind, sondern daß nach Ausweis der Inscriptionen die eine aus dem Commentar Ulpian's zum Titel *Qui pro aliis ne postulent*, die andere aus dem Commentar zum Titel *de procuratoribus et defensoribus* entnommen sei.

³⁸⁾ Einzelne jener Umstände haben auch in Rudorff einen Zweifel aufkommen lassen, ob denn alle in den Edictscommentaren erörterten Fälle

Nachweis wird noch verstärkt werden durch eine Betrachtung der in dem Vaticanischen Bruchstück mitgetheilten Fälle. Man streitet darüber, ob darin nur Männer erwähnt seien, oder auch Frauen. Savigny³⁹⁾ nimmt an, von den Worten *quae virum, parentem . . .* an seien Fälle infamer Frauen aufgeführt, und es seien deshalb jene Worte nicht bloß als Ergänzung der vorhergehenden *earum quam* anzusehen. Wend⁴⁰⁾ und Rudorff dagegen halten in dem Infamenedict nur die Erwähnung von Männern für möglich, und lassen die Worte: *quae virum, parentem e. q. s.* von den vorhergehenden Worten *earum quam* abhängen. Wend⁴⁰⁾ betrachtete darnach als infam den Gewaltthaber des Mannes, welcher eine die Trauerpflicht auch gegen Eltern oder Kinder verletzende Frau heirathet, und ebenso den Vater des Mannes, welcher wissentlich eine Frau während der Wittwen-trauerzeit heirathet. Dem Einwande Savigny's, daß danach der Vater der Frau und der neue Ehemann selbst (im Fall der Unabhängigkeit von väterlicher Gewalt) von einer gleichen Strenge nicht betroffen würden, da diese beiden nach dem Anfange der Stelle infam werden sollten, nur wenn die Wittve vor Ablauf der Trauerzeit heirathe, nicht wenn bloß die Trauer um Eltern oder Kinder verletzt werde, sucht Rudorff durch eine Ergänzung des Textes am Anfange zu begegnen (etwa: *Qui eam, quam in*

aus dem mit dem Titel *de postulando* zusammenhängenden Verzeichnisse der Infamen entlehnt seien. Es ist ihm nicht entgangen, daß die Commentare im achten Buche, wo sie von den Personen handeln, welche unfähig sind, Cognitoren zu bestellen oder dazu bestellt zu werden, des Falls einer Verurteilung wegen wissentlich grundloser *missio in possessionem ventris nomine* gedenken. „Diesen Fall aber haben die Justinianischen Rechtsbücher zu der Infamie wegen Verurteilung in einer entehrenden Klage gestellt, während umgekehrt die Vaticanischen Fragmente der Infamie wegen Trauerbruchs im Titel *de cognitoribus et procuratoribus* gedenken, so daß es zweifelhaft bleibt, ob und wo eine Entlehnung stattgefunden hat.“ Sollte aber nicht die Uebereinstimmung der Commentare und der Vaticanischen Fragmente gegen die Compilatoren entscheiden, die zudem in der Abschaffung der auf Infamie gegründeten *exceptiones procuratoriae* Veranlassung genug finden konnten, das zweite Verzeichniß ehrloser Personen nicht mitzutheilen?

³⁹⁾ Auch Mommsen und Husche sind dieser Ansicht, da sie in ihren Ausgaben der Vaticanischen Fragmente dem *quae (virum . . .)* ein *ve* hinzufügen.

⁴⁰⁾ Praef. ad Hauboldi opusc. Vol. I. p. XXXII, XXXIII.

potestate habet, virum parentem liberosve uti mos est non elugere passus fuerit), welche erst System und Zusammenhang in das Ganze bringe und durch die Anknüpfung: *Secuntur haec verba: et qui eam . . .* genugsam indicirt werde.

Rudorff⁴¹⁾ betrachtet also außer den von Wend' genannten Personen auch als infam

- 1) den, welcher als Hausvater
 - a) den Bruch der Trauer seiner Tochter um ihren Mann, ihre Aeltern und Kinder duldet,
 - b) sie vor vollendeter Wittwentrauer, wissend, sein Schwiegersohn sei verstorben, wieder verheirathet;
- 2) den, welcher als selbständiger Mann eine Frau ehelicht, die entweder
 - a) ihren Mann, Aeltern, Kinder unbetrauert gelassen, oder
 - b) sich während der Wittwentrauer verheirathet.

