

# ***IUS GENTIUM* UND „FEINDESRECHT“: ANNÄHERUNGEN AN TRYPHONINUS D. 49.15.12.9 (4. DISP.)**

---

Christian Baldus\*

## **1. Einleitung: Was sagen die Quellen?**

Nachdenklich und nachdrücklich hat der Jubilar sich dem Verhältnis von Recht und Philosophie gewidmet,<sup>1</sup> damit verbunden dem Völkerrecht und dem *ius gentium*.<sup>2</sup> Um eine Frage aus diesen Gebieten soll es im Folgenden gehen – aus Platzgründen in einiger Verkürzung.

Man pflegt in der Darstellung des *ius gentium* praktische und theoretische Aspekte zu verbinden, bisweilen in unklarer Weise. Man erwähnt die Anwendung der als *ius gentium* bezeichneten Regeln auf Nicht Römer, und man zitiert eine berühmte Stelle aus Gaius' *Institutiones* dafür, dass die Vorstellung von *omnes populi qui legibus et moribus reguntur* diese römische Anwendung des *ius gentium* auf Nicht Römer getragen habe.<sup>3</sup> Was das eine mit dem anderen historisch und politisch zu tun hat, was die realen Funktionen des *ius gentium* waren, das ist kaum sicher zu bestimmen.<sup>4</sup> Schlagwortartig: War es lediglich praktisches Fremdenrecht<sup>5</sup> oder auch Reserverechtsordnung für innerrömische

1 Mittlerweile klassisch: L Winkel, „Le droit romain et la philosophie grecque. Quelques problèmes de méthode“ TR 65 (1997) 373-384.

2 Zuletzt: L Winkel, „Les Peregrini et le droit romain“, in: E Chevreau / D Kremer / A Laquerrière-Lacroix (Hrsg.), *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert* (Paris 2012) 871-879. – Teils andere, auch polemische, Akzente in der deutschen Debatte bei O Behrends; zuletzt: „Die Stipulation des vorklassischen und des klassischen *Ius gentium* und die Frage der zulässigen Sprachen. Alle oder nur Lateinisch und Griechisch?“, in: K Muscheler (Hrsg.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag* (Berlin 2011) 57-96. Nach wie vor grundlegend: M Kaser, *Ius gentium* (Köln / Weimar / Wien 1993).

3 Gai. 1.1; vgl. Inst. 1.2.1.

4 Darauf ist an anderer Stelle zurückzukommen; vgl. für die Position des Verf. zuletzt: C Baldus, „Art. *Ius gentium*“, in: Akademie der Wissenschaften und der Literatur zu Mainz (Hrsg.); H Heinen & al., *Handwörterbuch der antiken Sklaverei* (Stuttgart 2012) mwN.

5 Vgl. bei MF Cursi, „Captivitas' e ‚capitis deminutio'. La posizione del ‚servus hostium' tra ‚ius civile' e ‚ius gentium'“, in: *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* (Napoli 2001), II, 295-340 (330) im Anschluss an Gabrio Lombardi: „accezione (...) tecnica“.

\* Lehrstuhl für Römisches Recht und Zivilrecht, Direktor, Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft, Romanistische Abteilung, Universität Heidelberg.

Verhältnisse<sup>6</sup>, Ausdruck philosophischen Universalismus<sup>7</sup> oder umgekehrt weithin Ideologie<sup>8</sup>? Der Quellenbestand erlaubt keine sicheren Aussagen, das Verhältnis von Schul- und Praktikerliteratur<sup>9</sup> ist auch für die Frage nach der realen Rolle des *ius gentium* ungewiss. Skepsis ist jedenfalls gegenüber aktualisierenden Vergleichen mit heutigem Internationalem Privatrecht oder heutiger Rechtsvergleichung geboten. Im Kern macht der römische Jurist von eigenen Instrumenten Gebrauch.

