

DAS “TESTAMENTUM MILITARE”  
IN SEINER EIGENSCHAFT ALS “IUS SINGULARE”\*  
[The “Testamentum Militare” as “Ius Singulare”]

Jakob FORTUNAT STAGL\*\*  
Universidad Bernardo O’Higgins, Santiago, Chile

RESUMEN

El *Testamentum militare* describe un privilegio para los soldados: todas las reglas del derecho testamentario romano clásico que podrían de una u otra manera restringir la libertad de disposición mortis causa no se aplican a los soldados. Así, los soldados bajo el *pro parte testatus pro parte intestatus decedere*, no están sometidos a la *lex Falcidia* y tampoco a las reglas relativas a la protección de los miembros de la familia como la *querela inofficiosi testamenti*. Los juristas clásicos calificaron el *testamentum militare* como *ius singulare* para así asegurarse que la *ius commune* válida para los ciudadanos romanos normales no fuera contaminada por este derecho especial motivado por razones políticas. Esta estigmatización del

ABSTRACT

*Testamentum militare* describes a privilege for soldiers: all the rules of classical Roman testamentary law that could in a way or another restrict testamentary freedom do not apply to soldiers. Thus, soldiers under the *pro parte testatus pro parte intestatus decedere*, are neither subject to the *lex Falcidia* nor to the rules relating to protection of family members such as the *querela inofficiosi testamenti*. The classical jurists defined the *testamentum militare* as *ius singulare* to make sure that the *ius commune* valid for normal Roman citizens would not be contaminated by this special law motivated by political reasons. It was not until the 19<sup>th</sup> century codifications that this stigmatization of soldiers’ testament

RECIBIDO el 7 de julio y ACEPTADO 26 de julio de 2014

---

\* “*Lapidem quem reprobaverunt aedificantes ihic factus est in caput anguli*”: Psal. 118, 22.

\*\* Profesor de derecho romano en la Facultad de derecho de la Universidad Bernardo O’Higgins. Correo electrónico: jakob.stagl@yahoo.de

testamento de los soldados no se derogó hasta las codificaciones del siglo XIX, cuando se reconoció que el testamento de los soldados aplicaba el principio de la autonomía privada o de la libertad de disposición mortis causa mucho más que el derecho testamentario romano clásico.

PALABRAS CLAVE

*Testamentum militare - Privilegium militiae - Ius singulare militum.*

was repealed, as it was acknowledged that soldiers' testament applied the principle of private autonomy or testamentary freedom much more than the classical Roman testamentary law.

KEYWORDS

*Testamentum militare - Privilegium militiae - Ius singulare militum.*

## I. GRUNDLAGEN UND FRAGESTELLUNG

Das *testamentum militare, militis* oder *militum* bezeichnet ein *privilegium* für Soldaten<sup>1</sup> im Felde<sup>2</sup>. Kraft dieses Privilegs können die Soldaten testieren, wie sie wollen und weitestgehend auch was sie wollen; das einzige, was zählt, ist ihr nackter Wille, soweit er nur irgendwie erkenntlich wird: "*Faciant testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris*", sagt Ulpian in D. 29,1,1 pr. (45 ed.)<sup>3</sup>; noch schärfer formuliert Papinian: "[...] *voluntas quoque militis testamentum est*" [D. 29,1,34,2 (14 *quaest.*)]<sup>4</sup>.

Zwar war das Soldatentestament schon öfters Gegenstand bedeutender Untersuchungen, namentlich von Arangio-Riuz, Bolla, Chevallier, Guarino oder Scarano Ussani<sup>5</sup>, doch wurde bislang seine Eigenschaft als politisches Sonderrecht, als *ius singulare*, nicht ausreichend gewürdigt. Diese Eigenschaft ist aber unse-

<sup>1</sup> Zu den Einzelheiten des Begriffs GLÜCK, Christian Friedrich von, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Kommentar* (Erlangen, Palm'sche Verlagsbuchhandlung, 1841), XLII, pp. 42 ss.

<sup>2</sup> Die Privilegierung gilt auch für Personen, die zum Troß gehören: D. 37,13,1 (Ulp., 45 ed.).

<sup>3</sup> S. auch D. 29,1,24 (Flor., 10 *inst.*); hierzu GLÜCK, Christian Friedrich von, *Pandecten*, cit. (n. 1), XLII, p. 29.

<sup>4</sup> S. auch D. 29,1,27 (Pap., 6 *resp.*).

<sup>5</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *L'origine del "testamentum militis" e la sua posizione nel diritto romano classico*, en *BIDR.*, 18 (1906), pp. 157 ss.; BOLLA, Sibylle von, *Zum römischen Soldatentestament*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Riuz* (Napoli, Jovene, 1953), I, pp. 273 ss.; LA MISMA, *Aus römischem und bürgerlichem Erbrecht* (Wien, Springer, 1950), pp. 1 ss.; BURCHARD, Johann H., *Ein Beitrag zur Lehre vom Soldatentestament* (Heidelberg, Univ.-Diss., 1875); CHEVALLIER, Laurent, *Notes sur le testament militaire dans la doctrine des juriconsultes classiques dans la législation impériale*, en *Varia. Études de droit romain* (Paris, Sirey, 1959), pp. 1 ss.; GUARINO, Antonio, *Sull'origine del testamento dei militari nel diritto romano* (1946), ahora en EL MISMO, *Pagine di diritto romano* (Napoli, Jovene, 1995), VI, pp. 346 ss.; SCARANO USSANI, Vincenzo, *Il "testamentum militis" nell'età di Nerva a Traiano*, en "*Sodalitas*". *Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli, Jovene, 1984), III, pp. 1383 ss.; STAGL, Jakob Fortunat, *Das Soldatentestament unter den Soldatenkaisern*, en BABUSIAUX, Ulrike y otros (editor), *Das Recht der Soldatenkaiser*

res Erachtens der Schlüssel zum richtigen Verständnis des Soldatentestaments hinsichtlich seiner Stellung im System des römischen Rechts und, wie sich ganz zum Schluß zeigen wird, auch hinsichtlich seiner Bedeutung für das moderne Testamentsrecht.

Wier haben einen historischen Bericht über das Soldatentestament aus der Hand Ulpian in D. 29,1,1 pr. (45 ed.): "*Militibus liberam testamenti factionem primus quidem divus Iulius Caesar concessit: sed ea concessio temporalis erat. postea vero primus divus Titus dedit: post hoc Domitianus: postea divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit: eamque Traianus secutus est et exinde mandatis inseri coepit caput tale. caput ex mandatis: cum in notitiam meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus relicta proferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam: secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquomodo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris*". Das Soldatentestament entsteht also aus einer Reihe von kaiserlichen Konstitutionen, zu welchen Caesar selbst den Anfang machte; weitergeführt wurde diese Linie gut hundert Jahre später von Titus. Weitere Konstitutionen faßte Trajan in einem *liber mandatorum*<sup>6</sup> zusammen<sup>7</sup>. Nach der Rekonstruktion Lenels fand sich im *edictum perpetuum* eine Rubrik zum Soldatentestament mit dem Titel: "*De bonorum possessione ex testamento militis*"<sup>8</sup>. Die wesentlichen Quellen zum Soldatentestament sind die Titel "*De testamento militis*", 29,1 der Digesten und 6,21 des *Codex*, der Titel 2,11 der Justinianischen Institutionen "*De militari testamento*" und die §§ 109 bis 112 aus dem zweiten Buch der Gaianischen Institutionen; an epigraphischen Quellen ist etwa das Testament des Antonius Silvanus bedeutsam<sup>9</sup>.

## II. MORPHOLOGIE DES SOLDATENTESTAMENTS

Das Soldatentestament besteht in Ausnahmen von den allgemeinen Regeln des für den *paganus* (Zivilisten) geltende Recht. Die wichtigsten dieser Ausnahmen seien im folgenden analysiert und ihm Anschluß hieran die Punkte erörtert, in denen sich auch die Soldaten an das Paganenrecht halten müssen.

---

(Berlin, Akademie-Verlag, 2014), en prensa; EL MISMO, "*Favor dotis*". *Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts* (Wien, Böhlau, 2009), pp. 317 ss.

<sup>6</sup> Zu diesem WENGER, Leopold, *Die Quellen des römischen Rechts* (Wien, Holzhausen, 1953), p. 462.

<sup>7</sup> D. 29,1,1 pr. (Ulp., 45 ed.). Hierzu ausführlich BOLLA, Sibylle von, *Aus römischem*, cit. (n. 5), pp. 1 ss.

<sup>8</sup> LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum* (3<sup>a</sup> edición, Leipzig, Tauchnitz, 1927), p. 342.

<sup>9</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (editor), *Fontes iuris Romani antejustiniani* (2<sup>a</sup> edición, Firenze, Barberà, 1972), pp. 129 ss. Hierzu LIEBS, Detlef, *Das Testament des Antonius Silvanus, römischer Kavallerist in Alexandria bei Ägypten, aus dem Jahre 142 n. Chr* (2000), ahora en EL MISMO, en *Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* (pdf), pp 1 ss. Formal handelt es sich hierbei um ein normales Testament; es kam öfters vor, daß Soldaten sich ihrer Privilegien in formaler Hinsicht nicht bediente, das releviert etwa D. 29,1,36,4 (Pap., 6 resp.).

1. “*Testamenti factio*”.

Grundvoraussetzung der Errichtung eines Testamentes ist die “*testamenti factio activa*”. An dieser fehlt es Kindern *in potestate*; sie können deshalb kein Testament errichten, weil sie kein eigenes Vermögen haben können<sup>10</sup>. Eine Ausnahme gilt für den *filius familias miles*: Er kann über sein *peculium castrense* von Todes wegen verfügen<sup>11</sup>, wobei ihm die *factio legis Corneliae*<sup>12</sup> zugute kommt<sup>13</sup>. Der *filius familias miles* wird also in gewisser Weise als *pater familias* behandelt<sup>14</sup>. Freilich ändert auch das nichts daran, daß er keine Erben *ab intestato* hat; stirbt er ohne Testament fällt der Nachlaß “*iure peculii*” an den Vater<sup>15</sup>. Ebenfalls testierunfähig sind Taube und Stumme<sup>16</sup>, und auch hier gilt eine Ausnahme für die Soldaten mit diesen Gebrechen<sup>17</sup>.

Ein Soldatentestament können alle Angehörigen der bewaffneten Macht errichten, solange sie im Dienst stehen<sup>18</sup>. Nach ihrem Abschied behält das Soldatentestament noch ein Jahr seine Gültigkeit, es sei denn, der Testator wäre in Unehren entlassen worden<sup>19</sup>. Umgekehrt wird das von einem Zivilisten errichtete Testament im Moment seines Dienstantrittes zum Soldatentestament, sofern der nunmehr Soldaten gewordene Erblasser seinen letzten Willen bestätigt<sup>20</sup>. Sollte es also nach den normalen Regeln ungültig gewesen sein, kann sich seine Gültigkeit aus den Sonderregeln über das Soldatentestament ergeben. Hierin liegt ein Verstoß gegen die *regula Catoniana*, nach welcher es für die Geltung von Legaten darauf ankommt, ob zum Errichtungszeitpunkt alle Gültigkeitsvoraussetzungen vorliegen<sup>21</sup>.