Wenn auch Rudorff hierdurch die Wend'sche Meinung verbessert und sie gegen den ihr von Savigny gemachten Vorwurf der Widersinnigkeit geschützt hat, so scheint sie mir doch an folgenden schon von Savigny hervorgehobenen Schwierigkeiten zu scheitern. Zunächst hat Savigny darauf aufmerksam gemacht, daß dann nach den Worten: *quae, cum in parentis sui potestate non esset . . . nupserit* der Schwiegervater der Frau nur dann infam werden sollte, wenn die Frau frei von väterlicher Gewalt wäre, obwohl seine Schuld, indem er die sträfliche Ehe seines Sohnes zulasse, ja völlig dieselbe sei, die Schwiegertochter möge in väterlicher Gewalt stehen oder nicht. Ferner, wenn die Relativsätze: *quae . . . eluxerit, quae . . . nupserit* von earum abhängen, so müßten sie im Plural ausgedrückt sein. Endlich noch ein nicht geringes Bedenken gegen Rudorff's Ansicht ergibt sich aus folgender Betrachtung. Nach Rudorff sollen auch infam werden der Vater, der neue Mann resp. der Schwiegervater einer Frau, die durch irgend welche Handlung die durch die Sitte vorgeschriebene Trauer um ihren Mann, ihre Eltern oder Kinder bricht. Wird der Trauerbruch durch die Ehe selbst begangen, so ist es begreiflich, daß die Infamie auch den anderen Gatten und die Personen trifft, welche durch ihre Einwilligung die Ehe mög-

⁴¹⁾ Ztschr. f. Rechtsgeschichte IV. S. 54.

lich machen; denn sie betheiligen sich eben Alle an der infamirenden Handlung. Bricht die Frau aber die Trauer durch, irgend eine andere Handlung, z. B. durch Ablegen der Trauerkleidung, so ist es allenfalls begreiflich, daß auch ihr Gewalthaber, der jene Handlung geduldet hat, infam wird. Weßhalb aber den Mann, der sie heirathet, und dessen Gewalthaber Infamie treffen soll, ist gar nicht abzusehen.

III.

Von der Trauerpflicht der Frauen.

Savigny, der bei Gelegenheit seiner Untersuchungen über die Infamie die auf die Trauerpflicht bezüglichen Vorschriften des römischen Rechts am eingehendsten behandelt hat, stellt dieselben folgender Maßen dar. Nach uralter, auf Gesetze Numa's zurückgeführter Sitte habe es zwei verschiedene, jedoch verwandte Regeln gegeben. Nach der einen solle die Wittve zehn Monate lang nach dem Tode ihres Mannes nicht zu einer neuen Ehe schreiten; die andere schreibe vor, daß nahe Verwandte betrauert werden sollten, indem der Trauernde jeden Schmuck der Kleidung, sowie die Theilnahme an Gastmählern vermeide. Die Uebertretung der ersten Regel sei nicht als Verletzung der der Wittve obliegenden Trauerpflicht anzusehen, denn die Ehe an sich habe mit der Trauer gar nichts zu schaffen. Eine Verletzung der Trauer liege überhaupt nur in Handlungen und Kennzeichen der Fröhlichkeit, die Ehe könne aber in gesammelter Stille des Gemüths abgeschlossen werden, und störe dann das Andenken an den Verstorbenen nicht. Es würden deßhalb auch in jenem dem Numa zugeschriebenen Gesetze die beiden Vorschriften als verschiedene neben einander gestellt. Durch die erste Regel habe man vielmehr nur der Gefahr einer *incertitudo prolis*, einer *turbatio sanguinis* vorbeugen wollen, und die Wittve sei auch dann durch sie gebunden gewesen, wenn der verstorbene Mann ein solcher gewesen, *quem more maiorum lugeri non oportet*; umgekehrt sei das Verbot noch vor Ablauf der Trauerzeit ganz weggefallen, wenn die Wittve nach des Mannes Tode ein Kind geboren habe. Consequenter Weise sei auch die Trauer um Eltern und Kinder nie als Hinderniß der Ehe angesehen worden. Ein Senatsschluß aus unbekannter Zeit habe dann angeordnet, daß die Verletzung der Trauerpflicht hinfort keine rechtlichen Folgen mehr nach sich

ziehen solle; durch eben denselben sei aber bei der nach dem Tode des Mannes übereilten Ehe die Infamie der Frau und des neuen Ehemanns bestätigt. In einer Stelle Ulpian's werde deshalb die Trauer allgemein, und ohne Unterschied der Geschlechter, als eine bloße Sache der Pietät, ohne rechtliche Folgen, insbesondere ohne die Folge der Infamie dargestellt. Bei der völligen Uebereinstimmung dieser Stelle mit dem erwähnten Senatsschluß sei es unbegreiflich, daß neuere Schriftsteller, z. B. Cuiacius, dieselbe für interpolirt hätten halten können.

