


---

This is the **accepted version** of the review article:

Stagl, Jakob Fortunat; «Die Funktionen der utilitas publica». Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Vol. 134 Núm. 1 (2017), p. 514-523. 10 pàg. DOI 10.26498/zrgra-2017-0115

---

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/306664>

under the terms of the  <sup>IN</sup> COPYRIGHT license

## Die Funktionen der *utilitas publica*<sup>1</sup>

**Abstract:** What is the function of the category *utilitas publica* in the writings of the classical jurists? It serves to legitimate *leges publicae*, as in the case of Augustus' *lex Iulia et Papia*. Secondly *utilitas publica* is cited as the rationale of a given *lex publica* for the purpose of its interpretation, and in the third instance it is a guideline for the creation of new law by the jurists themselves. The part of Roman law which is derived from *utilitas publica* is called *ius publicum*. In this sense it has an assortative function. – **Keywords:** *utilitas publica*, *ius publicum*, *lex publica*, *res publica*, *lex Iulia et Papia*, Cicero

Was meinen die Juristen mit *utilitas publica*, welche Funktion erfüllt dieser Begriff? Auf diese Frage gibt es nach wie vor keine befriedigende Antwort, obwohl das Thema schon öfters Gegenstand bedeutender Abhandlungen war<sup>2</sup>, zuletzt von Roberto Scevola. Im Folgenden gilt es zu zeigen, dass *utilitas publica* die Zentralperspektive für einen bestimmten, noch näher zu bestimmenden Teil römischer Gesetzgebung, Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung war, eine Einsicht, auf welche der Interpolationismus den Blick bislang versperrte<sup>3</sup>.

### I. Gesetzgebung:

Überblicken wir das von Scevola gründlich aufbereitete Material, können wir in knappen Worten die Geschichte unseres Themas etwa wie folgt zusammenfassen: Natürlich finden sich Vorläufer der *utilitas publica* bei den griechischen Philosophen; die Sophisten hatten sich auf den Standpunkt gestellt, dass das Recht das sei, was dem Stärkeren nütze<sup>4</sup>, eine Auffassung, deren düstere Kälte wohl nichts deutlicher zeigt als der Dialog der Athener mit den Meliern während des Peloponnesischen Krieges<sup>5</sup>. Platon<sup>6</sup> und später Aristoteles<sup>7</sup> wehrten sich gegen diese Auffassung, indem sie das der Gemeinschaft Nützliche und das Rechte miteinander identifizieren. Über Karneades dürften diese Gedanken in der Mitte des 2. Jh. v.Chr. nach Rom gelangt sein<sup>8</sup>. Dort begegnet die Idee in einer noch zu besprechenden Rede des Staatsmannes Quintus Metellus Macedonicus aus dem Jahre 131 v.Chr., der eigentliche Begriff aber findet

---

<sup>1</sup> Aus Anlass von R. Scevola, *Utilitas publica*, 1: Emersione nel pensiero greco e romano, 2: Elaborazione della giurisprudenza severiana (= *L'arte del Diritto*), CEDAM, Mailand 2012, 420 + 408 S.; besprochen von S. Castán, *Seminarios Complutenses* 27 (2014) 520–535; P. Santini, *Index* 43 (2015) 153–164.

<sup>2</sup> H. Ankum, *Utilitas causa receptum – On the pragmatistical methods of Roman lawyers*, in: J.A. Ankum et al. (Hgg.), *Symbolae M. David*, Leiden 1968, 1ff.; J. Gaudemet, *Utilitas publica*, *Revue Historique* 29 (1951) 465ff.; U. Leptien, *Utilitatis causa*, *Zweckmäßigkeitssentscheidungen im römischen Recht*, in: *Studia et Documenta Historiae Iuris* 35 (1969) 51ff.; G. Longo, *Utilitas publica*, in: *Labeo* 18 (1972) 7ff.; A. Steinwenter, *Utilitas publica – utilitas singulorum*, in: *Fs. P. Koschaker*, Bd. 1, 1939, 88ff.

<sup>3</sup> Scevola hingegen verteidigt durchgängig die Echtheit der im folgenden angeführten Texte.

<sup>4</sup> Plat. *Gorg.* 483 A.

<sup>5</sup> Thuc. 5,84–116.

<sup>6</sup> Plat. *pol.* 333f.

<sup>7</sup> Aristot. *eth. Nic.* 1116 a und *pol.* 1278 b, 1280 b, 1281 b, 1283.