Die Verurteilung zum Tode hatte normalerweise den Verlust der Testamentsfähigkeit zur Folge, da das Vermögen des Verurteilten vom Fiskus eingezogen

<sup>10</sup> Gai. 2,113; KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, I (2<sup>a</sup> edición, München, Beck, 1971), I, p. 683.

<sup>11</sup> Gai. 2,106; Hierzu KASER, Max, *RPR.*, cit. (n. 10), p. 344. *Peculium castrense* und *testamentum militis* gehören strenggenommen nicht zusammen, doch sind sie Holz vom selben Stamm: GUARINO, Antonio, *Sull'origine*, cit. (n. 5), pp. 354 ss. Diese Regel bedingt noch weitere Ausnahmen wie etwa, daß auch der *incertus an* testieren kann: Ulp., 9. *ad Sab.* D. 29,1,11,1 u. 2; hierzu GLÜCK, Christian Friedrich von, *Pandecten*, cit. (n. 1), XLII, pp. 39 ss.

<sup>12</sup> D. 28,1,12 (Iul., 42 *dig.*); KASER, Max, *RPR.*, cit. (n. 10), p. 291.

<sup>13</sup> D. 29,1,39 (Paul., 9 *quaest.*); D. 49,17,14 (Pap., 27 *quaest.*).

<sup>14</sup> VOCI, Pasquale, *Diritto ereditario romano* (2<sup>a</sup> edición, Milano, Giuffrè), I, pp. 558 u. 569.

<sup>15</sup> D. 49,17,1 (Ulp., 14 *ed.*) u. D. 49,17,1 (Ulp., 67 *ed.*); VOCI, P., *DER.*, cit. (n. 14), I, pp. 390 u 569.

<sup>16</sup> UE. 20,13.

<sup>17</sup> D. 29,1,4 (Ulp., 1 *Sab.*).

<sup>18</sup> Einzelheiten mit Nachweisen CHEVAILLER, Laurent, cit. (n. 5), pp. 16 s.

<sup>19</sup> D. 29,1,21 (Afr., 4 *quaest.*); D. 29,1,26 (Macer, 2 *milit.*).

<sup>20</sup> D. 29,1,15,2 (Ulp., 45 *ed.*); D. 29,1,20,1 (Iul., 27 *dig.*); D. 9,1,25 (Marc., *lib. sing. resp.*). Zu den Einzelheiten GLÜCK, Christian Friedrich von, *Pandecten*, cit. (n. 1), XLII, pp. 69 ss.

<sup>21</sup> D. 34,7: *De regula Catoniana*; hierzu HAUSMANINGER, Herbert, *Celsus und die Regula catoniana*, en *TvR.*, 36 (1968), 469 ss.; KASER, Max, *RPR.*, cit. (n. 10), p. 754.

wurde<sup>22</sup> und er selbst als *servus poenae die testamenti factio* verlor<sup>23</sup>. Wurde ein Soldat zum Tode verurteilt, stellte sich die Frage, ob er überhaupt testieren konnte – über sein gesamtes Vermögen oder nur die *bona castrensia* –, oder ob sein Vermögen nicht vielmehr an den Fiscus als weitere Strafe fiel. Für den Fall, daß man ihm die \**testamenti factio* zubilligte, stellte sich die Anschlußfrage, ob er noch nach Soldatenrecht oder – im Hinblick auf das Ausscheiden aus dem Soldatenstand – nur nach dem Recht der Zivilisten testieren könne. Hierzu Ulpian D. 29,1,11 pr. (45 ed.): "*Ex militari delicto capite damnatis testamentum facere licet super bonis dumtaxat castrensibus: sed utrum iure militari an iure communi, quaeritur. magis autem est, ut iure militari eis testandum sit: nam cum ei quasi militi tribuatur ius testandi, consequens erit dicere iure militari ei testandum. quod ita intellegi oportet, si non sacramenti fides rupta sit*". Nach der Meinung Ulpians kann der zum Tode verurteilte Soldat nur über die *bona castrensia* testieren. Hierbei kann er die Soldatenprivilegien freilich nur dann in Anspruch nehmen, wenn er durch sein Verbrechen nicht in einem Ausmaß eidbrüchig geworden ist, daß keine *fides*-Beziehung mehr zu ihm besteht. Man könnte sich etwa vorstellen, daß Trunkenheits- oder Sittlichkeitsdelikte gemeint sind<sup>24</sup>, wohingegen Fahnenflucht zum Verlust der Testierfähigkeit führte, wird doch der Fahnenflüchtige "*pro hoste, non pro milite habetur*"<sup>25</sup>.

\**Testamenti factio passiva* bedeutet die Fähigkeit, Erbe werden zu können. Hieran fehlt es bei Fremden, Sklaven, Gewaltunterworfenen und sonst Erbunwürdigen<sup>26</sup>. Der Soldat kann sich über diese Einschränkungen hinwegsetzen<sup>27</sup>, den *servus poenae*<sup>28</sup> kann freilich auch er nicht bedenken<sup>29</sup>. Dasselbe gilt für Dirnen<sup>30</sup>. Aus der *lex Iulia et Papia*, dem Kernstück der augusteischen Ehegesetzgebung, ergibt sich die Testamentsunfähigkeit von Junggesellen und Kinderlosen (*caelibes* und *orbi*)<sup>31</sup>. Diese Regeln galten nicht, falls der Erblasser Soldat war<sup>32</sup>.

## 2. Form.

Ein Soldatentestament kann mündlich oder schriftlich errichtet werden, doch bedarf es für seine Gültigkeit weder der Formalität der Manzipation noch beim

<sup>22</sup> D. 48,20,1 pr. (Call., 1 *de iure fisci*).

<sup>23</sup> McCLINTOCK, Aglaia, *Servi della pena* (Napoli, ESI, 2010), pp. 81 ss.

<sup>24</sup> Siehe etwa den Katalog in D. 49,16,6 (Arr. Men., 3 *de re milit.*); zum Militärstrafrecht MOMMSEN, Theodor, *Das römische Strafrecht* (Leipzig, Duncker & Humblot, 1899), pp. 30 ss.

<sup>25</sup> D. 49,16,7 (Tarrunt., 2 *de re milit.*); D. 28,3,6,6 (Pap., 10 *Sab.*); D. 24,1,32,8 (Ulp., 33 *Sab.*); D. 32,22,1 (Herm., 4 *iur. epit.*); CI. 6,21,13 (Val. et. Gall., a. 254).

<sup>26</sup> KASER, Max, *RPR*, cit. (n. 10), p. 683 s.

<sup>27</sup> 29,1,13,2 (Ulp., 45 ed.); D. 32,7,1 (Ulp., 1 *fid.*); D. 39,6,15 (Iul., 27 *dig.*).

<sup>28</sup> McCLINTOCK, Aglaia, *Servi della pena*, cit. (n. 23), *passim*.

<sup>29</sup> Gai. 2,110; D. 29,1,13,2 (Ulp., 45 ed.); im einzelnen CHEVAILLER, Laurent, cit. (n. 5), pp. 18 ss.; GLÜCK, Christian Friedrich von, *Pandecten*, cit. (n. 1), XLII, pp. 75 ss.

<sup>30</sup> D. 29,1,41,1 (Tryph., 18 *disp.*); D. 34,9,14 (Pap., 33 *quaest.*). VOICI, *DER*, cit. (n. 14), I, p. 443.

<sup>31</sup> Im einzelnen ASTOLFI, Riccardo, *La lex Iulia et Papia* (4<sup>a</sup> edición, Padova, CEDAM, 1996), pp. 1, 23.

<sup>32</sup> Gai. 2,111.

geheimen Testament der sieben Zeugen. Es ist also vollkommen formfrei, womit sich von alters her das Problem der Beweisbarkeit stellt. Deshalb erklärt Trajan auch in einem Reskript, daß eine gewissen Solennität erwünscht ist, wofür *testes rogati* ein deutlicher Beleg sind.<sup>33</sup> Es gibt freilich auch Beispiele von vollkommen vergeistigten testamentarischen Verfügungen, etwa im Fall von D. 29,1,32 (Mod. 9 *reg.*), wo der Wille des Erblassers lediglich vermutet wird. Eine *unitas actus* beim Testiertvorgang wird für Soldaten nicht gefordert<sup>34</sup>.

Damit das Testament als solches anerkannt werden kann, ist seine Perfektion erforderlich. Der Testator muß also zum Ausdruck bringen, daß er seinen letzten Willen abschließend erklärt hat. Wird das unvollendete Testament eines Soldaten gefunden, so kommt es darauf an, wie sein letzter Wille aus sonstigen Zeugnissen bestimmt wird<sup>35</sup>. Stirbt ein Soldat beim Diktat seines Testaments, so hindert das dessen Gültigkeit nicht, wenn sich nur der Wille des Soldaten feststellen läßt<sup>36</sup>.

Beim Testament eines Zivilisten verlangen die Juristen, daß er die sog. innere Form zur gültigen Erbeinsetzung einhält, etwa mit der Formel "Titius heres esto"<sup>37</sup>, demhingegen war z.B. die Formulierung "Titium heredem facio" nicht zulässig, wurde sie verwendet lag keine Erbeinsetzung vor. Dieser Art von Formalismus gilt nicht für die Soldaten<sup>38</sup>.

### 3. Erbeinsetzung.

Der Erbe wird Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers. Das hat zur Folge, daß er dem Erblasser immer nur mit einer Quote zwischen eins und hundert sukzedieren kann. Eine Erbeinsetzung auf bestimmte Gegenstände –Seius solle Erbe des *fundus Cornelianus* werden– ist unwirksam. Die Juristen bemühen sich freilich, dem *favor testamenti* gehorchend, solch eine *heredis institutio ex re certa* in eine Erbeinsetzung umzudeuten<sup>39</sup>. Für Soldaten ist diese Umdeutung eine Selbstverständlichkeit<sup>40</sup>; sie können Erben *ex re certa* einsetzen, bezüglich des Restes gilt dann die gesetzliche Erbfolge<sup>41</sup>. Doch nicht nur das: Soldaten können auch bezüglich ihrer *bona castrensia* und *pagana* zwei getrennte Nachlässe erzeugen, wenn sie entsprechend verfügen. Das hatte zur Folge, daß für die Schulden aus dem Lager nur der Erbe der *bona castrensia* haftete<sup>42</sup>. Damit zusammen hängt eine Ausnahme im Recht der Fideikommission: Der Singularfideikommissionar hat nicht das Recht, den Erben zum Antritt der Erbschaft zu zwingen<sup>43</sup>. Wenn aber ein Soldat den Singularfideikommissar mit italischen oder provinziellen

<sup>33</sup> D. 29,1,24 (Flor., 10 *inst.*).