Zunächst muß nun die Behauptung, welche Savigny seiner ganzen Untersuchung zu Grunde legt, angefochten werden,

Daß in der Eingehung einer Ehe während der Trauerzeit keine Verletzung der Trauer liege, ist höchstens wahr für die Trauer um Eltern und Kinder, nicht für die um den verstorbenen Ehemann. Wir wollen absehen davon, daß nach der Volkssitte Eheschließungen von Handlungen und Kennzeichen der Frömmigkeit begleitet waren. Selbst wenn die neue Ehe ohne solche Handlungen „in gesammelter Stille des Gemüths“ eingegangen wurde, so lag darin nach der Anschauung der Römer, ganz abgesehen von der Gefahr der *turbatio sanguinis*, eine Verletzung der Achtung und Pietät, welche die Frau dem Andenken dessen, mit dem sie bisher in der Ehe gelebt, schuldig war.⁴²⁾ Deshalb gewährte die *Lex Iulia* einer Frau nach dem Tode ihres Mannes unbedingt ein volles Jahr hindurch *vacatio*, und die *L. Papia* verdoppelte diese Frist sogar, vielleicht, weil man erkannt haben mochte, daß man anständiger Weise einer Wittve doch etwas mehr, als die gesetzliche Trauerzeit zugestehen müsse.

⁴²⁾ Uebrigens ist es schon eine alte Streitfrage, ob die Wittve nur wegen des *metusurbationis sanguinis*, oder auch wegen der *reverentia marito debita* ein Jahr lang ledig bleiben mußte. Die erste Auffassung vertraten namentlich Corn. van Bynckershoek *Observ. V. 12* und die bei Schulting-Smallenburg *Notae ad Dig. I. p. 417* Citirten. Sie hat nach Savigny's Ausführung auch heute noch viele Anhänger. Vergl. z. B. Puchta *Pandekten* §. 429, Walter *Röm. Rechtsgesch. II. §. 532*, Geiger in *d. Ztschr. f. Civilt. u. Pr. XIX. S. 219, 220 u. A.* Die andere wird vertheidigt von Cuiacius an verschiedenen Orten, Püttmann *Interpr. et Observ. Cap. 33*, M. Roever *ad loca quaedam iuris civilis depravata*, in Oelrich's *Thesaur. dissert. Vol. I. p. 168, 169*, Scipio Gentilis *de sec. nupt. Opp. omnia Tom. II. Neap. 1763 p. 225*, Schulting-Smallenburg *l. c. p. 416, 417* und von Neueren z. B. von Vangerow *Pandekten I. S. 227 Anm. 2.*

Einen Beweis für seine Ansicht will Savigny in der Stelle des Festus s. v. Minuitur finden: . . . *privatis (minuitur luctus), cum liberi nati sunt . . . cum desponsa est*. Hier soll gesagt sein, daß die Trauer einer Frau dadurch, daß sie sich verlobe, abgekürzt, d. h. ausnahmsweise beendet werde: wenn also nun auf das Verlöbniß die Ehe selbst folge, so geschehe dies ja zu einer Zeit, worin die Trauer bereits beendet sei, die also dadurch nicht mehr verletzt werden könne. So viel ich sehe, ist aber in der Stelle nur von einer Verringerung, einer Erleichterung, nicht von einer vollständigen Aufhebung der Trauer die Rede. Man soll, wenn irgend ein frohes Familienereigniß eintritt, zum Zweck der Feier desselben nicht ganz an die strengen Trauervorschriften gebunden sein. Auch die Vaticanischen Fragmente §. 321 statuiren Abstufungen der Trauer und unterscheiden zwischen dem *lugere* und *sublugere*.