<sup>8</sup> Besonders klar hierzu Steinwenter (Fn. 2) 88ff.; ausführlich auch Scevola (Fn. 1), Bd. 1, 1–285.

sich, wie kaum anders zu erwarten, wohl zuerst bei Cicero. Die *res publica* und das sie vollziehende *ius* dienen für Cicero dem Gemeinwohl, also der *utilitas publica*, sie ist der Fluchtpunkt seiner Staatsphilosophie<sup>9</sup>; diese ist dabei nicht als etwas rein Empirisches zu begreifen, sondern wertgeladen: *recteque Socrates exsecrari eum solebat qui primus utilitatem a iure seiunxisset*, schreibt Cicero<sup>10</sup>. Blicken wir auf einige wesentliche Texte:

Cicero off. 1,22: Sed quoniam, ut praeclare scriptum est a Platone, non nobis solum nati sumus ortusque nostri partem patria vindicat, partem amici, atque, ut placet Stoicis, quae in terris gignantur, ad usum hominum omnia creari, homines autem hominum causa esse generatos, ut ipsi inter se aliis alii prodesse possent, in hoc naturam debemus ducem sequi, communes utilitates in medium adferre, mutatione officiorum, dando accipiendo, tum artibus, tum opera, tum facultatibus devincire hominum inter homines societatem.

Hieraus erhellt, dass Cicero von einer – von der Natur vorgegebenen – Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums ausgeht<sup>11</sup>, welche nach einem für diesen Denker typischen Gedanken in der Rechtsordnung ihren Ausdruck findet<sup>12</sup>. Weitgehend dieselbe Idee findet sich auch in einem Text aus der ‚Republik‘:

Cic. rep. 1,39: Est igitur, inquit Africanus, res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communiione sociatus. eius autem prima causa coeundi est non tam inbecillitas quam naturalis quaedam hominum quasi congregatio; non est enim singulare nec solivagum genus hoc, sed ita generatum ut ne in omnium quidem rerum affluentibus copiis.

Die zur Gemeinschaft drängenden Menschen vereinigen sich in der *res publica*, und diese ist nicht einfach eine Anhäufung von Menschen, sondern ein Zusammenschluss in einer Rechts- und Wohlfahrtsgemeinschaft<sup>13</sup>. Der wörtliche Ausdruck *utilitas publica* findet sich in einer späteren Passage derselben Schrift: Cicero wehrt sich dagegen, eine vermeintliche, da grausame *utilitas* vor das *honestum* zu stellen. So sei es das Trugbild der Nützlichkeit (*publicae utilitas species*), wenn man Fremden, vor allem dem Flüchtling, das Gastrecht verweigere<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Statt aller Th. Mayer-Maly, Gemeinwohl und Naturrecht bei Cicero, in: K. Zemanek (Hg.), Festschrift für Alfred Verdross, 1960, 195ff.; s. auch H.-Th. Johann, Gerechtigkeit und Nutzen – Studien zur Ciceronischen und hellenistischen Naturrechts- und Staatslehre, 1981.

<sup>10</sup> Cic. leg. 1,33.

<sup>11</sup> Hierzu Mayer-Maly (Fn. 9) 200.

<sup>12</sup> Mayer-Maly (Fn. 9) 202.

<sup>13</sup> S. auch Cic. pro Sestio 91f.: *Quis enim nostrum, iudices, ignorat ita naturam rerum tulisse ut quodam tempore homines nondum neque naturali neque civili iure descripto fusi per agros ac dispersi vagarentur, tantumque haberent quantum manu ac viribus per caedem ac vulnera aut eripere aut retinere potuissent? qui igitur primi virtute et consilio praestanti exstiterunt, ii perspecto genere humanae docilitatis atque ingeni dissipatos unum in locum congregarunt eosque ex feritate illa ad iustitiam atque ad mansuetudinem transdixerunt. tum res ad communem utilitatem, quas publicas appellamus, tum conventicula hominum, quae postea civitates nominatae sunt, tum domicilia coniuncta, quas urbis dicimus, invento et divino iure et humano moenibus saepserunt.* Hierzu N. Wood, Cicero's social and political Thought, Oakland/CA 1991, 126.

<sup>14</sup> Cic. off. 3,47: *Male etiam, qui peregrinos urbibus uti prohibent eosque exterminant, ut Pennus apud patres nostros, Papius nuper. Nam esse pro cive, qui civis non sit, rectum est non licere, quam legem tulerunt sapientissimi consules Crassus et Scaevola. Usu vero urbis prohibere peregrinos, sane inhumanum est. Illa praeclara, in quibus publicae utilitatis species prae honestate contemnitur. Plena exemplorum est nostra res publica cum saepe, tum maxime bello Punico secundo, quae Cannensi calamitate accepta maiores animos habuit*

Solchermaßen theoretisch vorgeprägt, tritt die Idee der *utilitas publica* mit der propagandistischen Vorbereitung der Lex Iulia et Papia aus der Sphäre der Politik in die Sphäre des Rechts. Aus dem Munde eines Kaisers hören wir den Begriff in einer programmatischen Rede Tiberius’<sup>15</sup> vor dem Senat, worin der neue Kaiser gelobt, sich in seinen Handlungen vom Respekt für die *utilitas publica* leiten zu lassen:

Tac. ann. 4,38,1: Ego me, patres conscripti, mortalem esse et hominum officia fungi satisque habere si locum principem impleam et vos testor et meminisse posteros volo; qui satis superque memoriae meae tribuent, ut maioribus meis dignum, rerum vestrarum providum, constantem in periculis, offensionum pro utilitate publica non pavidum credant.