Die geringe Zahl der Quellen, die ausdrücklich vom *ius gentium* sprechen, legt jedenfalls einen Vorbehalt nahe: Wenn wir wirklich wissen wollen, inwieweit die römischen Juristen (oder einzelne von ihnen)<sup>10</sup> auf peregrine Vorstellungen blickten,<sup>11</sup> dann müssen wir auch solche Fälle analysieren, in denen eine Auswirkung solcher Vorstellungen sich lediglich indirekt erschließen lässt – aus Fragen, Thesen, Begriffen, Namen, sonstigen Indizien. Es ist also eine Vielzahl von Exegesen zu potentiell einschlägigen Stellen nötig. Das ist im hier gegebenen Rahmen nicht möglich.<sup>12</sup>

## 2. *Hostium iure manumittere?*

### 2.1 Kontext

Eine – selten behandelte<sup>13</sup> – Quelle provoziert besondere Nachfragen, schon weil ihre Wortwahl auffällt: Tryphonin nennt das Recht einer fremden (nicht namentlich benannten) Gemeinschaft „*ius hostium*“, Recht der Feinde, und er diskutiert, welche Wirkungen dieses Recht in Rom entfalten könne. Der Zusammenhang: Es geht um das *postliminium*, das Wiederaufleben von Rechtspositionen, die durch Kriegsgefangenschaft

- 6 Dies ventiliert C Baldus, „Jure gentium acquirere. Una duplex interpretatio in tema di acquisto della proprietà a titolo originario“ *Seminarios Complutenses de Derecho Romano IX-X* (1997-1998) 103-131 (125).
- 7 In dieser Richtung etwa W Waldstein, „Zur naturgegebenen Gemeinschaft unter den Völkern in Liv. 5, 27, 6“, in: Muscheler (n 2) 731-745; vgl. weiterhin TJ Chiusi, „Zur Idee des Universalismus des römischen Rechts bei Livius“, in: Muscheler (n 2) 105-127 (120f.); andere (s. aber Waldstein 740) Prämissen bei Behrends (etwa n 2).
- 8 Dafür etwa F Sturm, „Ius gentium. Imperialistische Schönfärberei römischer Juristen“, in: Muscheler (n 2) 663-669: nur ein „Topos“ sei ab der Hochklassik geblieben.
- 9 Soweit man denn so unterscheiden kann. Zu der Notwendigkeit, Fritz Schulz' Werktypenlehre neu zu durchdenken, C Baldus, „I concetti di *res* in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del *praetor urbanus*“, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo (AUPA)* 55 (2012) 41-74 (50ff.).
- 10 Das führt zu der Frage, wieviel Individualität bei einzelnen römischen Juristen erkennbar ist, vor allem in dogmatischer Hinsicht. Näher C Baldus / M Miglietta / G Santucci / E Stolfi (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen / Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi. Atti del Convegno Montepulciano 14-17 giugno 2011* (Trento, 2012).
- 11 Vgl. R Martini, „Diritto romano e diritti stranieri“, *Index* 26 (1998) 409-416.
- 12 Zum Problem C Baldus, „Interculturalità e *ius gentium*: nel diritto delle successioni? (Villa-Vigoni-Gespräch Römisches Recht und fremde Kulturen – Interkulturelle Einflüsse und Abhängigkeiten in der Antike, 29.9. – 2.10.2013)“, Druck i.V. a cura di F Milazzo e P Gröschler (Lecce, 2014).
- 13 Ausführlich im neueren Schrifttum K Fildhaut, *Die libri disputationum des Claudius Tryphoninus. Eine spätclassische Juristenschrift* (Berlin 2004). Ob der Begriff *ius hostium* vor Tryphonin bereits privatrechtlich gebraucht wurde, bleibt zu klären; s. einstweilen n 30.

eines Römers oder durch Verlust eines ihm gehörenden Objekts an den Feind (dann: sog. *postliminium rerum*) untergegangen waren.<sup>14</sup>