Daß in dem angeblichen Gesetz des Numa jene beiden Vorschriften als verschiedene neben einander gestellt werden, hat seinen guten Grund, denn neben der gewöhnlichen Trauerpflicht, der Beobachtung der *tristia signa*, welche der Frau sowohl für andere Verwandte, als ihren Mann obliegt, trifft die Wittve dem verstorbenen Manne gegenüber noch eine besondere Trauerpflicht, die Enthaltung von einer neuen Ehe während des *annus luctus*. Dieser Pflicht liegt nicht allein die Furcht vor der *turbatio sanguinis*, sondern vorzugsweise die Rücksicht auf das Andenken des verstorbenen Mannes zu Grunde. Savigny hält dies für eine Verwechslung und meint, dieselbe erkläre sich daraus, daß der Prätor zur Bestimmung des Begriffs einer übereilten Ehe denjenigen Zeitraum gebraucht habe, worin der Sitte nach die Wittve ihren Mann in der Regel zu betrauern hatte. Es habe nun sehr nahe gelegen, dasjenige, was nur als Zeitbestimmung für den Fall der Infamie habe dienen sollen, als den Grund der Strafbarkeit anzusehen, da doch dieser Grund lediglich in der Gefahr gelegen habe, daß für ein bald nachher gebornes Kind der wahre Erzeuger ungewiß werden konnte.

Alein wenn die Enthaltung von einer neuen Ehe gar nichts mit der Trauer zu thun gehabt hätte, wie wäre der Prätor zu jener merkwürdigen Bezeichnung des Zeitraums gekommen, wie könnte Savigny selbst jene beiden Regeln auch nur als verwandte bezeichnen?

Am besten aber lassen wir die Zeugnisse der Alten selbst reden, von denen die wichtigsten schon Cuiacius angeführt hat. Cuiacius stellt nämlich *Observ. VI. 32* folgende Sätze auf: *Si morte mariti solvatur matrimonium, aut more maiorum lugeri debet maritus, aut non . . . Si lugeri debet, sive sit praegnans sive non, nubere alii non potest intra legitimum tempus, olim decem menses, hodie annum, nisi hoc a Principe impetraverit, ut sibi intra legitimum tempus nubere liceat.*⁴³⁾ . . . *Id tamen mulier non impetrabit, si praegnans sit.* Für diese Sätze beruft er sich auf *Dio Cassius libr. LIX: καὶ τὰ πένθῃ πάντα ἐπέσχευ ὥστε καὶ ταῖς γυναῖξι ταῖς τῶν ἀνδρῶν ἐστερημέναις γαμεῖσθαι, καὶ πρὸ τοῦ καθήκοντος χρόνου ἄνγε μὴ ἐν γαστρὶ ἔχουσιν ἐξεῖναι.*

Aus dieser Stelle ergibt sich auf das Unzweideutigste, daß die Frauen, selbst wenn sie nicht schwanger waren, also keine Gefahr der *turbatio sanguinis* vorlag, die gesetzliche Trauerzeit hindurch unverehelicht bleiben mußten, wenn ihnen nicht ein Decret des Kaisers oder Senats in diesem Falle das Heirathen gestattet. Auch nach *Ovid Fast. I, 33 sqq.:*

*Quod satis est, utero matris dum prodeat infans,
Hoc anno statuit temporis esse satis.*

Per totidem menses a funere coniugis uxor

Sustinet in vidua tristia signa domo,

gehört, wenn wir die Stelle unbefangen erklären, das Verbleiben in *vidua domo* zu den Zeichen der Trauer. Ganz zweifellos wird aber das Ledigbleiben während der Trauerzeit als eine den Manen des früheren Ehemannes zu erweisende Pietät bei *Apulej. Metamorph. Lib. VIII* dargestellt: *Quae res cum meum pudorem, tum meae salutis commodum respicit, ne forte immaturitate nuptiarum indignatione iusta manes acerbos ad exitium salutis tuae suscitemus.*⁴⁴⁾

⁴³⁾ Den Grund, aus welchem die Wittve innerhalb des Trauerjahres nicht heirathen dürfe, giebt er im *Lib. de divers. temp. praescr. c. 20* an: *At viro mortuo idem non esse dicendum arbitror: nam et si peperit intra annum, elugere virum debet, quia non tantum propterurbationem sanguinis luctus indicitur, sed et propter reverentiam mariti, nisi sit vir luctu indignus.*

⁴⁴⁾ Die im Text vertheidigte Auffassung der Trauervorschriften ist auch die der byzantinischen Juristen. Vergl. *Schol. παραχρημα δύναται γα-*

Manche Juristen, z. B. Buchta (Bandekten §. 429) und Sintonis (Gemeines Civilr. III. S. 90. Anm. 15) nehmen an, erst in Folge der späteren kaiserlichen Gesetzgebung habe die Vorschrift der Chelofigkeit der Wittve während eines Jahres ihren früheren Zusammenhang mit der Fürsorge für die Gewißheit der Paternität verloren und den Character einer Straffsanction gegen die Verletzung des Anstandes und der guten Sitte angenommen. Allein nirgends ist in diesen späteren Gesetzen angedeutet, daß der erwähnte Gesichtspunkt neu hinzugekommen sei.⁴⁵⁾ Umgekehrt wird es als *ius notissimum* bezeichnet, daß die Frau, quae nequaquam luctus religionem priori viro nuptiarum festinatione praestiterit, infam werde (L. 1. C. de secund. nupt. 5, 9). Allein Ulpian soll nach Savigny das