Widrigkeiten um der *utilitas publica* Willen auf sich zu nehmen, ist ein Gedanke, der so oft von Tiberius berichtet wird<sup>16</sup>, dass man ihn in der Forschung für einen von ihm wenn auch nicht geprägten<sup>17</sup>, so doch persönlich angenommenen und ausgedrückten Gedanken hält<sup>18</sup>. Es ist durchaus möglich, dass er diese Denkfigur von Augustus übernommen hat, gilt doch die zitierte Passage in der Forschung als fester Beleg dafür, dass sich Tiberius bewusst in die Kontinuität zu seinem Vorgänger stellen wollte<sup>19</sup>.

Der Begriff der *utilitas publica* hat es in sich, zur ‚Staatsraison‘ zu denaturieren<sup>20</sup>: Wie Tacitus uns nämlich berichtet, wurde die Anwendung des *senatus consultum Silanianum*<sup>21</sup> – nach welchem alle Sklaven einer *domus* hinzurichten waren, deren Herr von einem von ihnen ermordet worden war – für einen Fall im Senat ausführlich beraten, in welchem mehr als 360 Sklaven ihr Leben verwirkt hatten: Selbst unschuldige Römer seien bisweilen Opfer abschreckender Strafen, wie etwa die durch Los gezogenen Soldaten einer unbotmäßigen Legion; erst recht, so lautete des entscheidende Argument, müssen die Sklaven also eine solche Strafe über sich ergehen lassen (Tac. ann. 14,44,4): *Nam et ex fuso exercitu cum decimus quisque fusti feritur, etiam strenui sortiuntur. habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra singulos utilitate publica rependitur.*

---

*quam unquam rebus secundis; nulla timoris significatio, nulla mentio pacis. Tanta vis est honesti, ut speciem utilitatis obscuret.*

<sup>15</sup> Eine sehr schwierige Frage ist es, wer hier wirklich spricht, Tiberius oder Tacitus? Die Subtilitäten dieser Frage erhellt Ch. Pelling, *The Spur of Fame: Annals 4.37–8*, in: Ch.S. Kraus (Hg.), *Ancient Historiography and its Contexts: Studies in Honour of A.J. Woodman*, Oxford 2010, cap. 21.

<sup>16</sup> Tac. ann 3,54,6; 6,15,2; auch indirekt bei Suet. Tib. 33.

<sup>17</sup> Sall. hist. frg. Oratio Cottae.

<sup>18</sup> M. Baar, *Das Bild des Kaisers Tiberius bei Tacitus, Sueton und Cassius Dio*, 1990, 44 m. Fn. 3; R. Syme, *Tacitus*, Bd. 1, Oxford 1958, 428 m. Fn. 4.

<sup>19</sup> Nachweise zur Lit. bei E. Cowan, *Tacitus, Tiberius and Augustus*, in: *Classical Antiquity* 28 (2009) 179, 194 mit Fn. 43.

<sup>20</sup> Hierzu Steinwenter (Fn. 2), 91.

<sup>21</sup> D. Dalla, *Senatus Consultum Silanianum*, Mailand 1994; J. Harries, *The Senatus Consultum Silanianum: Court Decisions and Judicial Severity in the Early Roman Empire*, in: P. du Plessis (Hg.), *New Frontiers: Law and Society in the Roman world*, Edinburgh 2013, 51–72.

Aus dieser philosophisch-politischen Sphäre gelangte die Berufung auf die *utilitas publica* mit dem Prinzipat in das Privatrecht<sup>22</sup>, wie wir sehen werden, bereits mit der Lex Iulia et Papia, also um die Zeitenwende<sup>23</sup>. Daraus, dass die wichtigsten Zeugnisse zur *utilitas publica* aus der severischen Zeit stammen, sollte man keine besonderen Schlüsse ziehen, wie Scevola das tut<sup>24</sup>: Die Mehrheit unserer Quellen stammt aus dieser Zeit, und das Fehlen vorseverianischer Zeugnisse kann alle möglichen überlieferungsgeschichtlichen Gründe haben. Weniger verständlich ist, wieso Scevola die nachseverische Epoche nicht behandelt, wo doch hier die Berufungen auf *utilitas publica* geradezu „anschwellen“, wie Steinwenter beobachtete<sup>25</sup>.

Der Begriff der *utilitas publica* evoziert Gemeinwohlbindung der Gesetzgebung, welche aber nicht empirisch zu verstehen ist, sondern als „Wertphilosophie“ (Mayer-Maly<sup>26</sup>), insoweit sie das naturrechtliche *honestum* miteinschließt – so zumindest bei Cicero (s.o.): *in hoc naturam debemus ducem sequi, communes utilitates in medium adferre ...*<sup>27</sup>. Insoweit handelt es sich um eine Naturrechtsbindung der *res publica*, welche es ob ihrer utilitaristischen Formulierung an sich hat, dass sie in ihr Gegenteil verkehrt werden kann, wie das Beispiel des *senatus consultum Silanianum* zeigt. Auf einen Begriff gebracht ließe sich von der ‚essentialistischen Funktion‘ der *utilitas publica* sprechen.