Bis D. 49.15.12.5 werden verschiedene Rechtsverhältnisse behandelt, dann kommt in § 6 die Aussage „*Cetera quae in iure sunt, posteaquam postliminio redit pro eo habentur, ac si numquam iste hostium potitus fuisset*“: In allen bislang nicht genannten Fragen werde hinweggingiert, dass der Berechtigte je in der Hand der Feinde gewesen sei. Bei dieser Aussage bleibt Tryphonin jedoch nicht stehen, sondern geht zu der schwierigen Frage aus dem Bereich des *postliminium rerum* über, wem ein Sklave gehöre, den ein Römer (aber nicht der ursprüngliche Herr) von den Feinden freigekauft habe. Nach einer Spezialnorm über solche Freikäufe, der *constitutio de redemptis*,<sup>15</sup> wurde der Freikäufer anscheinend<sup>16</sup> zwar Eigentümer, musste den Sklaven aber innerhalb eines Jahres<sup>17</sup> an den früheren Eigentümer herausgeben, wenn dieser den Preis ablösungshalber<sup>18</sup> zu erstatten bereit war. So wurde der Freikauf gefördert und das Innenverhältnis der Prätendenten mit einem an die Ersitzungsregeln angelehnten Mechanismus<sup>19</sup> ausgeglichen.

Tryphonin erörtert in §§ 7 und 8, inwieweit auch nach Erlass der *constitutio* die römischen Ersitzungsregeln eingreifen und welche Rolle guter Glaube des Freikäufers spielen kann. Ergebnis der Erwägungen Tryphonins bis hierher ist, dass in den näher diskutierten Konstellationen der Freikäufer Eigentum an dem Sklaven erwerbe.<sup>20</sup> Der zweiseitige Interessenkonflikt zwischen dem alten und dem neuen Eigentumsprätendenten wird also prinzipiell zugunsten des neuen gelöst. Der nächste Schritt ist unser § 9 (weitere Variationen in §§ 10-18). Hier kommt der Freigelassene selbst ins Spiel, und ebenso das, was uns interessiert: das fremde Recht.

- 14 Vgl. C Baldus, „Art. *Captivitas / Postliminium*“, in: *Handwörterbuch* (n 4). Zur *lex Cornelia* und ihrer Auslegung zuletzt S Lohsse, „Die Beerbung des Kriegsgefangenen“, in: JD Harke (Hrsg.), *Facetten des römischen Erbrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts* (Berlin 2012) 79-111 (80-84; 104f. zu D. 49.15.12.1).
- 15 Genauer Inhalt und Datierung sind str.; ausführlich MV Sanna, *Ricerche in tema di redemptio ab hostibus* (Cagliari, 1998) mwN.; *eadem*, *Nuove ricerche in tema di postliminium e redemptio ab hostibus* (Cagliari, 2001) 18-26. Für die herrschende zeitliche Einordnung in die Spätclassik jetzt wieder M Armgardt, *Antikes Lösungsrecht – eine Untersuchung zum jüdischen, griechisch-hellenistischen und römischen Recht* (Habil. Köln, unv.) 276-282 mwN. Ich danke Herrn Kollegen Armgardt für die freundliche Überlassung des § 23 aus seinem Typoskript.
- 16 Die Konstruktion im Einzelnen ist umstritten. Für die Lehre, dass der *redemptor* auflösend, der *prior dominus* aufschiebend bedingt Eigentum erwerbe, jüngst wieder Armgardt (n 15) § 23 *passim*; skeptisch etwa Fildhaut (n 13) 153 m. Fn. 610, beide mwN.
- 17 Zur Berechnung Sanna (n 15) 56f. m. Fn. 84. Es wird vertreten, dass die Frist nicht auf dem Gesetzestext, sondern auf *interpretatio* beruhte: Fildhaut (n 13) 192.
- 18 Bisweilen werden Eigentumszuordnungen dadurch abgefedert, dass man der weichenden Partei das Recht zubilligt, gegen Erstattung des Preises oder Wertes die Sache zurückzubekommen. Ausführlich Armgardt (n 15), nicht nur in § 23.
- 19 Vgl. S Lohsse, „Die Ersitzung im Spannungsverhältnis des *ius postliminii* und der  *fictio legis Corneliae*“, in: H Altmeyden / I Reichard / M Schermaier (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag* (Heidelberg 2009) 665-699.
- 20 Zur Konstruktionsproblematik s. nochmals n 16.

## 2.2 Sachverhalt und Rechtsfragen

D. 49.15.12.9 (Tryphoninus 4. disp.): Manumittendo autem utrum desinit tantum dominus esse et relictus ab eo servus in ius prioris domini redit? an et liberum eum facit, ne praestatio libertatis domini fiat translatio?