μειν (4) zu Basil. XXI. 2. c. 11: Τοῦ Νικαιεύς. Ἐν ᾧ ἀνὴρ ἦν τῶν μὴ πενθουμένων. περὶ τούτων γὰρ τὸ νόμιμον διδάσκει καὶ ἀνάγνωθ καὶ τὸν Παλαιόν· εἰ γὰρ τῶν πενθουμένων ἦν, τὸν ἐναιυτὸν ὅλον ἀναμεινέει, κἂν ἐντὸς αὐτοῦ τέκη, τοῦτο μὲν καὶ διὰ τὴν τῆς γονῆς σύγχυσιν, τοῦτο δὲ καὶ διὰ τὴν τιμὴν τοῦ ἀνδρός. Ferner Harmenopol. Manuale legum IV. 7. (6.) 31. (ed. Heimbach p. 506): Αἱ τῶν πενθουμένων καὶ αἱ τῶν μὴ πενθουμένων ἀνδρῶν γαμεταὶ κωλύονται ἐπὶ τῷ πενθίμῳ καιρῷ γαμεῖσθαι.

32. Η ἐν τῷ πενθεῖν τὸν ἄνδρα γεννήσασα ἔτι κωλύεται γάμῳ προσελθεῖν. Ἡ δὲ τεκοῦσα ἐν τῷ πενθίμῳ παραχρῆμα δύναται γαμεῖν· τὸ μὲν ἐν περὶ ἀνδρός ἀξίου πενθεῖσθαι· τὸ δὲ ἕτερον περὶ τοῦ μὴ ἀξίου πενθεῖσθαι.

Ἐφθλ. Ἰστέον δὲ ὅτι κατὰ δύο αἰτίας ὁ πένθιμος ἐκπύσθῃ χρόνος, διὰ τὸ μὴ σύγχυσιν γίνεσθαι τῆς γονῆς καὶ διὰ τὴν ὀφειλομένην αἰδῶ καὶ τιμὴν τῷ ἀνδρί· Αἱ οὖν γυναῖκες τῶν μὴ ἀξίων πενθεῖσθαι διὰ τὸ εἰς δημόσια τυχὸν περιπεσεῖν ἐγκλήματα, μετὰ τὸν τόκον οὐ κωλύονται καὶ ἐν τῷ πενθίμῳ γαμεῖσθαι· αἱ δὲ τῶν ἀξίων πενθεῖσθαι γαμεταὶ καὶ μετὰ τὸν τόκον γαμεῖσθαι ἐν τῷ πένθει κωλύονται, διὰ τὴν ὀφειλομένην αἰδῶ καὶ τιμὴν τῷ ἀνδρί· εἰ μὴ κατὰ κέλυσιν βασιλέως τοῦτο ποιήσῃ.

Ἐφθλ. 2. Ἐπὶ τῶν γυναικῶν τῶν ἐντίμων ἀνδρῶν ἡ τεκοῦσα ἐν τῷ πένθει κωλύεται γαμεῖν· τὸ μὲν γὰρ πένθος ἐπὶ τῶν γυναικῶν τῶν ἐντίμων ἀνδρῶν λέγεται, ὁ δὲ πένθιμος ἐπὶ τῶν ἀτίμων. Ἡ μὲν οὖν γυνὴ τοῦ ἀνδρός τοῦ ἀτίμου, ἐφ' ἧς ὁ πένθιμος χρόνος λέγεται, μετὰ τὸ τεκεῖν οὐ κωλύεται γαμεῖσθαι. οὐ γὰρ διὰ τὴν τιμὴν τοῦ τετελευτηκότος πρὸ τοῦ γεννήσαι ἐκώλυτο αὐτὴ γαμεῖσθαι, ἀλλὰ διὰ τὴν τῆς γονῆς σύγχυσιν· ἡ δὲ τοῦ ἐντίμου γυνὴ ἐφ' ἧς τὸ πένθος λέγεται, κἂν τέκη· ἀλλ' οὖν τὸν χρόνον ὀφείλει φυλάξαι· ἐπεὶ οὐ διὰ μόνην τὴν σύγχυσιν τῆς γονῆς κωλύεται ἀλλὰ καὶ διὰ τὴν τιμὴν τοῦ τετελευτηκότος.