## II. Gesetzesauslegung:

*Utilitas publica* ist nicht nur ein Prinzip der Gesetzgebung, sondern setzt sich in der Auslegung der Gesetze fort; ein Beispiel:

Tryph. D. 49,15,12,3 (4 disp.): Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater eius non posset: nam utique nec dissentire. susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate ut avi erit suusque heres ei quodammodo invito, cum nuptiis non consenserit. non mirum, quia illius temporis condicio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat<sup>28</sup>.

Tryphonin führt das Recht des Haussohnes, auch ohne väterliche Einwilligung zu heiraten, auf die Umstände zurück – Not kennt kein Gebot – und auf *publica utilitas nuptiarum*, also das Interesse der Gemeinschaft an Ehe und Nachwuchs. Der aufgrund des unautorisierten Eheschlusses geborene Enkel ist damit in der Gewalt des Großvaters, sofern er aus der Gefangenschaft zurückkehrt, und ~~auch dann~~ seinen Hauserben zuzurechnen, wenn dies auch gegen seinen Willen ist. Der Text statuiert also eine Ausnahme von einer allgemeinen Regel um der *utilitas publica nuptiarum* willen.

---

<sup>22</sup> M. Kaser, Das römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, 185.

<sup>23</sup> Zu Inhalt und Datierung: R. Astolfi, Lex Iulia et Papia, 4. Aufl. Mailand 1996; A. Mette-Dittmann, Die Ehegesetze des Augustus, 1991.

<sup>24</sup> Ausführlich Scevola (Fn.1), Bd. 2, 7.

<sup>25</sup> Steinwenter (Fn. 2) 93ff. mit Nachweisen.

<sup>26</sup> Mayer-Maly (Fn. 9) 22.

<sup>27</sup> S. auch Cic. off. 3,31.

<sup>28</sup> Scevola (Fn. 1) II 47ff.

Privilegierungen der Ehe aus der *utilitas publica* sind vielfach belegt<sup>29</sup> und lassen sich dank eines ganz besonderen Textes direkt auf die Lex Iulia et Papia zurückführen:

Marcian D. 23,2,19 (16 inst): Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.

Hauskinder können also ihren Vater auf Grundlage der Lex Iulia et Papia zwingen, die Zustimmung zur Heirat zu erteilen, wenn er sie willkürlich verweigert, und die Tochter kann ihn überdies zur Dotierung zwingen. Dieser schwierige Text bedarf einer kurzen Erläuterung<sup>30</sup>. Nachdem er lange Zeit unter Verwendung der üblichen, von Kaser bekanntlich allgemein erledigten<sup>31</sup> Argumenten für manipuliert erklärt worden war, halten ihn neuere Autoren für echt. Ein neues Argument für diese Meinung ergibt sich aus der Delegifizierungs-These Mantovanis: Dieser zufolge ließ Justinian Bezüge auf *leges publicae* in dem Material der Digesten systematisch eliminieren, wie ein Vergleich mit den relativ vielen Gesetzesziten bei dem nicht manipulierten Gaius zeige. Justinian griff zu diesem Mittel, um die Autorität der Kompilation zu stärken<sup>32</sup>. Dies zugrunde gelegt, ist der Rückgriff auf die Lex Iulia et Papia gerade Ausweis der Echtheit und nicht der Manipulation, hätten doch Verweise auf *leges* im Kompilationsprozess nach Möglichkeit gestrichen werden müssen. Wie ist aber das Verhältnis der beiden hier angezogenen #???# Rechtsquellen? Die angesprochene Regel wurde, so die plausibelste Erklärung, von der Lex Iulia et Papia statuiert und durch die Constitutio divorum Severi et Antonini auf die Provinzen ausgedehnt.

Die beiden Texte können parallelisiert werden, wie auch Scevola richtig sieht: Beide Male geht es darum, dass der Hausvater die Zustimmung zur Heirat nicht erteilt, weil er es nicht kann oder zu Unrecht nicht will, und in beiden Fällen; kann das Hauskind die Zustimmung aus eigener Machtvollkommenheit ersetzen oder gerichtlich erzwingen. Der eine Text beruft sich zur Legitimierung dieser Abnormität auf die *utilitas publica*, der anderen auf die Lex Iulia et Papia. Die Berufung auf die *utilitas publica* ist also nicht der Phantasie Tryphonins entsprungen, er arbeitet vielmehr in „denkendem Gehorsam<sup>33</sup>“ gegenüber einem in der Lex Iulia et Papia ausgesprochenen Gesetzesbefehl, Heiraten nach Möglichkeit zu privilegieren. Und die Lex

---

<sup>29</sup> Paul. (6 quaest.) D. 23,3,70 = D. 50,17,85 pr; Pomp. (15 ad Sab.) D. 24,3,1. Hierzu ausführlich J.F. Stagl, Favor dotis – Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts, 2009, 1ff., 27ff.