Die *quaestio*: Wenn der Freikäufer den Sklaven nun freilässt, lebt dann auf irgendeinem Wege Eigentum des früheren *dominus* wieder auf? Es geht jedenfalls um die Freiheit des Sklaven und damit möglicherweise auch um den Interessenkonflikt zwischen zwei römischen Eigentumsprätendenten. Das ist nicht mit einem allgemeinen *favor libertatis*<sup>21</sup> zu erledigen. Tryphonin bildet den Fall, dass der Sklave bereits bei den Feinden freigelassen wurde (*apud ... liberatur*, Passiv; es wird also nicht ausdrücklich gesagt, von wem), der alte *dominus* (wo?) aber wieder in seinen Besitz gekommen ist<sup>22</sup> und sich der Sklave sodann wieder diesseits der römischen Linien befindet:

certe apud hostes manumissus liberatur, et tamen si eum nactus dominus ipsius vetus intra praesidia nostra fuisset, quamvis non secutum res nostras, sed dum eo consilio venisset, ut ad illos reverteretur, servum retineret iure postliminii.

Die wenigen neueren Autoren, die sich zur Stelle äußern, sagen kaum etwas zum konkreten Sachverhalt. Die äußerst dogmatisch formulierten Wendungen Tryphonins scheinen es auch zu ermöglichen, dass man sich gleich der juristischen Kernfrage zuwendet (worin auch immer diese nun gesehen werde).<sup>23</sup> Allein die folgenden Sätze sind zum Teil kaum übersetzbar, wenn man sich nicht für eine der denkbaren Sachverhaltsvarianten entscheidet – und auch die *quaestio* ist in mehrfacher Hinsicht deutbar: Es kann darum gehen, ob der Sklave auch ohne einen weiteren Freilassungsakt frei ist, darum, ob eine Freilassung durch den *redemptor* in Frage kommt,<sup>24</sup> oder darum, ob der *prior dominus* freilassen kann bzw. wirksam freigelassen hat. Für jede dieser Deutungen finden sich Elemente in dem durchaus gewundenen Text. So kann es auch nicht verwundern, dass

21 Zur Freiheitsproblematik zuletzt vom Jubilar: LC Winkel, „Cujas, Fabrot, and once again Greek philosophy and Roman law: the cases of ‚libertas‘ and ‚error iuris‘ compared“, in: JH Dondorp / J Hallebeek / T Wallinga / L.C. Winkel (Hrsg.), *Ius Romanum–Ius Commune–Ius Hodiernum, Studies in Honour of Eltjo J.H. Schrage* (Amsterdam / Aalen 2010) 429-437.

22 *nactus*: vielleicht mit der Schattierung „ohne große Mühe“ (eher als „zufällig“).

23 Gerade unsere Stelle zeigt aber, dass man so weit als möglich von Sachverhalt und Prozesssituation ausgehen muss. Vgl. C Baldus, „Warum Exegese? Einige Thesen zur Methode der privatrechtlichen Romanistik“, in: W Urszyczak / P Swiecicka / A Kremer (Hrsg.), *Leges sapere. Studies and Essays dedicated to Janusz Sondel* (Krakau 2008) 87-101.

24 So liest Fildhaut (n 13) 194 die Stelle, anscheinend in der Annahme, in der Abschlussfrage *quare igitur iste non habet ius manumittendi?* beziehe *iste* sich auf den *redemptor*, nicht auf den *prior dominus*. Ähnlich Armgardt (n 15) 261: „Tryphonin behandelt die Frage, ob der *redemptor* den Sklaven freilassen kann, bevor ihm seitens des *prior dominus* der Kaufpreis angeboten wurde und ob diese Freilassung auch zulasten des *prior dominus* wirkt.“ Für diese Deutung muss man aber möglicherweise die gesamte Passage von *et tamen* bis *civem Romanum dominum habuit* aus der Stelle entfernen oder für eine Gegenposition zu Tryphonins eigener Ansicht erklären (s. nächste n).