⁴⁵⁾ Man kann höchstens zugeben, daß die alte heidnische Auffassung einer mehr christlichen Färbung desselben Gedankens weicht.

Gegentheil bezeugen: er soll erstens ausdrücklich sagen, daß die im Edict vorkommende Erwähnung der Trauer eine bloße Zeitbestimmung sei; ferner, daß das Verbot und die Infamie ganz weg falle, wenn die Wittve nach des Mannes Tode ein Kind geboren habe. Bevor wir auf die hier in Frage kommende Stelle Ulpian's eingehen, wollen wir an den in den Digesten überlieferten Worten des Edicts selbständig prüfen, ob die dasselbst vorkommende Erwähnung der Trauer wirklich als bloße Zeitbestimmung gemeint sei. Die Worte lauten: *et qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit.* Savigny meint nun, wenn man den ganzen Passus *intra id tempus quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret* mit *collocaverit* verbinde, wie es jeder auf den ersten Anblick thun werde, so schlössen jene Worte so verstanden eine vollkommen müßige Wiederholung in sich: denn die Worte *intra id . . . moris est*, sagten (so verstanden) genau dasselbe wie die folgenden *antequam virum elugeret*. Man müsse also die Worte *intra id tempus . . . moris est* zu den vorhergehenden Worten *cum eum mortuum esse sciret* als nähere Bestimmung des *mortuum esse* ziehen. Die Worte *cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus quo elugere virum moris est* sollen nun bedeuten: obwohl er wußte, daß der Tod seines Schwiegersohns in einen solchen Zeitpunkt falle, seit welchem die Trauerzeit noch nicht abgelaufen war. Mir scheint es nun sprachlich völlig unmöglich, daß dieser an sich sehr vernünftige Sinn durch jene Worte ausgedrückt werde.

Das *tempus luctus* ist doch zu berechnen *ex die mortis mariti*, wie kann man also wohl sagen: *mortuus est intra id tempus quo elugere virum moris est*. Allerdings ist nun nicht zu läugnen, daß jener von Savigny wiedergegebene Sinn irgendwie in der Stelle enthalten sein muß. Es wird auf einen Fall schuldloser Unwissenheit hingedeutet; wenn man aber die Worte *cum eum mortuum esse sciret* für sich erklären will, so würde, wie Savigny mit Recht sagt, jener unschuldige Fall so gedacht werden müssen, daß der Vater glaubte, sein erster Schwiegersohn sei noch am Leben, und man käme also zu dem Unsinn, daß der Vater tadellos sein sollte, wenn er zur Zeit

der zweiten Ehe den ersten Schwiegersohn noch am Leben glaubte. Nun lesen aber die Vaticanischen Fragmente nach Mommsen: cum eum mortuum esse tum sciret, und es ist höchst wahrscheinlich, daß auch in dem Edict der Digesten ursprünglich stand: cum eum mortuum tum esse sciret, und das Wörtchen tum wegen seiner Ähnlichkeit mit dem vorhergehenden tuum durch eine Flüchtigkeit des Abschreibers weggefallen ist. Bei dieser Lesart kommt der Sinn heraus: obwohl er wußte, daß der frühere Schwiegersohn zu dem und dem (bestimmten) Zeitpunkte gestorben war. Der unschuldige Fall ist nun eben so zu denken, wie Savigny ihn angiebt: Vater und Tochter haben den Tod des Schwiegersohns resp. Mannes erfahren, aber sie befinden sich in entschuldbarer Unwissenheit, vielleicht gar im Irrthum über den Zeitpunkt des Todes. Die Worte intra id tempus quo elugere virum moris est werden wir also mit collocaverit verbinden müssen; und können auch nicht zugeben, daß sie genau dasselbe sagen wie die folgenden antequam virum elugeret. Die ersten Worte kann man noch allenfalls als eine bloße Zeitbestimmung ansehen, dagegen durch die folgenden Worte antequam virum elugeret wird ganz unzweideutig das Verbot der Ehelosigkeit während jenes Zeitraumes in Verbindung mit der Trauerpflicht gebracht. Ja, dieser Zusammenhang wurde so ernst genommen, daß sogar, wenn die Frau erst nach Ablauf des legitimum tempus den Tod des Mannes erfahren, sie vor neuer Verheirathung ipsa die et sumere lugubria et deponere muß.