<sup>30</sup> Scevola (Fn. 1) II 53ff.; ausführlich hierzu auch Stagl (Fn. 29) 38ff.

<sup>31</sup> M. Kaser, Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen, 1979, ND in: Ders., Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, 1986, 112ff.

<sup>32</sup> D. Mantovani, Legum multitudo e diritto privato, Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi, in: J.-L. Ferrary (Hg.), Leges publicae, La legge nell'esperienza giuridica romana, Pavia 2012, p. 708–767; hierzu J.F. Stagl, Die Bedeutung von leges publicae im Römischen Recht: Der Beitrag Mantovanis zur „legum multitudo und Privatrecht“ und die Frage der Privatautonomie bei den Römern, ZRG RA 133 (2016) 445–458

<sup>33</sup> Berühmter Begriff von Ph. Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, 107f.

Iulia et Papia wiederum wurde – so wie es der Gemeinwohl-Theorie Ciceros entsprach – unter Berufung auf die *utilitas publica* legitimiert, nämlich durch die im Senat verlesene<sup>34</sup> Rede des Quintus Metellus Macedonicus *De prole augenda* aus dem Jahre 131 v.Chr.: *Si sine uxore possemus [vivere], Quirites, omnis ea molestia careremus; sed quoniam ita natura tradidit, ut nec cum illis satis commode, nec sine illis ullo modo vivi possit, saluti perpetuae potius quam brevi voluptati consulendum est*<sup>35</sup>.

Es ist also gleichgültig, ob sich ein Jurist direkt auf ein aus der *utilitas publica* hergeleitetes Gesetz beruft, in unserem Fall die Lex Iulia et Papia, oder aber direkt auf die *utilitas publica*, welche sich im konkreten Fall in einem Gesetz mit Anreizen zur Fortpflanzung konkretisiert. Diese Konkretisierung der *utilitas publica* in der augusteischen Bevölkerungspolitik wiederum war in der ciceronianischen Gemeinschaftsethik angelegt, welche gerade darauf pochte, der Mensch müsse *communes utilitates in medium adferre, mutatione officiorum, dando accipiendo*, im konkreten Fall also heiraten und Kinder kriegen.

Der Rückgriff auf die *utilitas publica* erlaubt den Juristen die ‚teleologische Auslegung‘ der aus diesem Prinzip geschaffenen Gesetze. Zugleich zeigt die von Quintus Metellus Macedonicus so knorrig ausgedrückte Denkungsart des *saluti perpetuae potius quam brevi voluptati consulere*, wie tief solches Denken in den staatstragenden Schichten verwurzelt. Augustus konnte sich hierauf für seine Gesetzgebung stützen, was man als legitimatorische Funktion der *utilitas publica* bezeichnen könnte.

### III. Rechtsfortbildung:

Papinian definiert das *ius praetorium* als das, *quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*<sup>36</sup>. Sofern die klassischen Juristen nicht selber die Prätur innehatten, war doch ihre schriftstellerische<sup>37</sup> und beratende<sup>38</sup> Tätigkeit auf dieses Amt hin ausgerichtet. Die Aussage Papinians ist damit zentral für das, was das klassische römische Recht auszeichnete<sup>39</sup>: den großen Handlungsspielraum der Juristen in der Gestaltung des Rechts<sup>40</sup>. Sie müssen sich damit an demselben Kriterium der *utilitas publica* orientieren wie die Gesetzgebung auch, also so handeln wie der Gesetzgeber an ihrer Stelle gehandelt haben würde<sup>41</sup>. Es ist daher nicht recht verständlich, wie Kaser behaupten

---

<sup>34</sup> Suet. Aug. 89.

<sup>35</sup> Gell. 1,6,2.

<sup>36</sup> Pap. (2 def.) D. 1,1,7,1

<sup>37</sup> U. Babusiaux, Der Kommentar als Haupttext – Die Gattung der libri ad Edictum Ulpian, in: D. Kästle/N. Jansen (Hgg.), Kommentare in Recht und Religion, 2014, 1ff.

<sup>38</sup> Kaser, RPR 1 (Fn. 22) 205, 210.

<sup>39</sup> Kaser *ibid.* (Fn. 22) 205, 210: „Die Fülle der Rechtsgedanken des römischen Privatrechts ist zum größten Teil Juristenrecht.“

<sup>40</sup> Warum Scevola sich mit ihm nicht eingehend beschäftigt, ist mir unverständlich.

<sup>41</sup> Ganz als hätte Papinian das Art. 1 Abs. 2 Schweizer ZGB gekannt: „Kann dem Gesetz keine Vorschrift

kann: „Für die Methode der Rechtsfindung haben die Klassiker noch keine Theorie entwickelt, sondern sich mit einer zweckgerechten Technik begnügt“<sup>42</sup>; in ähnlicher Weise spricht Ankum vom „Pragatismus“ der Römer, für welchen *utilitas (publica)* ein argumentatives Vehikel sei<sup>43</sup>. Die Ausrichtung an der *utilitas publica* ist aber, wie wir gesehen haben, ein planvolles Vorgehen zur Rechtsgewinnung und damit eine Methode, die hinter ihr stehende Philosophie eine Theorie. Das belegen auch die auf *utilitas publica* rekurrierenden Ediktslaudationen: Die Juristen belobigen sich darin gewissermaßen selbst, sich in ihrer Rechtsfortbildung von der *utilitas publica* leiten haben zu lassen<sup>44</sup>.