<sup>34</sup> D. 29,1,24 (Flor., 10 *inst.*).

<sup>35</sup> D. 29,1,35 (Pap., 19 *quaest.*).

<sup>36</sup> D. 29,1,40 pr. (Paul., 11 *resp.*).

<sup>37</sup> Gai. 2,117.

<sup>38</sup> D. 29,1,24 (Flor., 10 *inst.*).

<sup>39</sup> KASER, Max, *RPR.*, cit. (n. 10), pp. 687 s.

<sup>40</sup> D. 29,1,17 pr. (Gai., 15 *ed. prov.*).

<sup>41</sup> VOGLI, Pasquale, *DER.*, cit. (n. 14), II, p. 158.

<sup>42</sup> D. 29,1,17,1 (Gai. - Iul., 15 *ed. prov.*).

<sup>43</sup> D. 29,4,17 (Gai., 17 *ed. prov.*).

Grundstücken bedacht hatte, konnte er, gleich einem Universalfideikommissar, den Erben zum Antritt zwingen<sup>44</sup>.

Auch hinsichtlich der Pupillarsubstitution gelten für den Soldaten Besonderheiten<sup>45</sup>: ES war umstritten, ob die Pupillarsubstitution als Fall eines einheitlichen Testaments oder zweier Testamente (der Erblasser testiert für sich und seinen Sohn) anzusehen sei<sup>46</sup>, klar ist aber, daß er nicht für seinen Sohn testieren konnte, ohne selber zu testieren: *liberis [...] suis testamentum facere nemo potest, nisi et sibi faciat*<sup>47</sup>. Nicht so bei Soldaten; Ulp. 45 ad ed. D. 29.1, 15, 5.: "*Item tam sibi quam filio iure militari testamentum facere potest, et soli filio tametsi sibi non fecerit: quod testamentum valebit si forte pater, vel in militia, vel intra annum militia decessit*"<sup>48</sup>. Auch kann der Soldat dem Sohne einen Erben substituieren, der nicht in seiner *potestas* steht<sup>49</sup>, was ansonsten der Natur des Institutes der Erbeinsetzung entsprechend kategorisch ausgeschlossen ist<sup>50</sup>. Soldaten können sogar einem Außenstehenden einen Substituts-Erben einsetzen, wenn auch nur bezüglich des Vermögens, daß sie vom erblasserischen Soldaten geerbt haben<sup>51</sup>; eine solche funktionale Nacherbschaft (fideikommissarische Substitution) ist dem Paganenrecht vollkommen fremd<sup>52</sup>.

Die Römer unterschieden streng zwischen testamentarischer und gesetzlicher Erbfolge, was dazu führte, daß "*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*"<sup>53</sup>. Hatte der Erblasser hiergegen verstoßen, so trat Anwachsung zugunsten des testamentarischen Erben ein<sup>54</sup>. Diese Rechtsfolge widersprach dem Willen der meisten Erblasser, die ja gerade das Bedürfnis hatten, nur über einen Teil des Nachlasses zu testieren und wie selbstverständlich davon ausgingen, bezüglich des Restes gelte gesetzliche Erbfolge. Während diese Regel für Zivilisten weitergalt, war sie für Soldaten außer Kraft gesetzt: "*Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum quantum ad residuum patrimonium intestatus decesserit, miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus*"; D. 29,1,6 (Ulp., 5 Sab.)<sup>55</sup>. Eine weitere Konsequenz hiervon zeigt sich, wenn der Soldat in Unkenntnis des Todes seines Vaters ein Testament nur über die *bona castrensia* gemacht hat: Hinsichtlich der *bona castrensia* bleibt das Testament aufrecht, hinsichtlich der

<sup>44</sup> D. 36,17,6 (Ulp., 4 *fideicom.*).

<sup>45</sup> VOGLI, Pasquale, *DER.*, cit. (n. 14), II, pp. 208 s.

<sup>46</sup> Einerseits Gai. 2,180 einerseits und D. 28,6,2,4 (Ulp., 6 Sab.) andererseits.

<sup>47</sup> Inst. 2,16,5.

<sup>48</sup> S. auch D. 29,1,41,5 (Tryph., 18 *disp.*); D. 28,6,2,1 (Ulp., 6 Sab.).

<sup>49</sup> D. 29,1,41,4 (Tryph., 18 *disp.*).

<sup>50</sup> D. 28,6,2 pr. (Ulp., 6 Sab.).

<sup>51</sup> D. 29,1,5 (Ulp., 4 Sab.). Siehe auch das Testament des Longinus, en FIRA cit. (n. 9), Nr. 50.

<sup>52</sup> S. Gai. 2,184.

<sup>53</sup> D. 50,17,7 (Pomp., 3 Sab.); hierzu KASER, Max, *RPR.*, cit. (n. 10), p. 677.

<sup>54</sup> KASER, Max, *RPR.*, cit. (n. 10), p. 687.

<sup>55</sup> S. auch D. 29,1,37 (Paul., 7 *quaest.*); D. 49,17,19,2 (Tryph., 18 *disp.*); CI. 6,21,1 (Ant., a. 212); CI. 6,21,2 (Ant., a. 213); hierzu VOGLI, Pasquale, *DER.*, cit. (n. 14), I, pp. 497, 941; II, p. 158

*bona pagana* tritt gesetzliche Erbfolge ein<sup>56</sup>. Eine Folge der Ausschaltung des *nemo pro parte*-Grundsatzes ist z.B., daß der Soldat im selben Testament jemanden einsetzen und dann wieder enterben kann: An die Stelle der sonst Platz greifenden Nichtigkeit des gesamten Testaments<sup>57</sup> tritt einfach Intestaterbfolge bezüglich des Gestrichenen. Damit war zugleich auch ein weiterer fundamentaler Grundsatz des römischen Erbrechts ausgeschaltet: “*Institutio heredis [est] caput et fundamentum totius testamenti*”<sup>58</sup>.

Hat der Erblasser nach Zivilistenrecht förmlich ein Testament errichtet, wird oftmals das Bedürfnis entstehen, das Testament zu ergänzen, freilich ohne dies in der aufwendigen Form einer Stipulation tun zu müssen. Dies kann der Erblasser selbst nach Zivilistenrecht durch ein Kodizill erreichen. Hierunter versteht man eine formlose Nachschrift zum Testament. Diese kann grundsätzliche alle testamentarischen Verfügungen enthalten bis auf die Erbeinsetzung: “*Item codicillis nemo heres institui potest rel*”<sup>59</sup>. Gerade das Gegenteil gilt nach Papinian für Soldaten: “*Militis codicillis ad testamentum factis etiam hereditas iure videtur dari*”<sup>60</sup>.

Setzt ein Zivilist den Erben unter Setzung eines Termins ein, so gilt die Erbeinsetzung ohne die Terminsetzung: “*Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio*”<sup>61</sup>. Diese Regel ist ein Ausfluß des allgemeinen Grundsatzes “*Semel heres, semper heres*”<sup>62</sup>. Für Soldaten gilt dieser Grundsatz nicht, wie Ulpian uns eben so bündig mitteilt: “*Miles et ad tempus heredem facere potest et alium post tempus vel ex condicione vel in condicionem*” [D. 29,1,15,4 (Ulp., 45 ed.)]<sup>63</sup>. Hieraus ergeben sich erhebliche Problem für das Rechtssystem: Die Gläubiger des Erblassers müssen sich mit zwei verschiedenen Erben auseinandersetzen, was die Durchsetzung ihrer Ansprüche nicht erleichtert, und der Nacherbe bekommt nur das, was ihm der Vorerbe übriggelassen hat<sup>64</sup>.

Erbverträge, d.h. einseitig nicht widerrufbare Erbeinsetzungen des Vertragspartners oder eines Dritten, waren nach Paganenrecht absolut untersagt<sup>65</sup>. Für Soldaten galt dies nach einer Konstitution Diocletians Cl. 2,3,19 (a. 290) nicht<sup>66</sup>.

<sup>56</sup> D. 29,1,11,2 (Ulp., 45 ed.); D. 29,1,12 (Pap., 6 resp.). Dies gilt nicht wenn ein Zivilist über sein *peculium castrense* verfügt: D. 49,17,19,2 (Tryph., 18 disp.).

<sup>57</sup> Marcell. D. 28,4,3 pr. - 1 (4 disput.); hierzu jetzt STAGL, Jakob Fortunat, *Glanz der Rhetorik und Elend der Logik in Marc Aurels Entscheidung in favorem libertatis* (Marcell., D. 28,4,3 pr. - 1), in *Fundamina*, 20 (2014), pp. 862 ss.

<sup>58</sup> D. 29, 1, 13, 4 (Ulp., 45 ad ed.); D. 40,5,42 (Maec., 7 fideicom.). Hieraus ergibt sich als Konsequenz, daß die Erbschaft des Vaters auch nicht angetreten werden muß, wie sonst der Fall : D. 29,1,41,5. Zur Rechtslage bei Paganen VOICI, Pasquale, *DER.*, cit. (n. 14), II, p. 177.

<sup>59</sup> Gai. 2,273.

<sup>60</sup> D. 29,1,36 pr. (Pap., 6 resp.).

<sup>61</sup> D. 28,5,34 (Pap., 1 def.). S. auch D. 28,5,24 (Cels., 16 dig.).

<sup>62</sup> D. 28,5,89 (Gai., lib. sing. de cas.); D. 28,2,13,1 (Iul., 29 dig.).

<sup>63</sup> S. auch D. 29,1,41 pr. (Tryph., 18. disp); Cl. 6,21,8 (Gord., a. 238) .

<sup>64</sup> GLÜCK, Friedrich Christian von, cit. (n. 1), XLII, p. 104.

<sup>65</sup> Iul. 45, 1, 61 (2 ad Urs. Feroc.); hierzu KASER, Max, *RPR.* cit. (n. 10), pp. 677 s.

<sup>66</sup> GLÜCK, Christian Friedrich von, *Pandecten*, cit. (n. 1), XLII, pp. 73 s., versucht, die Stelle zu entschärfen, indem er sich auf den Standpunkt stellt, es gehe hier nur darum, daß das Testament formwirksam sei, nicht darum, daß es als Vertrag wirksam sei.

#### 4. Unwirksamkeit und Widerruf des Testaments.

Erleidet ein Erblasser eine *capitis deminutio*, was z.B. dann der Fall ist, wenn er von seinem Vater emanzipiert oder in Adoption gegeben wird, so verlieren die zuvor von ihm errichteten Rechtsakte wie Testamente ihre Gültigkeit. Nicht so, wenn der Erblasser Soldat ist<sup>67</sup>.