Wenden wir uns jetzt zu L. 11 §. 1 sqq. D. de his qui not. inf. Ulpian stellt hier den Satz auf, daß auch die Wittve eines Mannes quem more maiorum lugeri non oportet, sich innerhalb des legitimum tempus nicht verheirathen dürfe, und motivirt ihn durch die Worte: Praetor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur; qui solet elugeri propterurbationem sanguinis. Allerdings betont Ulpian damit stark den Gesichtspunkt der turbatio sanguinis. Dazu konnte er sich schon insofern veranlaßt sehen, als gewiß gerade zu seiner Zeit die alte heidnische, unter der Aufsicht der pontifices stehende Trauerordnung keine rechte Kraft mehr hatte; er mußte es aber gerade hier thun, da er nur so den Satz, daß selbst die Wittve eines der Trauer unwürdigen Mannes während des legitimum tempus ledig bleiben müsse, rechtfertigen konnte. Und dennoch bezeichnet

er jenen Gesichtspunkt durchaus nicht als den allein maßgebenden, sondern sagt nur: *qui solet elugeri propter turbationem sanguinis*. Im §. 2 fährt Ulpian so fort: *Pomponius eam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, putat statim posse nuptiis se collocare; quod verum puto*. Faßt man diese Worte rein für sich in's Auge, so gewinnt es allerdings den Anschein, als sollten sie eine absolut gültige Behauptung aussprechen. Wenn man aber nicht übersieht, daß in dem vorhergehenden und ebenso in dem folgenden Paragraphen nur von der Wittve eines Mannes die Rede ist, *quem more maiorum lugeri non oportet*, so kann man nicht zweifeln, daß der §. 2 sich auch nur auf sie beziehen soll.⁴⁶⁾

Wir sind zu dem Ergebnis gelangt, daß die zweite der dem Numa zugeschriebenen Vorschriften sich im Wesentlichen unverändert auch in der christlichen Zeit erhalten hat. Nicht dasselbe gilt von der ersten Vorschrift, nahe Verwandte durch angemessene Kleidung, durch Vermeidung der Theilnahme an Gastmählern u. s. w. eine bestimmte Zeit hindurch zu betrauern. Savigny behauptet sogar, daß dieselbe schon durch einen vor Ulpian's Zeiten fallenden Senatsschluß beseitigt sei, und bestreitet gerade deshalb die von Guiacius angenommene Interpolation der L. 24 D. de his qui not. inf. Zunächst nun ist es nicht unzweifelhaft, ob in L. 15 C. 2, 12 wirklich von einem jene Trauerpflicht ganz abschaffenden Senatsbeschluß die Rede ist. Die Basiliken wenigstens verstehen die Worte „*Decreto amplissimi ordinis luctu feminarum deminuto, tristior habitus ceteraque hoc genus insignia mulieribus remittuntur*“ nur von einer vorübergehenden Maßregel.⁴⁷⁾

Εἴ ποτε δόγμα συγκλήτου μειώσει τὰ πένθη τῶν γυναικῶν, τὸ μὲν στυγνότερον σχῆμα καὶ τὰ λοιπὰ τοῦ πένθους ἐσθότε συγχωρεῖσθαι ταῖς γυναιξὶ διὰ τῆς τοῦ πένθους συγχωρήσεως.

Und ebenso sagt Gujaz in Comm. in Lib. II. Quaest.

⁴⁶⁾ Diese Erklärung der Stelle findet sich schon bei Püttmann l. c. p. 169: *Enimvero quisquis d. l. 11 ab initio legerit, continuo animadvertet, unice ibi de marito agi, quem lugeri non oportet und neuerdings bei Vangerow Pandekten I. §. 227 Anm. 2 sub 1.*

Zweifelnd äußert sich Kellier Pandekten §. 409 Anm. 1 (S. 709).

⁴⁷⁾ Schol. 2 zu Basil. XXI, 3 c. 14 (Heimb. II p. 458).

Papin.⁴⁸⁾: et secundum hoc explicanda est l. 15 C. ex quib. caus. inf. irrog. quae vulgo perperam accipitur, et posset multis imponere, ut mulieri lugenti virum remittatur vestis atra, tristior habitus et insignia doloris, quod nunquam fuit observatum generaliter: neque ea est sententia legis, ut Senatusconsulto sit remissus mulieribus tristior habitus . . . et haec est sententia illius legis: si quando Senatusconsulto ex aliqua causa remittatur et minuatur luctus, ut accidit post Cannensem cladem e. q. s.