Wenden wir uns einem Beispiel zur Rechtsschöpfung aus der *utilitas publica* zu:

Ulp. D. 26,2,10,4 (36 ad Sab): Servus alienus ita dari tutor potest: ‚si liber erit, tutor esto.‘ quin immo et si pure datus sit, videtur inesse haec condicio ‚cum liber erit‘. potest autem quis et extraneo servo defendere ex hac causa fideicommissariam libertatem: quid enim interest, suum servum an alienum tutorem scripserit, cum pupilli favore et publicae utilitatis adsumpta libertas sit in persona eius, qui tutor scriptus est? potest igitur et huic fideicommissaria libertas defendi, si voluntas apertissime non refragetur<sup>45</sup>.

Der Erblasser kann jeder Person, welche er durch ein Fideikommiss belasten kann, aufgeben, den eigenen oder einen fremden Sklaven freizulassen, sog. *manumissio fideicommissaria*<sup>46</sup>; für die Durchsetzung sorgen eine Reihe von Senatuskonsulten<sup>47</sup>. Vorliegend geht es um die Auslegung einer Bestellung zum Vormund: Auch ein fremder Sklave kann mit den Worten *si liber erit, tutor esto* bestellt werden; fehlt die Bedingung, so ist sie zu supplieren; aus dem Fehlen der Bedingung erwächst dem Sklaven also kein Nachteil. Bestellt man den eigenen Sklaven zum Tutor, so ist das als eine implizit erklärte Freilassung oder ein implizit erklärtes Freilassungsfideikommiss aufzufassen<sup>48</sup>. Wie nun, wenn ein fremder Sklave zum Tutor bestellt wurde: Ist das gleichzeitig als Anordnung der *manumissio fideicommissaria* zu verstehen? Ulpian begründete seine bestätigende Antwort auf zweierlei Weise: Zunächst beruft er sich auf den Erblasserwillen: Wenn man den eigenen Sklaven mit der Bestellung zum Tutor für gewöhnlich freilassen will, dann wird dies auch für den fremden gelten; dieses Verständnis sei, zum anderen, auch im Einklang mit zwei Rechtswerten: dem Interesse des Mündels daran, einen Tutor zu haben (kann doch der Sklave dies *officium* nicht ausüben, ohne vorher

---

entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.“

<sup>42</sup> Kaser, RPR 1 (Fn. 22) 212.

<sup>43</sup> H. Ankum (Fn. 2) 3.

<sup>44</sup> Siehe Ulp. (10 ad ed.) D. 3,5,1; Ulp. (9 ad ed.) D. 3,3,33,2; Ulp. (68 ad ed.) D. 43,8,2,2; Ulp. (68 ad ed.) D. 43,9,1,1; Ulp. (71 ad ed.) D. 43,23,1,7; Ulp. (56 ad ed.) D. 47,9,1,1; allgemein zu deren Funktion und Authentizität U. Babusiaux, Zur Funktion der *aequitas naturalis* in Ulpian's Ediktslaudationen, in: D. Mantovani/A. Schiavone (Hgg.), *Testi e problemi del giusnaturalismo*, Pavia 2007, 603–644.

<sup>45</sup> Scevola (Fn. 1) Bd.,#welcher?# 9ff.

<sup>46</sup> Gai. 2,263–2,272; Kaser, RPR 1 (Fn. 22) 295.

<sup>47</sup> Nachweise bei Kaser *ibid.* (Fn. 22) 295.

<sup>48</sup> Val. u. Gall. C. 7,4,10 pr.; s. auch I. 1,14 pr.



freigelassen worden zu sein), und der *utilitas publica*. Was meint hier dieser Begriff? Sollte die Anordnung ins Leere gehen, dann fehlt dem Mündel nicht nur der Tutor, sondern hat der Sklave auch die Freiheit nicht erlangt – beide Ergebnisse entsprächen nicht der *utilitas publica*. Der erste Rechtswert ist mit dem *favor pupilli* bereits benannt, also geht es um den zweiten Rechtswert, den *favor libertatis*<sup>49</sup>. Das wird bestätigt von Val. u. Gall. C. 7,4,10 pr.: *Etsi non adscripta libertate testator servum suum tutorem filiis suis dederit, receptum est et libertatis et pupillorum favore, ut per fideicommissum manumisisse eum videatur* (a. 260)<sup>50</sup>.