dieser Text als (polemischer) Dialog zwischen verschiedenen Positionen gelesen worden ist.<sup>25</sup>

Man könnte annehmen, dass in dem Fall der Freilassung *apud hostes* gar kein Freikauf vorliege, denn der *certe*-Satz spricht nicht davon. Dagegen spricht möglicherweise der sprachliche Zusammenhang der in für Tryphonin durchaus typischer Weise<sup>26</sup> komponierten Stelle; es ist jedoch von autoritativer Seite<sup>27</sup> vertreten worden, wir hätten es sachverhältnismäßig einerseits mit einer Freilassung beim Feind zu tun, andererseits – und hiervon gedanklich getrennt – mit Rechtsstreitigkeiten unter Römern nach Rückkehr des Sklaven. Für die Lösung dieser Streitigkeiten sei die Freilassung *apud hostes* lediglich als Vergleichsfall erörtert worden. Wer freigelassen hat, die Feinde oder der Freikäufer, wird nicht gesagt. Wer beim Feind rechtlich überhaupt freilassen kann, bleibt offen; Tryphonin kann dies offen lassen, da er dem *hostium ius* Eigenständigkeit zugesteht – darum soll es hier vor allem gehen. Jedenfalls kann „*apud hostes manumissus*“ vor *liberatur* Vorzeitigkeit oder Gleichzeitigkeit der Freilassung in Bezug auf das Freiwerden ausdrücken. Das Freiwerden kann also noch beim Feind erfolgt sein, und dann nach dessen Recht, sodass sich die Frage nach innerrömischen Rechtswirkungen stellt. Es mag auch sein, dass Freiheit aus der Sicht des römischen Rechts erst mit Überschreiten der Frontlinie eingetreten war. Das alles kann auf dem hier zur Verfügung stehenden Raum nicht angemessen erörtert werden.<sup>28</sup>

Wir halten nur das Folgende fest: Im Raum steht, je nach Sachverhaltsrekonstruktion, eine teils unsichere Abfolge folgender denkbarer Elemente – Freilassung des Sklaven beim Feind; Freikauf; Erreichung römischen Herrschaftsgebiets durch den Sklaven; Freilassung des Sklaven durch den *redemptor*; Rückkehr des ursprünglichen Eigentümers (*prior dominus*) aus Feindesland; Geltendmachung eines Lösungsrechts durch den *prior dominus*.

### 2.3 *Ius hostium*, fremdes Recht, Internationales Privatrecht?

Auch ohne sichere Rekonstruktion des Sachverhalts lässt sich freilich etwas zum *ius hostium* sagen. Es wird inhaltlich zwar nicht näher bestimmt. Soweit es sich um einen praktischen Fall handeln sollte,<sup>29</sup> haben wir keine weiterführenden Indizien, und auch die außerjuristischen Quellen konturieren den Begriff für unsere Zwecke nicht weiter.<sup>30</sup>

25 Dies ist der Ansatz von Fildhaut (n 13) 192-196, die aber nicht ohne die Annahme einer Glossierung auskommt.

26 Dazu näher Fildhaut (n 13) *passim* mit Typenbildung.

27 Deutlich präziser als die meisten neueren Darstellungen: L Amirante, „Appunti per la storia della ‚redemptio ab hostibus‘“ *Labeo* 3 (1957) 7-59 (31ff., 32).

28 Eine nähere Erörterung der Sachverhaltsvarianten und ihrer Plausibilität an anderer Stelle sei vorbehalten. Hier muss auch offen bleiben, was die Stelle zu der Frage nach einer Lehre vom Rechtsobjekt bei Tryphonin beiträgt: Kann möglicherweise als Person wiederkommen und danach Person bleiben, wer als Sache gefangen genommen worden war?

29 Die *disputationes* sind bekanntlich stark theoretisch geprägt. Auch die Palingenesie hilft bei der Suche nach praktischen Ausgangsfällen kaum weiter (vgl. O Lenel, *Palingenesia iuris civilis vol II* [Leipzig 1889, neugedruckt 1961] Spalte 355f., Fn. 1 zu Tryph. Nr. 13).