Ein Erblasser kann sein Testament jederzeit widerrufen. Dies kann er unter anderem tun, indem er ein neues Testament errichtet. Dieses neue Testament hebt das vorige zur Gänze auf<sup>68</sup>. Soldaten hingegen ist es möglich, rein negative, d.h. nur eine Enterbung enthaltende<sup>69</sup> sowie mehrere gleichzeitig geltende und ergänzende Testamente zu errichten<sup>70</sup>. Der Wille des Erblassers muß dann durch Interpretation (*voluntatis quaestio*) ermittelt werden. Hat der soldatische Erblasser ein Testament aufgehoben, so kann er es durch einfache Ankerkennung wieder in Geltung setzen – ein neues Testament muß er also nicht errichten<sup>71</sup>–. Dasselbe gilt, wenn es unwirksam war und der Unwirksamkeitsgrund weggefallen ist<sup>72</sup>.

Nach der *lex Falcidia* muß der Erbe wenigstens ein Viertel des Wertes des Nachlasses unbeschränkt erhalten. Andernfalls wäre der Antritt der Erbschaft unter Umständen so unattraktiv, daß der Erbe davon Abstand nehmen könnte, womit dann das ganze Testament hinfällig würde. Über die Lex hinausgehende Legate sind *pro rata* zu kürzen. Dem Erben steht also mindestens die sog. falcidische Quart zu<sup>73</sup>. Die falcidische Quart ist auf jeden Fall eine Einschränkung der Testierfreiheit im öffentlichen Interesse<sup>74</sup>. Für Soldaten galt sie nicht: D. 36,1,3,1 (Ulp., 3 *fideic.*): "*Quod autem in suspecta hereditate dictum est, hoc idem dici potest in his testamentis, in quibus lex Falcidia locum non habet, in militis dico et si qui sunt alii*"<sup>75</sup>.

#### 5. Eingriffe in Rechte der Hauskinder.

Die historisch erste Methode des Schutzes naher Angehöriger des Erblassers war die *bonorum possessio contra tabulas*: Der Prätor wies einen anderen als den testamentarischen Erben gegen das Testament in den Besitz und damit faktisch

<sup>67</sup> D. 29,1,22 (Marc., 4 *inst.*). VOICI, Pasquale, *DER.*, cit. (n. 14), I, p. 397.

<sup>68</sup> Gai. 2,144. KASER, Max, *RPR.*, cit. (n. 10), p. 691. Auch im Fall des *testamentum posterius imperfectum* D. 29,1,3 u. 35; VOICI, Pasquale, *DER.*, cit. (n. 14), II, 515.

<sup>69</sup> Dig. 29,1,17,2 (Gai., 15 *ed. provinc.*). VOICI, Pasquale, *DER.*, cit. (n. 14), II, 490.

<sup>70</sup> D. 29,1,19 pr. (Ulp., 4 *disp.*) u. D. 29,1,36,1 (Pap., 6 *resp.*). VOICI, Pasquale, *DER.*, cit. (n. 14), II, pp. 489, 879.

<sup>71</sup> D. 29,1,15,1 (Ulp., 45 *ed.*); D. 29,1,22 (Marc., 4 *inst.*); D. 29,1,23,33 pr. u. 2 (Tert., *lib. sing. de castr.*).

<sup>72</sup> D. 29,1,22 (Marc., 4 *inst.*); D. 29,1,23 (Tert., *lib. sing. de castr.*) u. D. 29,1,33 pr. u. 2 (Tert., *lib. sing. de castr.*).

<sup>73</sup> KASER, Max, *RPR.*, cit. (n. 10), pp. 756 s. Eine knappe, wenn auch nachklassische Darstellung bei Inst. 2,22 pr.

<sup>74</sup> D. 35,2,15,1 (Pap., 13 *resp.*).

<sup>75</sup> Indirekt in D. 29,1,18 pr. (Tryph., 18. *disp.*) und ausdrücklich in D. 36,1,3,1 (Ulp., 3 *fideicomm.*) sowie Cl. 6,21,12 (Phil A. u. C., a. 246). VOICI, Pasquale, *DER.*, cit. (n. 14), II, p. 756.

das Eigentum am Nachlaß<sup>76</sup>. Das kastrensische Vermögen war von dieser prätorischen Testamentskontrolle freilich ausgenommen<sup>77</sup>.

Am augenfälligsten realisierten die Römer den Gedanken, daß ein Anteil am Nachlaß des Erblassers notwendigerweise der Familie zufallen müssen mit der *querela inofficiosi testamenti*: Ein die Angehörigen übergehendes Testament wurde mit der Fiktion umgestoßen, daß nur ein Wahnsinniger ein so gegen das *officium pietatis* verstoßendes Testament errichten könne<sup>78</sup>. Für Soldaten galt dieses Regime nicht<sup>79</sup> und zwar mit solcher Deutlichkeit, daß Ulpian sagt, nicht einmal ein Soldat könne ein Soldatentestament mit der *querela* umstoßen.<sup>80</sup>

Errichtet ein Erblasser ein Testament und wird nach seinem Tod von seiner Frau ein Kind geboren, so gibt es zwei Möglichkeiten: Entweder hat der Erblasser über den Nasciturus etwas im Testament verfügt oder nicht, ihn also z.B. zum Erben eingesetzt oder enterbt<sup>81</sup>. Es nimmt nicht Wunder, daß dies Regel nicht für Soldaten gilt: “*Si patronus testamento iure militari facto filium silentio exheredavit, debet nocere ei exhereditatio: verum est enim hunc exheredatum esse*” [D. 38,2,12 pr. (Ulp., 44 ed.)]. Ein besonderes Problem stellt sich, wenn der *suus* zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht geboren war, sondern als *postumus* zur Welt kommt. Hat aber der Erblasser nichts über den Nasciturus verfügt, so führt dessen Geburt dazu, daß das Testament *ruptum* ist, das heißt keine Rechtswirkung entfaltet. Andernfalls hat der Postumus nämlich weder eine Stellung als gesetzlicher Erbe, da ein Testament vorliegt, noch aus dem Testament, da er dort nicht bedacht ist: Gai. 2,130 f.: “*Postumi quoque liberi nominatim vel heredes institui debent vel exheredari. et in eo par omnium condicio est, quod et in filio postumo et in quolibet ex ceteris liberis sive femini sexus sive masculini praeterito valet quidem testamentum, sed postea agnitione postumi sive postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur rel.*”. Für Soldaten wird diese starre Regel dahingehend aufgeweicht – so scheint es zunächst –, daß es auf den Erblasserwillen ankommt: Auch wenn er von der Schwangerschaft nichts wußte, kann im Übergehen eine bewußte Enterbung gesehen werden: D. 29,1,7 (Ulp., 9 Sab.): “*Quis iure militari testatur, etsi ignoraverit praegnantem uxorem vel non fuit praegnas, hoc tamen animo fuit ut vellet quisquis sibi nascetur exheredem esse, testamentum non rumpitur*”. Dieser von Ulpian unterstellte Fall wird sich freilich nur sehr schwer beweisen lassen. Aus diesem Grunde oder wegen eines doch anders konzipierten regelmäßigen Erblasserwillens der Soldaten sind bei Papinian die Weichen eher in Richtung Unwirksamkeit des Testaments gestellt: D. 29,1,36,2 (Pap. 6 resp.): “*Miles in supremis ordinandis ignarus uxorem esse praegnantem ventris non habet mentionem. post mortem patris filia nata ruptum esse testamentum apparuit rel.*”. Daß sich diese Zweifel auf die Frage beziehen, was der Erblasserwille ist<sup>82</sup>, zeigt deutlich D. 29,1,33 pr. (Ter-

<sup>76</sup> Kaser, Max, RPR., cit. (n. 10), pp. 675 s.

<sup>77</sup> D. 29,1,30 (Paul., 7 quaest.)

<sup>78</sup> KASER, Max, RPR., cit. (n. 10), pp. 709 ss.

<sup>79</sup> D. 5,2,8,4 (Ulp., 45 ed.); D. 37,12,1,4 (Ulp., 45 ed.).

<sup>80</sup> D. 5,2,27,2 (Ulp., 6 op.).

<sup>81</sup> UE, 22,14.

<sup>82</sup> So auch VOCI, Pasquale, DER., cit. (n. 14), II, p. 668.

tull. lib. sing. de castr. pecul.): "Si filius familias miles fecisset testamentum more militiae, deinde post mortem patris postumus ei nasceretur, utique rumpitur ejus testamentum, verum si perseverasset in ea voluntate ut vellet adhuc illud testamentum valere, valiturum illud quasi rursus aliud factum, si modo militaret adhuc eo tempore quo nasceretur illi postumus". Diese Ambivalenz der klassischen Juristen für den Fall des Erblassers, dem die Schwangerschaft seiner Frau nicht bekannt ist, setzt sich unter den Soldatenkaisern fort. Dabei muß man sich klar machen, daß die Unkenntnis der Schwangerschaft – gerade für Soldaten – der praktisch viel wichtigere Fall ist. Die Linie Papinians findet sich fortgesetzt bei Kaiser Gordian: Cl. 6,21,9 (a. 238): "Sicut certi iuris est militem, qui scit se filium habere aliosque scripsit heredes, tacite eum exheredare intelligitur, ita si ignorans se filium habere alios scribat heredes, non esse filium adeptam hereditatem, sed minime valente testamento, si sit in potestate, eum ad successionem venire in dubiis non habetur". Bei Gordian bleibt es dabei, daß der soldatische Erblasser den Hauserbem nicht *nominatim* enterben muß; war dem Erblasser aber die Schwangerschaft nicht bekannt und übergeht er infolgedessen den Nasciturus, so kommt es zur Unwirksamkeit des Testaments. Bei Philippus Arabs hingegen sind die Weichen wieder in Richtung Wirksamkeit des Testaments gestellt; Cl. 6,2110 (Phil. A u. C., a. 246) : "Si, cum vel in utero haberetur filia incio patre milite, ab eo praeterita sit, vel in rebus humanis eam non esse falso rumore prolato pater putavit, nullam eius testamento facto mentionem, silentium huiusmodi exheredationis notam nequaquam infligit. Is autem miles qui testamento filiam appellavit eique legatum dedit, non instituendo eam heredem exheredavit". Man wird das Schwanken der Klassiker wie der Kaiser in dieser Frage wohl damit zu beantworten haben, daß es hier nicht einfach ist zu entscheiden, was der präsumptive Erblasserwille ist. Auf der einen Seite will der Erblasser im Zweifel, daß sein Postumus eine Erbenstellung hat – wofür die Vernichtung des Testaments die notwendige Voraussetzung ist – auf der anderen Seite hat die Vernichtung des Testaments immer auch die Vernichtung aller übrigen Verfügungen im Testament, wie etwa von Legaten, zur Folge – was im Zweifel nicht im präsumptiven Willen des Erblassers ist. Es ist also durchaus nachvollziehbar, wenn man in dieser Frage hin und her schwankt.