Der *favor libertatis*, welcher nach wie vor einer umfassenden Untersuchung harret, ist ein vielfach in kaiserlichen Konstitutionen ausgesprochenes oder zugrunde gelegtes Prinzip<sup>51</sup>, demzufolge im Zweifel für die Freiheit des Sklaven zu entscheiden ist, was man zusammen mit anderen Erleichterungen des Sklavenstandes als halbherzige Augenauswischerei – so Finley<sup>52</sup> – oder als großherzige Humanisierung und graduelle Abschaffung des Sklavenstandes begreifen kann – so Vogt<sup>53</sup>. Wie kann man aber den *favor libertatis* in die *utilitas publica* einordnen? Ulpian schreibt im ersten Buch seiner Digesten, einem Text, der auch von Justinian an den Anfang seiner Digesten gestellt wurde, D. 1,1,4: *iure naturali omnes liberi nascerentur*. Damit entstand eine Spannung zwischen der Realität der römischen Wirtschaft, die des Sklaven bedurfte wie der Hochofen der Kohle, so Max Weber<sup>54</sup>, und einer Rechtstheorie, welche sich der – natürlichen – Gleichheit des Sklaven und des Freien wohl bewusst war<sup>55</sup>. Dies gilt auch für die römische Gesellschaft im Allgemeinen. So lässt Petronius seinen Trimalchio, einen Freigelassenen, verkünden (71,1): *amici' inquit, et servi homines sunt et aequae unum lactem biberunt, etiam si illos malus fatus oppresserit*. Wer wollte dem widersprechen, dass es im öffentlichen Interesse lag, diesen Widerspruch aufzuheben, indem man die Sklaverei schrittweise abschaffte? Mögen die einen dabei versucht haben zu tun, was im Sinne Ciceros

---

<sup>49</sup> Das übersieht H. Ankum, Der Ausdruck *favor libertatis* in den Konstitutionen römischer Kaiser, in: Th. Finkenauer (Hg.), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht*, 2006, 1, 3.

<sup>50</sup> Derselbe Gedanke findet sich auch in einer Konstitution Justinians, C. 6,27,5,1b: *Cum igitur invenimus a nostro iure hoc esse inductum, ut, si quis servum suum tutorem filiis suis reliquerit sine libertate, ex ipsa tutelae datione praesumatur etiam libertatem ei favore pupillorum imposuisse, quare non hoc et in hereditate et humanius et favore libertatis inducimus, ut, si quis servum suum scripserit heredem sine libertate, omnimodo civis romanus efficiatur* (a. 531)? Hierzu H. Ankum, Ausdruck (Fn. 49) 9.

<sup>51</sup> Nachweise bei J.F. Stagl, Glanz der Rhetorik und Finsternis der Logik in einer Entscheidung Marc Aurels (Marcell. D. 28,4,3 pr.–1), *Fundamina* 20 (2014) 871ff.; P. Starace, Lo statuliber e l'adempimento fitizio della condizione, Bari 2006; A. Wacke, Favor libertatis, Skizze eines Forschungsvorhabens, in: [ohne Hg.] Vorträge gehalten auf dem 28. Deutschen Rechtshistorikertag in Nimwegen, Nijmegen 1992, 21f.

<sup>52</sup> M.I. Finley, *Ancient slavery and modern ideology*, London 1980.

<sup>53</sup> J. Vogt, *Sklaverei und Humanität: Studien zur antiken Sklaverei und ihrer Erforschung*, 1983. Hierzu wiederum: J. Deissler, Cold Case? Die Finley-Vogt-Kontroverse aus deutscher Sicht, in: H. Heinen (Hg.), *Antike Sklaverei: Rückblick und Ausblick, Neue Beiträge zur Forschungsgeschichte und zur Erschließung der archäologischen Zeugnisse*, 2010, 77ff.

<sup>54</sup> M. Weber, *Schriften 1894–1922*, hg. v. D. Kaesler, 2002, 57.

<sup>55</sup> Nachweise J.F. Stagl, De como el hombre llevo a ser persona: los origines de un concepto jurídico en el Derecho Romano, in: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 45 (2016) 373ff.

*honestum* ist, die anderen das, was – nur – *utile* ist, des Sprichwortes eingedenk: *totidem hostes, quot servos*<sup>56</sup>.

Der Rückgriff auf die *utilitas publica* erlaubt also nicht nur, Gesetze sachgerecht zu interpretieren, sondern auch das Recht fortzubilden (methodologische Funktion der *utilitas publica*). Erneut wird freilich die Spannung deutlich, welche mit der verwandten Idee der Staatsraison besteht.

#### IV. Utilitas singulorum – utilitas publica:

Wie wir anhand weniger ausgewählter Beispiele sehen konnten, legitimieren die Juristen wiederum aus der Lex Iulia et Papia abgeleitete Entscheidungen oder aber ihre eigene rechtsschöpferische Tätigkeit aus der *utilitas publica*, so wie Cicero es empfohlen, Augustus es praktiziert und Tiberius es gelobt hatte. *Utilitas publica* ist also eine argumentative Strategie oder überhöhend gesagt: eine Methode, die ihrerseits auf einer am Gemeinwohl orientierten Naturrechtstheorie basiert. Sofern die Kaiser, wie namentlich Augustus, ihre Politik als Ausfluss der *utilitas publica* erklären, wird das offensichtlich von den Juristen als Ausübung einer kaiserlichen Einschätzungsprärogative hingenommen.