Es ist mir nicht unwahrscheinlich, daß diese schon in der spätern heidnischen Zeit nicht mehr mit der alten Strenge gehandhabten Trauervorschriften durch das Christenthum, welches den gesetzlich vorgeschriebenen externa signa moestitiae abhold war, und mehr Gewicht auf die freiwillige, aus dem Herzen kommende Pietät legte, allmählig beseitigt worden sind. Justinian hätte dann dieses Resultat durch Aufnahme der L. 15 C. ex quib. c. inf. irr. in sein Gesetzbuch sanctionirt, welches Gesetz im Sinne der justinianischen Compilation so, wie Savigny u. A. es thun, auszulegen wäre. Sollte aber auch das Gesetz Gordian's schon nach seinem ursprünglichen Sinne auf einen die Trauerpflicht definitiv abschaffenden Senatsbeschluß hinweisen, so dürfte man diesen m. E. nach unbefangener Auslegung nicht in ganz unbestimmte Zeit, sondern müßte ihn mit Rudorff in die Gegenwart, in die Zeit Gordian's selbst (remittuntur-permittitur), etwa das Jahr 239 n. Chr., verlegen. Ulpian ist nun schon im Jahre 228 n. Chr. ermordet, kann also in seinen Schriften den durch jenen Senatsbeschluß geschaffenen Rechtszustand nicht mehr dargestellt haben. Wenn dennoch die aus dem 8ten Buch seines Edictscommentar's entlehnte L. 23 D. 3, 3 sagt, daß auch die nächsten Verwandten nur secundum pietatis rationem et animi sui patientiam, prout quisque volnerit, zu betrauern seien, so muß dieselbe entweder aus einem Zusammenhange gerissen sein, welcher klar zeigte, daß jene Aeußerung sich nur auf Männer bezog, oder es liegt geradezu eine Interpolation vor. Diese Annahme wird auch dadurch unterstützt, daß der Jurist, aus dessen Schriften das Vaticanische Bruchstück entlehnt ist, also Ulpian oder Paulus, in seinem Commentar

⁴⁸⁾ Opp. Ed. Neap. 1722 p. 31.

die Trauervorschriften bis in's Detail offenbar als noch geltend auseinandergelegt (nam lugendi eos mulieribus moris est . . . Lugendi autem sunt parentes anno . . . minor trimo non lugetur, sed sublugetur; minor anniculo neque lugetur, neque sublugetur). Savigny meint, jener Senatsschluß sei in eine Zeit gefallen, worin Aenderungen im Text des Edicts immer seltner geworden seien, und endlich ganz aufgehört hätten. Wenn aber jene antiquirte Vorschrift über die Trauerpflicht im Text des Edicts stehen geblieben sei, so könne es uns auch nicht befremden, daß Paulus oder einer seiner Zeitgenossen sie auch noch commentirte. Ohne Zweifel habe er hinterher bemerkt, daß der Senat die Infamie für diesen Fall aufgehoben habe, obgleich diese Bemerkung in dem kleinen Excerpt aus jenem Commentar zufällig nicht vorkomme. — Es ist unnöthig zu zeigen, daß diese Auseinandersetzung auf willkürlichen Annahmen beruht.⁴⁹⁾

⁴⁹⁾ Beizustimmen ist Savigny aber gewiß in der Behauptung, daß auf die von allen übrigen sicheren Nachrichten völlig abweichende Stelle des Paulus Lib. I. Tit. 21 §. 13 kein Gewicht zu legen ist, wenn ich mir auch sein allgemeines Urtheil über den Codex Vesontinus, aus dem jene Stelle entlehnt ist, nicht ohne Weiteres aneignen möchte. Der Codex Vesontinus muß, wenn er auch das *breviarium Alaricianum* enthielt, zu den Handschriften gehört haben, in welche noch einzelne aus dem achten Paulus entnommene Sentenzen eingeschrieben waren. Huschke äußert darüber in d. Iurispr. Antejust. p. 339/357 not. 4 Folgendes: *Verisimile est, in caeteris occidentis partibus extra regnum Visigothorum (nam hic antiquum ius per novam legem Romanam abolitum erat) genuinarum Paulli sententiarum codices diutius in usu fuisse et postea Francorum regno prolatato etiam ab his, qui in Gallia meridiana ius docerent, usurpari coeuisse. Ibi enim scholas antiquos libros retinuisse, exceptis fortasse Gaii Institutionibus, probat remissio ad Paulli Responsa sub titulo de re uxoria in Interpr. Th. C. III. 13, 2. Cf. Isidor. Orig. 5, 14 et Const. Omnem reip. §. 1.* Dennoch, glaube ich, hat Savigny darin Recht, daß der Codex Vesontinus an dieser Stelle einen stark überarbeiteten Text darbietet.