#### 6. Grenzen der Soldatenprivilegierung.

Das Soldantestament ist die Ausnahme von den allgemeinen Regeln, auch diese Ausnahme erleidet ihrerseits wiederum Ausnahmen. Die wichtigste hiervon ist die zeitliche: Die für Soldaten geltenden Ausnahmen entfallen ein Jahr nach der ehrenvollen und sofort nach der unehrenvollen Entlassung (*missio honesta* und *ignominiosa*)<sup>83</sup>. Probleme entstanden zum Beispiel, wenn ein Teil des Testaments in der Dienstzeit und ein Teil innerhalb des ersten Jahres nach Ausscheiden errichtet worden waren: Gaius entschied für eine Spaltung des Nachlasses unter Hinweis auf Gegenmeinungen<sup>84</sup>. Neben dieser formalen gibt es auch materiale Grenzen: Der Erblasser kann dem Erben aufgeben, etwas zu tun oder zu unterlassen.

<sup>83</sup> UE. 23,10; D. 29,1,26 (Macer, 2 *milit.*). Hierzu ausführlich GLÜCK, Christian Friedrich von, cit. (n. 1), XLII, pp. 121 ss.

<sup>84</sup> D. 29,1,17,4 (Gai., 15 *ed. provinc.*)

Gelegentlich versuchen Erblasser solche Auflagen dadurch sicherzustellen, daß sie die Erbeinsetzung an die Bedingung einer Eidesleistung knüpfen (*condicio iurisiurandi*)<sup>85</sup>. Der Prätor sieht hierin eine zu starke Beschränkung der Freiheit des Erben und behandelt solche Bedingungen als nicht geschrieben<sup>86</sup>. Auch Soldaten können sich hierüber nicht hinwegsetzen<sup>87</sup>.

Die *lex Iulia de fundo dotali* untersagt dem Ehemann, über das ihm als Mitgift überlassene dotale Grundstücke *manente matrimonio* zu verfügen<sup>88</sup>. Damit war für den wichtigsten Vermögensgegenstand des römischen Wirtschaftslebens klar gestellt, daß er – obwohl zur Mitgift gegeben – nicht im Eigentum des Ehemannes stand<sup>89</sup>. Hieran ändert auch das Regime des Soldatentestamentes nichts<sup>90</sup>.

Wird ein Römer Kriegsgefangener, so hat er nach *ius gentium* den Status eines *servus hostium*<sup>91</sup>. In der Zeit seiner Gefangenschaft kann er daher kein Testament errichten. Dies gilt gerade auch für Soldaten<sup>92</sup>.

Die *bonorum possessio* fällt nicht von selbst an, sondern muß innerhalb einer bestimmten Frist – 100 *dies utiles* um genau zu sein – beantragt werden – auch wenn es sich um *bonorum possessio* aus einem Soldatentestament handelt –<sup>93</sup>.

An einer Privilegierung fehlt es auch in folgendem Fall: Ein *filius familias miles* setzte seinen Sohn – hinsichtlich des *peculium castrense* – zum Erben ein und substituierte diesem Sohn – der in väterlichen Gewalt des Großvaters als *pater familias* geblieben war einen Dritten, zugleich bestimmte er seinem Sohne einen Tutor. Die erste Verfügung erachteten die *divi fratres* als wirksam, die Bestellung des Tutors nicht, da ein Soldat "*alienum ius [avi paterni] minuere non potest*"<sup>94</sup>. Nach demselben Prinzip kann ein Soldat einer in fremder Gewalt stehender Frau keinen Tutor testamentarisch bestimmen<sup>95</sup>.

Der Soldat kann genauso wenig wie die Zivilisten Dirnen<sup>96</sup> oder *servi poenae* zum Erben einsetzen<sup>97</sup>.

Die unter anderem dem Schutz der Gläubiger dienenden Bestimmungen zur Einschränkung von Freilassungen von Soldaten gelten auch für Soldaten<sup>98</sup>.

Ist der Nachlaß überschuldet, hatten die Nachkommen des Erblassers, die *sui*, die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen. Dies galt nicht für den *cum libertate* eingesetzten Sklaven des Erblassers; er war *heres necessarius*, haftete also für die

<sup>85</sup> VOGLI, Pasquale, *DER*, cit. (n. 14), II, p. 799.

<sup>86</sup> D. 28,7,8 pr. (Ulp., 45 ed.).

<sup>87</sup> D. 29,1,29, 2 (Marcell., 10 dig.).

<sup>88</sup> Gai. 2,63; KASER, Max, *RPR*, cit. (n. 10), p. 334.

<sup>89</sup> STAGL, Jakob Fortunat, "*Favor dotis*", cit. (n. 5), pp. 255 ss.

<sup>90</sup> D. 29,1,16 (Paul., 43 ed.).

<sup>91</sup> Gai. 1,129.

<sup>92</sup> D. 29,1,10 (Ulp., 11 Sab.); D. 29,1,44 (Ulp., 45 ed.).

<sup>93</sup> D. 29,1,15,6 (Ulp., 45 ed.).

<sup>94</sup> D. 29,1,28 (Ulp., 36 Sab.).

<sup>95</sup> D. 29,1,4,2 (Tryph., 18 disp.).

<sup>96</sup> D. 29,1,41,1 (Tryph., 18 disp.).

<sup>97</sup> Gai. 2,110; D. 29,1,13,2 (Ulp., 45 ed.); im einzelnen CHEVAILLER, Laurent, cit. (n. 5), pp. 18 ss.; GLÜCK, Christian Friedrich von, cit. (n. 1), XLII, pp. 75 ss.

<sup>98</sup> D. 29, 1, 29, 1 (Marcell., 10 dig.).

Schulden seines ehemaligen Herren. Doch konnte er mittels *separatio bonorum* die Haftung auf den ihm zugewandten Nachlaß beschränken, mußte also nicht aus seinem sonstigen Vermögen dazuschießen, wie dies ohne *separatio* der Fall wäre<sup>99</sup>. Wäre es dem Erblasser gestattet, mehr seiner Sklaven als *sui* einzusetzen, würde er damit seine Schulden atomisieren und damit de facto dem Zugriff der Nachlaßgläubiger entziehen. Eine solche Atomisierung ist auch dem Soldaten nicht gestattet. Er muß sich darauf beschränken, einen einzigen Sklaven zum Erben einzusetzen<sup>100</sup>. Das förmliche Erfordernis der Einsetzung *cum libertate* war auch für Soldaten nicht aufgehoben<sup>101</sup>, wobei die Rechtslage in diesem Punkte allerdings unklar war, gibt es doch Entscheidungen, die Ausnahmen in diesem Punkte zulassen<sup>102</sup>.

Hatte der Erblasser seinen Sohn enterbt, aber dem Sohn Legate ausgesetzt, so waren diese Legate unwirksam: offenbar sollte so verhindert werden, daß der Sohn bedacht wird, ohne für die Erblasser schulden zu haften. Auf jeden Fall gilt diese Regel auch für Soldaten<sup>103</sup>.

Die Vorschrift des *senatus consultum Libonianum*, nach welcher der Schreiber eines Testamentes keine Verfügungen zu seinen eigenen Gunsten wirksam treffen kann<sup>104</sup> und der Erblasser im Testament eines anderen keine eigenen testamentarischen Verfügungen treffen kann, gilt auch für Soldaten.<sup>105</sup>

Der Soldat ist an die *lex Aelia Sentia* bezüglich der Freilassungen von Sklaven durch letztwillige Verfügung gebunden.<sup>106</sup>

Das klassische Recht hielt sog. kaptatorische Verfügungen für unwirksam. Hierunter ist zu verstehen, daß der Erblasser einen anderen zum Erben unter der Bedingung einsetzt, daß dieser ein gleiches tut. Hierin sahen die Römer offenbar eine unzulässige Beschränkung der Testierfreiheit des anderen: diese wird wie der Ausdruck sagt ‚eingefangen‘. Dig. 34,8,1 (Iul., 78 dig.): "*Si quis hereditatem vel legatum sibi adscriperit, quaeritur, an hereditas vel legatum pro non scripto habeatur. et quid, si substitutum habeat huiusmodi institutio? respondit: pars hereditatis, de qua me consuluisti, ad substitutum pertinet: nam senatus cum poenas legis corneliae constitueret adversus eum, qui sibi hereditatem vel legatum scripsisset, eodem modo improbase videtur, quo improbatae sunt illae: "qua ex parte me titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto", ut perinde haberentur, ac si insertae testamento non fuissent*"<sup>107</sup>.

Man kann diese Einschränkungen des Soldatentestaments dahin zusammenfassen, daß seine Freiheit dort aufhört, wo er in die Rechte anderer eingreift. Das gilt auch für die Ausschaltung des Pflichtteilsrechts der gesetzlichen Erben

<sup>99</sup> KASER, Max, *RPR*, cit. (n. 10), pp. 714 s.

<sup>100</sup> D. 29,1,15 pr. (Ulp., 45 dig.).

<sup>101</sup> D. 29,1,13,3 (Ulp., 45 ed.).

<sup>102</sup> D. 29,1,40,1 (Paul., 11 resp.); D. 29,1,40,2 (Paul., 11 resp.).

<sup>103</sup> D. 29,1,13,4 (Ulp., 45 dig.); hierzu GLÜCK, Friedrich Christian von, cit. (n. 1), pp. 112 s.

<sup>104</sup> D. 48,10,15,1-3 (Call., 1 quaest.).

<sup>105</sup> D. 29,1,15,3 (Ulp., 45 ed.); D. 34,8,5 (Paul., 12 quaest.).

<sup>106</sup> D. 29,1,29,1 (Marc., 10 dig.).

<sup>107</sup> Diese Linie wird von Philippus Arabs bestätigt. CI. 6,21,11 (a. 246). Zu der Frage insgesamt VOCI, Pasquale, *DER*, cit. (n. 14), II, p. 795.

durch die Derogation der *querela inofficiosi testamenti*: Der gesetzliche Erbe hat in dem Sinne keine rechtlich geschützte Erwartung auf das Erbe. So kann der Erblasser sein Vermögen zu Lebzeiten durchbringen oder verschenken. Man könnte dies freilich als Grenzfall sehen. Jedenfalls ist es praktisch die einzige Regel des Soldatentestaments die für das moderne Recht nicht maßgeblich wurde. Zudem scheint es so etwas wie einen Kern des “*ordre public*” zu geben, der auch für Soldaten verbindlich ist wie etwa die Erbinsetzung von anrühigen Personen oder die *lex Aelia Sentia*.