30 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Tac. *hist.* 4.58, Oros. *hist.* 5.6, jeweils im Sinne von „Kriegsrecht“.

Es ist aber offenbar *ius*, denn es regelt die Freilassung des Sklaven, und für die *hostes* ist der Sklave dann frei. Das setzt Tryphonin offenbar voraus, indem er ausdrücklich sagt, dass dieses Recht unter Römern *keine* Rechtswirkungen entfaltet – jedenfalls nicht unter Römern, die sich diesseits der römischen Linien aufhalten. Denkbar ist, dass eine Partei die gegenteilige Behauptung aufgestellt hatte und Tryphonin deswegen Anlass zur Klarstellung sah; es mag aber auch seine Freude am Variieren theoretisch interessanter Fälle eine Rolle spielen.

Jedenfalls: Weil und soweit es um einen Streit unter Römern auf römisch beherrschtem Gebiet geht, kann Tryphonin das *ius hostium* für unerheblich erklären. Es besteht also eine andere, äußere Sphäre, und was dort gilt, ist ebenfalls Recht. Dies ist alles andere als selbstverständlich.

Damit ist zugleich die Möglichkeit eines „Internationalen Privatrechts“ angesprochen. Die Existenz eines solchen Rechts lässt sich für die römische Antike bekanntlich nicht sicher belegen, eben weil das *ius gentium* einseitig einheitliches Sachrecht bereitstellte.<sup>31</sup> Wie weit einzelne Stellen tragen, die fremdes Recht nennen, ist umstritten.<sup>32</sup> Eine neuere Gesamtdarstellung des Problems (idealerweise unter Einbeziehung dokumentarischer Quellen) fehlt. Immerhin lässt sich unsere Quelle in modernen Kategorien so lesen, dass das römische *forum* in der Frage des Freiheitsstatus (sozusagen des Personalstatus) römisches *ius* anwendet, jedenfalls sofern die Person, um deren Freilassung es geht, zurückgewonnen ist. Das *forum* der Feinde hingegen kann sein eigenes Recht anwenden.

Mit *ius gentium* hat Tryphonins Rekurs auf das „Recht der Feinde“ wenig zu tun. Es wird gerade nicht in Fällen angewandt, die über die römische Sphäre hinausgehen; es wird ihm gerade keine Universalität zugeschrieben, mit welcher theoretischen oder praktischen Zielsetzung auch immer. Möglicherweise berührt es von ferne die Rolle des *ius gentium* als Reserverechtsordnung: Auch für Streitigkeiten unter Römern kann es den Juristen argumentativ dienlich sein, aber nur punktuell und jedenfalls indirekt, nämlich negativ.

### 3. Ergebnisse und Perspektiven: „Feindesrecht“ und Ideologie

Seit einiger Zeit ist eine Entwicklung zu beobachten, die gerade einen so sensiblen Beobachter wie Laurens Winkel nicht unberührt lassen kann:<sup>33</sup> Dubiose Kategorien, zurückzuführen auf Schreibtischtäter wie Carl Schmitt,<sup>34</sup> tauchen wieder in

31 So die klassische Lehre: M Kaser, *Das römische Privatrecht*. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht (2. Aufl. München 1971) 202.

32 Namentlich in Gai. 3.120 (... *et alio iure civitas eius utatur* ...) wird ein Ansatz gesehen (str.), vgl. Kaser (n 31) 202 m. Fn. 4.

33 Vgl. namentlich seine einführenden Bemerkungen in dem Aufsatz „Franz Wieacker, Romanist und Rechtshistoriker, zwei Seelen in einer Brust?“, in: O Behrends / E Schumann (Hrsg.), *Franz Wieacker – Historiker des modernen Privatrechts* (Göttingen 2010) 213-221.