Innerhalb der Rechtsordnung nimmt das solchermaßen geschaffene Recht freilich eine Sonderstellung ein, es ist *ius publicum*, wie Ulpian im ersten Buch seiner Institutionen schreibt (D. 1,1,2): *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*. Die wesentliche, sich hieraus ergebende Konsequenz wurde von Papinian formuliert, D. 2,14,38 (2 quaest): *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>57</sup>. Das zeigt sich etwa in der weitestgehenden Unabdingbarkeit des Dotalrechts<sup>58</sup>, einer wesentlich durch die Lex Iulia et Papia umgestalteten Materie<sup>59</sup>, wie dies etwa in Cons. 4,3

---

<sup>56</sup> Sen. epist. 47,5: *Deinde eiusdem arrogantiae proverbium iactatur, totidem hostes esse quot servos: non habemus illos hostes sed facimus*.

<sup>57</sup> Auch: Ulp. (50 ad ed.) D. 50,17,45,1: *Privatorum conventio iuri publico non derogat*. Hierzu instruktiv A. Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Erlangen 1873, § 24 i.f. und § 487 mit Fn. 2.

<sup>58</sup> O. Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. 2, Leipzig 1901, 231. Das heißt „di quel nucleo di principi e di regole poste dall’ordinamento e formanti l’ossatura stessa dell’istituto della dote“; G. Aricò Anselmo, *Ius publicum – ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, APal 37 (1983) 444, 525f. m. Fn. 144.

<sup>59</sup> B. Biondi, *Scritti giuridici*, Bd. 2, Mailand 1965, 142: „Soprattutto è da rilevare come, per effetto delle leggi di Augusto, sorge una nuova concezione dei rapporti patrimoniali tra coniugi. Questi non sono regolati esclusivamente dal regime della *manus* o della convenzione, ma da una esigenza superiore: la dote interessa non soltanto la donna o la ristretta cerchia familiare, ma ha soprattutto la funzione sociale di favorire il matrimonio, tanto che i giuristi arrivano a considerare il regime dotale come un sistema giuridico di interesse pubblico, da cui discende quel favor dotis che giuristi ed imperatori portano a svariate ed importanti conseguenze (...) Il regime dotale si arriva a qualificare come *ius publicum* con la conseguenza della sua inderogabilità (...) una particolare inderogabilità, che si ricollega alle direttive della legislazione augustea“ [Sperrung J.F.S.].

(Paulus sent. lib. I tit. de pact. et conventionibus vel transactionibus) formuliert ist: *Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio iuri publico nihil derogat*<sup>60</sup>.

Nicht die gesamte Rechtsordnung der Römer ist auf die Zentralperspektive der *utilitas publica* hin komponiert, nur jener Teil, der als *ius publicum* qualifiziert wird, weil er im Interesse aller liegt und der ob dieser Qualifikation im Interesse der Privaten nicht abgeändert werden kann<sup>61</sup>. Damit erhebt sich die Frage, was denn genau *ius publicum* sei? Aufgrund der bisher gewonnenen Ergebnisse und angeführten Texte wird man sagen können: das aus der *utilitas publica* geschaffene Recht; eine Aussage, für die wir uns auf Kaser berufen können, sagt dieser doch in Bezug auf das angeführte Zitat aus der Consultatio: „*Ius publicum* und *utilitas publica* stimmen mithin auch hier zusammen“<sup>62</sup>.

Erblickt man solchermaßen in der *utilitas publica* den Boden des *ius publicum*, wird ihre ordnende Funktion deutlich: Sie spaltet das Recht in einen naturrechtlich notwendigen und daher unabdingbaren Teil und in einen lediglich kontingenten, der Autonomie unterliegenden. In diese Funktionstypologie wird sich das übrige Material einordnen lassen.

Santiago

Jakob F. Stagl\*

---

#kein LZ#

<sup>60</sup> Ausführlich hierzu Stagl, Favor dotis (Fn. 29) 295ff.

<sup>61</sup> M. Kaser, Ius publicum und ius privatum, ZRG RA 103 (1986) 1, 44. Es ist falsch, wenn Leptien (Fn. 2) 61, noch dazu unter Berufung auf Tryph. D. 49,15,12,3 meint, dass es *utilitas publicae causa* nicht um das Interesse des Staates oder seiner Institutionen geht, sondern um das Interesse Privater. Auch H. Ankum, Utilitas (Fn. 2) 3f. betont den Pragmatismus im Hinblick auf die *utilitas* zu stark. Die von Ankum l.c. 30 beobachtete Verknüpfung von *utilitas* und *favor libertatis* hat mit Pragmatismus weniger zu tun denn mit Humanismus.

<sup>62</sup> Kaser, Ius publicum (Fn. 61) 44.

\* Der Autor ist Professor für Methodenlehre der Rechtswissenschaft u. Römisches Recht an der Universidad de Chile, Santiago.