### III. “IUS SINGULARE”: DIE ISOLIERUNG DES SOLDATENTESTAMENTS

Die Rechtsordnung muß irgendwie damit umgehen, daß die Kaiser in Gestalt des Soldatentestaments ein Recht schaffen, welches zwar einerseits nur für die Soldaten gilt, welches aber andererseits das im übrigen geltende Testamentsrecht radikal in Frage stellt. Hier die Herrschaft des Willens, dort seine sinnlose Fesselung mit alten Zöpfen. Die Paganen müssen sich fragen, warum sie nicht auch in den Genuß derselben Privilegien kommen wie die Soldaten: “Wenn es für Soldaten möglich ist, den Erblasserwillen zum beherrschenden Prinzip des Testamentsrechts zu machen, warum soll dies nicht auch für uns möglich sein”? Ist diese Diskriminierung der Zivilisten vielleicht daraus gerechtfertigt, daß die Kaiser einen künstlichen Unterschied hochhalten, um den Soldaten das Ausmaß ihrer Privilegierung vor Augen zu führen? Wenn alle den ‘bunten Rock’ tragen dürfen, dann verblaßte der ‘Zauber der Uniform’. Mit diesem Gedanken erklärte sich jedenfalls auch, warum Caesar das Soldatentestament nur zeitlich begrenzt zuließ<sup>108</sup>: Er und seine Nachfolge wollten die Privilegien knapp und damit wertvoll halten. Doch neben diesem politischen Problem stellt sich auch ein juristisches Problem: Wie hält man hier die Regeln des normalen Testamentsrechts aufrecht, wenn sie dort massiv in Frage gestellt werden? Wenn sich einmal gezeigt hat, daß viele Regeln des römischen Testamentsrechts –wie etwa “*nemo pro parte* oder *semel heres* oder *heredis institutio caput et fundamentum*”– alte Zöpfe sind, die man nicht haben muß und ohne die es sich besser, da freier lebt, dann stellt sich mit größter Aufdringlichkeit die Frage wofür man sie noch hat? Da die Juristen die alten Zöpfe nicht abschnitten, muß man fragen, wie sie ihre Existenz legitimierten. Die Antwort lautet: indem sie das Soldatentestament als *ius singulare* qualifizierten und damit über tausend Jahre marginalisierten<sup>109</sup>.

#### 1. Die Regeln über das Soldatentestament als “*ius singulare*”.

Bei Gaius heißt es in D. 29,1,2 (15 *ed. prov.*): “*De militis testamento ideo seperatim proconsul edicit, quod optime novit ex constitutionibus principalibus propria atque singularia iura in testamenta eorum observari*”<sup>110</sup>. Die von Gaius angesprochenen

<sup>108</sup> Zu dieser Diskussion Guarino, Max, *Sull'origine*, cit. (n. 5), pp. 349 ss.

<sup>109</sup> Die folgenden Ausführungen basieren wesentlich auf STAGL, Jakob Fortunat, “*Favor dotis*”, cit. (n 5), pp. 317 ss.

<sup>110</sup> Daß die Römer das *testamentum militis* zum *ius singulare* rechneten, ergibt sich auch aus der palinogenetischen Stellung von D. 1,3,15 (Iul., 27 *dig.*). Im Ergebnis wie hier: ARANGIO-RUIZ,

"*iura singularia*" der Soldaten sind für die römischen Juristen keine unbekannte Kategorie. Sie kennen ein *ius singulare*<sup>111</sup>, das sie vom normalen Recht, dem *ius commune*<sup>112</sup>, sorgfältig unterscheiden. Der damit implizierte kategoriale Unterschied zum normalen Recht wird hinsichtlich des Soldatentestaments deutlich ausgesprochen von Ulpian in D. 28,3,7 (10 Sab.): "*Si miles iure civili testamentum fecerit et primo gradu heredem eum scripserit quem ire militari poterat, secundo eum quem communi iure potest, et post annum missionis decesserit, primus gradus irritus fiet et a secundo incipiet testamentum*". Aufgrund dieses textlichen Befundes ist es auch weitgehend anerkannt, daß das Soldatentestament als *ius singulare* zu qualifizieren ist<sup>113</sup>.

Was bedeutet dieser Begriff? Eine Definition gibt Paulus in D. 1,3,16 (*Lib. sing. de iure sing.*): "*Ius singulare*<sup>114</sup> est, quod contra tenorem rationis propter aliquam

Vincenzo, *Istituzioni di diritto romano* (14<sup>a</sup> edición, Napoli, Jovene, 1960), pp. 31 s.; KASER, May - KNÜTEL, Rolf, *Römisches Privatrecht* (20<sup>a</sup> edición, München, Beck, 2014), § 3/28; PUGLIESE, Giovanni, *I principî generali del diritto. L'esperienza romana fino a Diocleziano* (1992), ahora en EL MISMO, *Scritti giuridici* (Napoli, Jovene, 2007), pp. 460 ss.; SCARANO USSANI, Vincenzo, *Le forme del privilegio: "beneficia" e "privilegia" tra Cesare e gli Antonini* (Napoli, Jovene, 1992), pp. 83 ss.; VOCI, Pasquale, *Istituzioni di diritto romano* (6<sup>a</sup> edición, Milano, Giuffrè, 1996), p. 58; WESENBERG, Gerhard, "*Privilegium*", en ZIEGLER, Konrad (editor), *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft* (Stuttgart, Alfred Druckenmüller, 1957), XLV, coll. 19 ss.; LONGO, Giovanni, "*Ius singulare*", en *Études Jean Macqueron* (Aix en Provence, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Aix-en-Provence, 1970), pp. 454 ss., opponiert hiergegen mit übertriebener Spitzfindigkeit und schwachen Argumenten.

<sup>111</sup> Manchmal auch *proprium*: D. 29,1,2 (Gai., 15 *ed prov.*). LONGO, Giovanni, cit. (n. 110), pp. 454 s., will auf der Grundlage übertriebener Textkritik nur diesen Begriff gelten lassen.

<sup>112</sup> Dies ergibt sich aus D. 28, 6, 15 (Pap., 6 *resp.*); D. 28, 3, 7 (Ulp., , 10 *ad Sab.*); D. 29, 1, 3 (Ulp., , 2 *ad Sab.*); D. 29, 1, 11 pr. (Ulp., , 45 *ad ed.*); PS 3, 4a 3. In allen genannten Fragmenten wird *ius commune* in Opposition gesetzt zu *ius militare*, welches das klassische Beispiel eines *ius singulare* ist. Im Ergebnis ebenso SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, Veit, 1840), I, p. 62. KASER, Max, *RPR*, cit. (n. 10), p. 211 n. 112, meint, es handle sich nicht um das exakte Gegenteil; schärfer als dieser WUNNER, Erik, *Rez.: Asa Garín, El concepto de ius singulare en derecho romano*, en *ZSS*, 86 (1969), 508, p. 510.

<sup>113</sup> Das ergibt sich etwa indirekt aus D. 29,1,17,4 (Gai., 15 *ed prov.*); 28,3,7 (Ulp., 10 *Sab.*). So ARANGIO-RUIZ, Vincenzo *L'origine*, cit. (n. 5), pp. 157, 193; CHEVAILLER, Laurent, cit. (n. 5), pp. 13 ss.; GLÜCK, Christian Friedrich von, *Pandecten*, XLII, (n. 1), p. 32; GUARINO, Antonio, *Sull'origine*, cit. (n. 5), p. 347; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (2<sup>a</sup> edición, Santiago, 2013), I, p. 97; ORESTANO, Riccardo, "*Ius singulare*" e "*privilegium*" in *diritto romano* (1937-39), ahora en, EL MISMO, *Scritti* (Napoli, Jovene, 1998), I, pp. 309, 496.

<sup>114</sup> WUBBE, Felix, "*Ius singulare quid sit*", en SCHERMAIER, Martin Josef (editor), "*Ars boni et aequi*". *Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 70. Geburtstag* (Stuttgart, Steiner, 1993), pp. 466 ss., meint, das Adjektiv *singulare* sei hier nicht epithetisch, sondern prädiaktiv gebraucht: "*Singulare* ist das *ius*, welches [...]". In der Folge hiervon handle es sich also gar nicht um einen terminus technicus. Hiergegen spricht aber entschieden die Palingsenie unseres Textes, der aus dem *Liber singularis de iure singulare* stammt. GUARINO, Antonio, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare* (1946) ahora EL MISMO, *Pagine di diritto romano* (Napoli, Jovene, 1995), VI, pp. 53 ss., und SCHULZ, Fritz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar, Böhlau, 1961), p. 329, halten diese Schrift freilich für nicht echt, führen hierfür aber keine überzeugenden Argumente an. Ausführlich und mit guter Argumentation für die Echtheit AMBROSINO, Rodolfo, "*Ius singulare*" (Milano, Giuffrè, 1947), p. 299 ss.

*utilitatem auctoritate constituentium introductum est*<sup>115</sup>. Drei Tatbestandsmerkmale hat das *ius singulare* demzufolge: Es ist “*contra rationem (iuris)*”, es existiert um einer “*utilitas (publica)*” willen und es ist “*auctoritate constituentium introductum*”. Betrachten wir diese Tatbestandsmerkmale der paulinischen Definition mit Blick auf das Soldatentestament.

“*Contra rationem (iuris)*”: Wie zuvor gezeigt, ist das Soldatentestament geradezu ein Angriff auf die Grundfesten des römischen Testamentsrechts. Praktisch keine der Regeln, welche dieses Testamentsrecht in der Rückschau charakterisieren, gilt für die Soldaten. “*Contra tenorem rationis*” meint also solche Rechtssätze, die aus dem herkömmlichen Recht heraus niemals geschaffen worden wären, weil sie mit der hergebrachten Rechtsordnung in Widerspruch stehen, weil sie –aus ihrer Sicht zumindest– unlogisch sind<sup>116</sup>. Warum sie dennoch Eingang in die Rechtsordnung fanden, ergibt sich aus dem zweiten Element der paulinischen Definition.

“*Propter aliquam utilitatem*”: Offiziell motivierten die Kaiser das Soldatentestament mit der *imperitia* und *simplicitas* der Soldaten (“*erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendam*”<sup>117</sup>). Erstaunlicherweise –und das Erstaunen kann nicht genug betont werden– neigen gerade Juristen dazu, den Kaisern das von ihnen propagandistisch selbst verkündete Motiv dieser Privilegierung zu glauben.<sup>118</sup> Wenn die *simplicitas* die *ratio legis* wäre, so ließe es sich nicht erklären, warum das Privileg nur für die Dauer des Dienstes gilt und nicht für die Zivilisten auch<sup>119</sup>, warum man also nicht gleich den alten Zopf der Testamentsförmlichkeiten abschneidet. Dasselbe gilt für die vorgebrachte Vermutung, nicht so sehr die “*simplicitas*” als die Fremdheit vieler der Soldaten habe eine solche Regel notwendig gemacht und auch beeinflusst. So meinte vor allem Arangio-Ruiz eine große Nähe zum griechischen Recht feststellen zu können.<sup>120</sup> Nach ihrem Abschied werden die Veteranen aber nicht römischer als sie es vorher waren. Aus der *ratio legis* läßt sich das Soldatentestament nicht erklären. Es handelt sich vielmehr ganz klar und unmißverständlich um eine politische Konzession an diejenige Personengruppe, auf welcher der Staat ruhte,

---

<sup>115</sup> AMBROSINO, cit. (n. 114), pp. 355 ss.; GUARINO, Antonio, *Il problema*, cit. (n. 114), pp. 27 ss.; LONGO, Giovanni, cit. (n. 110), pp. 459 ss.; ORESTANO, Riccardo, cit. (n. 113), pp. 356 ss.; TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1990), pp. 64 ss.; WARMELLO, Paul van, *D. I, 3* (“*De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*”) en *Studi in onore di Eduardo Volterra* (Milano, Giuffrè, 1971), I, pp. 422, 415 s.; WUBBE, Felix, cit. (n. 114), pp. 466 ss.