34 Dazu nur B Rütters, *Carl Schmitt im Dritten Reich. Wissenschaft als Zeitgeistverstärkung?* (München 1989).

rechtspolitischen Diskussionen auf, nach dem Willen der Protagonisten solcher Wiederbelebungen von den Tabus befreit, mit denen sie lange und zu Recht umgeben waren. Das betrifft auch den „Feind“, emphatisch stilisiert zum Todfeind, dem dann die Rechtsordnung keine uneingeschränkt rechtskonforme Behandlung schulden soll. In solchen Thesen liegt günstigstenfalls eine Bankrotterklärung eben jenes neuzeitlichen Staates, dessen große Leistung doch die rechtliche Erfassung und Bändigung auch existentieller Konflikte war. Das römische Recht kann solchen Tendenzen nicht unmittelbar entgegengehalten werden, weil es unmittelbar nur über seine eigene Zeit Auskunft gibt. Aber es hilft – wie geschichtliche Betrachtung immer – zu einer gewissen Distanz.

Für Rom ist klar, dass es Feinde gibt: im militärischen und kriegsvölkerrechtlichen Sinne.<sup>35</sup> Sie können nicht unter eine allgemeine Kategorie der Fremden subsumiert werden; es gibt Regeln für Fremde,<sup>36</sup> und Fremde sind nicht *eo ipso* Feinde.<sup>37</sup> Feinde stehen gerade nicht außerhalb des Rechts – letzteres gilt nur für nicht in anerkannter Form organisierte<sup>38</sup> Personengruppen wie etwa Piraten. Feinde im Rechtssinne sind, positiv gefasst, vor allem Personen und Gruppen, deren Handeln kriegsvölkerrechtlich

35 Zur Unterscheidung zwischen Feinden in diesem Sinne und anderen Personen, namentlich Piraten, grundlegend K-H Ziegler, „Pirata communis hostis omnium“, in: M Harder / G Thielmann (Hrsg.) *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag* (Berlin 1980) 93-103; seither etwa R Ortu, „Captus a piratis: schiavitù di fatto?“ *Rivista di diritto romano* 10 (2010) 1-12.

36 Vgl. auch in kulturgeschichtlicher Hinsicht: A Maffi / L Gagliardi (a cura di), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma* (Sankt Augustin 2011).

37 Das ist mittlerweile auch und für frühere Epochen der römischen Geschichte völkerrechtsgeschichtlich weithin akzeptiert; vgl. nur A Maffi, *Ricerche sul postliminium* (Mailand 1992) 125. Grundsätzlich ebenso A Zack, „Forschungen über die rechtlichen Grundlagen der römischen Außenbeziehungen während der Republik bis zum Beginn bis zum Beginn des Prinzipats. I. Teil: Fragen an Sextus Pomponius: Quellen- und sachkritische Untersuchungen zu Pomponius 37. lib. ad Muc. D. 49,15,5“, *Göttinger Forum für Altertumswissenschaft* 14 (2011) 47-119 (55-62 zur Forschungsgeschichte) und bereits idem, *Studien zum „Römischen Völkerrecht“: Kriegserklärung, Kriegsbeschluss, Beedung und Ratifikation zwischenstaatlicher Verträge, internationale Freundschaft und Feindschaft während der römischen Republik bis zum Beginn des Prinzipats* (Göttingen 2001) 243-256: Im frühen römischen Recht habe zwar nicht „natürliche Feindschaft“ geherrscht, wohl aber sei zur Begründung von Rechtsverhältnissen ein Vertrag erforderlich gewesen (zu historischen Vorbildern dieser These s. auch L Loreto, „Rezension“ *Gnomon* 78, 2006, 85ff., 85). Ob eine solche Rückbindung an Verträge überhaupt erforderlich ist, darf bezweifelt werden (für die Position des Verf. s. C Baldus, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft. Zur Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens* (Frankfurt a.M. u.a. 1998) 193f., 259-265). Unabhängig von den ideologischen Unterfütterungen, die manche Autoren vorgebracht haben, wird man doch eine Geltung bestimmter Regeln unabhängig vom vertragsförmig erklärten Willen des einzelnen Gemeinwesens annehmen können. (Vergleichbares gilt nach verbreiteter Ansicht für das *ius gentium*, s. *Cursi* (n 5) 330-333.) Zu literarischen Indizien für das Feindschaftsmodell aber LC Winkel, „Einige Bemerkungen über *ius naturale* und *ius gentium*“, in: MJ Schermaier / Z Végh (Hrsg.), *Ius est ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein* (Stuttgart 1993) 443-449 (445f.).