<sup>116</sup> Gleichsinnig AMBROSINO, Rodolfo, cit. (n. 114), p. 315 ss., GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 113), I, p. 97; PUGLIESE, Giovanni, cit. (n. 110), p. 459 ss.; SAVIGNY, Friedrich Carl von, cit. (n. 112), I, p. 64.

<sup>117</sup> D. 29,1,1 pr. (Ulp., 45 ed.).

<sup>118</sup> D. 29,1,1 pr. (Ulp., 45. ed.); BOLLA, Sibylle von, *Soldatentestament*, cit. (n. 5), pp. 273 ss.; PUGLIESE, Giovanni, cit. (n. 110), p. 460, überhmen diese Begründung als *ratio* des Soldatentestaments.

<sup>119</sup> Skeptisch auch GLÜCK, Friedrich Christian von, cit. (n. 1), XLII, p. 31 s.

<sup>120</sup> ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *L'origine* (n. 5), p. 157 ss.

den Soldaten nämlich.<sup>121</sup> Das Soldatentestament ist ja beileibe nicht die einzige Privilegierung dieses Standes: In dem Moment, wo die Soldaten aus dem Dienst treten, entfällt die Notwendigkeit, sie mit solchen Vergünstigungen bei Laune zu halten. Der Kaiser verdankte seine Macht den aktiven Soldaten, sie waren die Stütze des Staates<sup>122</sup>; so pflegte beispielsweise Alexander Severus zu sagen, "*militis se magis servire quam se ipsum, quod salus publica in his esset*"<sup>123</sup>. Die *utilitas*, um die es beim Soldatentestament geht, ist also, daß der Kaiser sich des Wohlwollens seiner Soldaten versichert, da sie die Basis seiner Macht sind<sup>124</sup> – beredtes Zeugnis hierfür ist das obligatorische *donativum* an die Soldaten bei Amtsantritt<sup>125</sup> und das *beneficium competentiae* des aktiven Soldaten gegenüber jedermann<sup>126</sup>. Der Grund dafür, tragende Grundsätze und Bestimmungen des Testamentsrechts für Soldaten über den Haufen zu werfen, ist also eine politische Notwendigkeit, welche sich darin äußert, eine bestimmte Gruppe von Rechtsgenossen anders zu behandeln als die übrigen<sup>127</sup>.

"*Ex auctoritate constituentium*". Das Soldatentestament geht, wie gesagt, auf eine zeitlich befristete Maßnahme Caesars zurück und wurde vor allem von Titus, Domitian, Nerva und Trajan weiterentwickelt<sup>128</sup>. Es ist kein Honorarrecht und beruht auch nicht auf einer *lex publica*, sondern in der Gesetzgebungstätigkeit der Kaiser<sup>129</sup>. "*Ex auctoritate constituentium*", das man auf den ersten Blick auch auf das Juristenrecht beziehen könnte<sup>130</sup>, meint von den Kaisern gesetztes Recht und den Juristen in die Einzelheiten hinein weiterentwickeltes Recht<sup>131</sup>. Es wäre

<sup>121</sup> So auch CHEVAILLER, Laurent, cit. (n. 5) p. 49; SCARANO USSANI, Vincenzo, "*Testamentum militis*", cit. (n. 5), pp. 1383 ss; Nachweise zu älteren Autoren, z.B. Vinnius, die diese Auffassung vertreten haben bei GLÜCK, Friedrich Christian von, cit. (n. 1), XLII, p. 31 n. 81.

<sup>122</sup> CHRIST, Karl, *Geschichte der römischen Kaiserzeit* (3<sup>a</sup> edición, München, C.H. Beck, 2005), pp. 410 ss.

<sup>123</sup> *Hist. Aug., Alexander Severus* 47,1; hierzu anschaulich GIBBON, Eduard, *Decline and Fall of the Roman Empire* (ed. Smeaton, London 1910), I, pp. 149 ss.

<sup>124</sup> Hierzu mit breitem historischen Hintergrund SCARANO USSANI, *Privilegio* cit. (n. 110), p. 17.

<sup>125</sup> Hierzu VEYNE, Paul, *Le pain et le cirque* (Paris, Seuil, 1976), p. 609 ss.

<sup>126</sup> D. 42,1,6 pr. (Ulp., 66 ed.); hierzu GILDEMEISTER, Jochim, *Das "beneficium competentiae" im klassischen römischen Recht* (Göttingen, Schwartz, 1986), pp. 31 ss., der überzeugend die Echtheit des Textes verteidigt. VOCI, Pasquale, *Istituzioni* (n. 110), p. 396, bemerkt hierzu: "Benevolenza veramente eccessiva".

<sup>127</sup> Wieacker bezeichnet das *ius singulare* daher treffend als "opportunistisches Recht", WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte* (München, Beck, 2006), II, p. 52. S. auch SCEVOLA, Roberto, "*Utilitas publica*" (Padova, CEDAM, 2012), pp. 381 s.

<sup>128</sup> D. 29,1,1 (Ulp., 45 ed.). BOLLA, Sibylle von, *Erbrecht* cit. (n. 5), pp. 2 ss. Zum verfassungsrechtlichen Hintergrund SCHERILLO, Gaetano, *D. 1.4.3 (Giavoleno), L. 13 EP e il testamento militare, en Studi in onore di E. Volterra* (Milano, Giuffrè, 1971), III, pp. 613, 621 s.

<sup>129</sup> VOCI, Pasquale, *DER.*, cit. (n. 14), II, p. 99.

<sup>130</sup> Semantisch wäre dies durchaus möglich, wenn man etwa D. 50,16,120 (Pomp., 5 *Quint. Muc.*) i.f. in Betracht zieht.

<sup>131</sup> AMBROSINO, Rodolfo, cit. (n. 114), pp. 367 ss.; BRINZ, Alois von, *Lehrbuch der Pandekten* (2<sup>a</sup> edición, Erlangen, Deichert, 1892), § 25; GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 113), I, p. 98; SAVINGY, Friedrich Carl von, cit. (n. 112), I, p. 63; STURM, Fritz, *Rez.: VACCA, Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, en *BIDR.*, 81 (1978), 367, p. 375 s.; TALAMANCA,

auch sehr schwer vorstellbar, daß die Juristen aus eigener Machtvollkommenheit solche genuin politischen und eben nicht rein rechtlichen Entscheidungen hätten selber können<sup>132</sup>. Nach der celsinischen Definition ist *ius* ja die *ars boni et aequi*<sup>133</sup>. Und in “*aequum*” steckt der Gedanke der Gleichheit<sup>134</sup>. Gerade die *aequitas* wird aber verletzt, wenn eine bestimmte Gruppe wie die Soldaten anders haftet als der Rest, ohne daß es einen triftigen Grund zu einer solchen Unterscheidung gäbe. Für den kaiserrechtlichen Ursprung des *ius singulare* sprechen auch terminologische Gründe. Die subjektiven Befugnisse, welche das *ius singulare* gewährt, heißen *privilegia* oder *beneficia*<sup>135</sup>. Nach Mommsen bedeutet *beneficium* nutzbares Recht für Individuen oder Klassen<sup>136</sup>. So erklärt Kaiser Nerva in einem Edikt: “*me securitatem omnium quieti meae praetulisse, ut et libenter nova benefica conferrem, et ante me concessa servarem*”<sup>137</sup>. Die Privilegien der Soldaten werden dementsprechend von Afrikan und Ulpian auch ausdrücklich als *beneficia* bezeichnet<sup>138</sup>; *privilegium*<sup>139</sup> und *beneficia* ihrerseits sind ein Ausdruck für kaiserliche Wohlfahrtsfürsorge: Daß die Kaiser sich überhaupt der sozialen Fragen annahmen, ist noch nicht so lange Gegenstand historischer Forschung und Erkenntnis. Die wichtigste Untersuchung hierzu ist die Monographie von Veyne *Le pain et le cirque* von 1979<sup>140</sup>. Der von

---

Mario, *Istituzioni*, cit. (n. 115), p. 64; WUBBE, Felix, cit. (n. 114), p. 467. Anderer Auffassung: GIARO, Tomasz, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, en ZSS., 111 (1994), 66, p. 79<sup>90</sup>; ORESTANO, Riccardo, cit. (n. 113), p. 373, unter Bezug auf D. 9,2,51,2 (Iul., 86 dig.), der sich aber nicht auf *ius singulare* bezieht; WARMELO, Paul van, cit. (n. 115), p. 415.

<sup>132</sup> Ebenso REGELBERGER, Ferdinand, *Streifzüge im Gebiet des Zivilrechts*, en *Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für Rudolf von Jhering etc.* (Leipzig, Deichert, 1892), pp. 48 s.

<sup>133</sup> Ulp., 1 inst.; D. 1,1,1 pr. (Ulp., 1 inst.).

<sup>134</sup> STAGL, Jakob Fortunat, *Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer “aequitas”*, en MANTOVANI, Dario (editor), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (Pavia, IUSS Press, 2007), pp. 675 ss.

<sup>135</sup> Gleichsinnig GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 113), I, p. 98; TALAMANCA, Mario, *Istituzioni*, cit., (n. 115), p. 65 s. Zur Erscheinung des *privilegium* SCARANO USSANI, Vincenzo, “*Privilegium*” (n. 110), pp. 7 ss., 27 ss.; WESENBERG, Gerhard, cit. (n. 110), coll. 17 ss. Anders die soziologische Interpretation Veynes, der Begriff sei ‘essentialistisch’ zu verstehen: Der Kaiser ist gut und das, was er tut ist daher per se ein *beneficium*; VEYNE, Paul, cit. (n. 125), p. 622 ss.

<sup>136</sup> MOMMSEN, Theodor, *Römisches Staatsrecht* (3<sup>a</sup> edición, Leipzig, Hirzel, 1887), II, p. 1126; gleichsinnig SALLER, Richard P., “*Status*” and *Patronage*, en BOWMAN, Alan y otros (editores), *Cambridge Ancient History* (2<sup>a</sup> edición, Cambridge, CUP, 2000), VIII, pp. 817, 840 s.

<sup>137</sup> PLIN., *Ep.* 10,58,7-9.