38 S. nur *Cursi* (n 5) 337ff.

zu beurteilen ist. Dieses Handeln wird von der römischen Rechtsordnung<sup>39</sup> also auch rechtlich betrachtet und bewertet, nicht nur politisch.

Vergleichbares gilt für das Privatrecht. Die römische Rechtsordnung muss nicht übernehmen, was *hostium iure* geschieht. Aber sie akzeptiert das *hostium ius* als eine Ordnung, die in deren eigenem Binnenbereich gilt. Die bekannteste Konsequenz dieser Haltung, wurzelnd im Reziprozitätsprinzip, ist im dogmatischen Umfeld unserer Tryphoninstelle die Behandlung des gefangenen Römers als Sklave.<sup>40</sup> Die Sklaverei, als Institut des *ius gentium* akzeptiert,<sup>41</sup> kann vom Recht der Feinde gegen Römer und gegen die ursprünglich Römern gehörenden Sklaven praktiziert werden. Was das römische Recht dann tut, wenn der Sklave wieder zurückkehrt, entscheidet das römische Recht – *ius civile* oder *ius gentium* – wiederum unabhängig.

So zeigt die Spezialproblematik in D. 49.15.12.9 jene Mischung aus Selbstbewusstsein und Respekt, von der die Gegenwart etwas lernen kann – ganz anders als von der Etikettierung bestimmter Personen als „Feinde“, mit der eine Rechtsordnung sich als solche selbst aufgibt.<sup>42</sup> Rom kennt Feinde und bekämpft sie, oft mit großer Härte, aber auch ihr Recht ist für Rom prinzipiell Recht. Dies ist die Haltung einer selbstbewussten Ordnung, die Philosophie lebt, auch ohne sie permanent im Munde zu führen. Wer hätte so viel zur Erkenntnis dieser Ordnung beigetragen wie der Jubilar, Historiker des römischen Rechts und der römischen Philosophie, aber auch Brückenbauer über jüngere geschichtliche Gräben? *Ad multos annos!*

## Abstract

The expression *ius hostium* is quite uncommon in Roman legal language. It appears in Tryphoninus D. 49.15.12.9: the jurist deals with the legal status of a slave freed in enemy territory but then returned to territory controlled by the Romans. In a conflict between two Romans claiming the slave's property or between one of them and the slave, the rules on *postliminium* are applied regardless of what happened *iure hostium*. A complete exegesis of the difficult and somewhat sinuous text cannot be given here. However, Tryphoninus at least implicitly recognises the validity of the „enemies' law“ for their

- 39 Namentlich in Italien und Spanien wird „Ordnung“ in diesem Begriff leicht als Ausdruck von „Neopandektismus“ verstanden. Im Hintergrund steht eine noch nicht ausgeleuchtete Begriffsgeschichte von Giuseppe Capograssi zu Riccardo Orestano. Hinweise demnächst bei C Baldus, „Esperienza giuridica“, in: *idem* / S Schmon (Hrsg.), *Zivilprozess und Rechtserfahrung* (Frankfurt a.M. u.a. 2014). Vgl. neuestens J Giltaij / L Winkel, „Rechtsordnung als Begriff in der Historiographie des römischen Rechts“, in I Reichard / M Armgardt / F Klinck (Hrsg.), *Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag* (Berlin 2013), *non vidi*.
- 40 Dazu Cursi (n 5); Lohsse (n 19) 667.
- 41 Schon deswegen verbietet sich nach richtiger Ansicht eine Gleichsetzung von *ius gentium* und *ius naturale*, wie auch immer man das Verhältnis und die Bedeutung der beiden Begriffe positiv bestimmen mag. Vgl. Kaser (n 2) 75-79.
- 42 Vgl. J Bung, „Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person“ HRRS 2006, 63-71.



own sphere. Furthermore, it cannot be excluded that his solution links one party of the case to its former conduct under foreign law. This is in line with the basic idea of reciprocity underlying Roman public international law as well as with the supposed universality of slavery as a legal institution. The enemy as defined by public international law is regarded as a subject of law and even as a possible creator of law, not as an entity outside the legal sphere.