<sup>138</sup> D. 29,1,3 (Ulp., 2 Sab.): “*Si miles, qui destinaverat communi iure testari, ante defecerit quam testaretur? pomponius dubitat. sed cur non in milite diversum probet? neque enim qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit, nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua iudicia, sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus: quemadmodum plerique pagani solent, cum testamenti faciunt perscripturam, adicere velle hoc etiam vice codicillorum valere. quicquam dixerit, si imperfectum sit testamentum, codicillos non esse, nam secundum nostram sententiam etiam divus marcus rescriptit*”. D. 29,1,21 (Afr., 4 quast.): “*Quod constitutum est, ut testamentum militiae tempore factum etiam intra annum post missionem valeret, quantum ad verba eius ad eos dumtaxat qui mitti solent id beneficium pertinere existimavit: secundum quod neque praefectos neque tribunos aut ceteros, qui successoribus acceptis militare desinunt, hoc privilegium habituros*”.

<sup>139</sup> D. 29, 1, 24 (Flor. 10 inst.).

<sup>140</sup> VEYNE, Paul, cit. (n. 125), *passim*. Siehe jetzt auch: JACQUES, François - SCHEID, John,

Veyne beschriebene sog. Euergetismus war eine Strategie zur Legitimation der kaiserlichen Herrschaft. So heißt es in Lucas 22, 25: "*Reges gentium dominatur eorum et, qui potestatem habent super eos, benefici (euergetai) vocantur*". Soziale Fürsorge wird vom Herrscher erwartet und indem er sie erbringt, sichert er sich die Dankbarkeit und Loyalität seiner Untertanen.

## 2. Das "ius singulare" in der bisherigen Forschung.

Sofern die heutige Romanistik das *ius singulare* überhaupt behandelt<sup>141</sup>, wird es bestenfalls bagatellisiert<sup>142</sup>, vielfach aber als Kategorie mit eigenständiger Bedeutung für das klassische Recht gelehrt. Für solche Verweigerung gibt es verschiedene Methoden. Am einfachsten machen es sich Guarino<sup>143</sup> und Longo<sup>144</sup>, sie halten insbesondere die paulinische Definition für weitgehend interpoliert. Orestano hingegen war der Auffassung, daß es sich beim Gegensatzpaar *ius singulare* und *commune* nicht um eine dogmatische Kategorie handele, sondern um solches Recht, das entsteht, wenn die Teleologie eines überkommenen Rechtsinstituts durch eine neue Teleologie ersetzt wird, welche dementsprechend das Rechtsinstitut umformt<sup>145</sup>. Diese zeitliche Perspektive ist mit Sicherheit richtig, doch fragt es sich, wieso hieraus folgen sollte, daß es sich beim *ius singulare* nicht um eine ‚dogmatische‘ Kategorie handelt. Denn irgendwie müssen doch die Juristen damit umgehen, daß sich Dank kaiserlicher Gesetzgebung einander widersprechende Rechtsmassen gleichzeitig gegenüberstehen. Seit Windscheid<sup>146</sup> weit verbreitet und zuletzt von Wubbe<sup>147</sup> vertreten ist die Auffassung, daß *ius singulare* eine überflüssige Kategorie sei, da man das *ius singulare* vom *ius commune* nicht abgrenzen könne, beides sei ja *ius*: Man könne letztlich mit logischen Mitteln eine Unterscheidung zwischen dem normalen und dem besonderen Recht nicht treffen<sup>148</sup>. Wie der Blick auf das Soldatentestament und den *favor dotis* gezeigt hat, ist es aber sehr wohl möglich, beide Rechtsmassen voneinander abzugrenzen – wozu wir freilich in der Argumentation etwas vorgreifen müssen: *Ius singulare* ist das Recht, das die Juristen aus sich heraus nicht geschaffen hätten. Daß diese Unterscheidung im Einzelfall schwierig zu treffen sein mag, ändert nichts an ihrer

---

*Roma el il suo Impero* (4ª edición, Bari - Roma, Laterza, 2006), pp. 416 ss.

<sup>141</sup> Schulz handelt, soweit ersichtlich, in seiner Trilogie ("History", "Prinzipien" und "Class. R.L.") nicht davon.

<sup>142</sup> So bei KASER, Max, *RPR*, cit. (n. 10), p. 211.

<sup>143</sup> ZULETZ GUARINO, Antonio, *L'ordinamento giuridico romano* (5ª edición, Napoli, Jovene, 1990), p. 435.

<sup>144</sup> LONGO, Giovanni, cit. (n. 110), pp. 459 ss.

<sup>145</sup> ORESTANO, Riccardo, cit., (n. 113), p. 309 ss.

<sup>146</sup> WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandectenrechts* (9ª edición, Frankfurt a. M., Ruetten & Loening, 1906), § 29.

<sup>147</sup> WUBBE, Felix, cit. (n. 114), p. 451 ss.

<sup>148</sup> Gleichsinnig GUARINO, Antonio, *Il problema*, cit. (n. 114), pp. 15 ss.

Berechtigung und Notwendigkeit<sup>149</sup> – die Jurisprudenz ist eben wie Jhering gesagt hat eine “Scheidekunst”<sup>150</sup>.

Fragt man sich, wieso die Kategorie des *ius singulare* der Romanistik solche Schwierigkeiten bereitet, muß man wohl sagen, daß, zumindest in der Anschauung eines modernen Juristen, die Anwendung des Maßstabes der *ratio iuris* an geltendes Recht zum Zwecke der Unterscheidung in *ius commune* oder *singulare* den Gedanken eines vorpositiven Rechts voraussetzt; nur dieses kann den Maßstab dafür liefern, ob ein Rechtssatz der *ratio iuris* entspricht oder nicht. Wer also das Bestehen eines Naturrechts ablehnt, wie z.B. Windscheid<sup>151</sup>, wird in aller Regel auch die Unterscheidung von *ius commune* und *singulare* für, so sagt er wörtlich, “unverwendbar” halten<sup>152</sup>. Wenn dies auch dem modernen Positivismus nicht schmecken mag, die Idee einer *ratio iuris* ist in den Quellen, wie wir gleich sehen werden, so reich belegt und so gut belegt<sup>153</sup>, daß man hier von einer feststehenden Denkfigur der klassischen Juristen ausgehen muß. Was die Römer in diesem Zusammenhang wirklich unter *ratio iuris* verstanden haben, das wird noch zu klären sein.

### 3. Das “*ius singulare*” im System des römischen Rechts.

Die Bedeutung der Kategorie *ius singulare* für das System des römischen Rechts erschließt sich am besten, wenn man sie in den Kontext stellt, in welchem sie in den Digesten eingeführt wird. Wir lassen also ganz einfach die Quellen so sprechen wie Justinian dies wollte<sup>154</sup>: Die Definition des *ius singulare* findet sich Titel D. 1,3 “*De legibus senatusque consulti et longa consuetudine*” (ihr geht eine aus verschiedenen Zitaten zusammengesetzte Reflektion darüber voran, welche Rechtssätze Allgemeingültigkeit beanspruchen können und welche nicht und enthält die Kernaussagen der Klassiker zur Gesetzesinterpretation<sup>155</sup>). Beginnen wir mit Ulpian D. 1,3,13 (1 *ed. aed. cur.*): “*Nam, ut ait Pedius, quotiens lege*

<sup>149</sup> Anders WINDSCHEID, Bernhard, cit. (n. 146), § 29<sup>1</sup>, und ihm folgend ORESTANO, Riccardo, cit. (n. 113), p. 340.

<sup>150</sup> JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1907), II, p. 39; ihm folgend Schulz, *Geschichte* (n. 114), p. 13.

<sup>151</sup> WINDSCHEID, Bernhard, cit. (n. 146), § 23.

<sup>152</sup> WINDSCHEID, Bernhard, cit. (n. 146), § 29, schreibt in der Bibliographie zu § 29 in bezug auf die Schrift von REMY, Julius *Der Begriff des ius singulare und seine praktische Verwendbarkeit* (Erlangen, Univ.-Diss., 1895), der Titel müsse heißen “[...] und seine praktische Un-Verwendbarkeit”.

<sup>153</sup> FV. 292, 281, 35/5; Gai. 3,160; PS. 5, 11, 5; UE. 24, D. 1,3,14-16; Paul., 54 *ed.*); D. 1,3,15 (Iul., 27 *dig.*); D. 1,3,25 (Mod., 8 *resp.*); D. 20,6,4,2 (Ulp., 73 *ed.*); D. 29,7,14 pr. (Scaev., 8 *quaest.*); D. 34,9,18,2 (Scaev., 8 *quaest.*); D. 35,1,16 (Gai., 1 *de test.*); D. 35,1,33 pr. (Marci., 6 *inst.*); D. 40,1,25 (Gai., 1 *de man.*); D. 41,3,33 pr. (Iul., 44 *dig.*); D. 42,6,3 pr. (Pap., 27 *quaest.*); D. 45,3,18,3 (Pap., 27 *quaest.*); D. 48,19,33 (Pap., 2 *quaest.*); D. 49,15,10 pr. (Pap., 29 *quaest.*); D. 50,4,3,7 (Ulp., 2 *op.*); D. 50,17,141 pr. (Paul., 44 *ed.*).

<sup>154</sup> Ebenso verfahren SAVIGNY, Friedrich Carl von, cit. (n. 112), I, p. 61 n. P); und BRINZ, Alois von, cit. (n. 131), § 25.

<sup>155</sup> SERRAO, Feliciano, *L'interpretazione della legge* (1963), ahora en EL MISMO, *Classi partiti e legge nella repubblica romana* (Pisa, Pacini, 1981), p. 155.

*aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri*<sup>156</sup>. Nach dieser Aufforderung zu teleologischer Konsequenz<sup>157</sup> heißt es im folgenden Fragment von Paulus in D. 1,3,14 = D. 50,17,141 pr. (54 ed.): "*Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*"<sup>158</sup>. Rechtssätze hingegen, die *contra rationem iuris* gelten, sind ungeachtet der ulpianischen Aufforderung zur Konsequenz nicht extensiv auszulegen. Fast gleichsinnig wie Paulus formuliert Julian im darauffolgenden Fragment D. 1,3,15 (27 dig.): "*In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*"<sup>159</sup>. Nach der Meinung einiger Autoren habe Julian hier gesagt: Wo ein Rechtssatz gilt, der *contra rationem iuris* ist, gilt die Regel nicht, welcher dieser Rechtssatz derogiert<sup>160</sup>. Dem ist Pugliese überzeugend entgegengetreten: Im 27. Buch seiner Digesten bespricht Julian das Soldaten-Testament. Darin handelt er unter anderem von dem Fall<sup>161</sup>, daß ein Militär-Tribun im Felde bleibt, obgleich er abgelöst worden ist: Die Wirksamkeit der von ihm im Felde errichteten Kodizille richtet sich nunmehr nach Zivilistenrecht und nicht mehr nach den besonderen Regeln des Militär-Testaments.

Es gibt also zunächst einmal Rechtssätze, die von den Juristen auf teleologisch ähnlich gelagerte Fälle zu übertragen sind. Dies gilt aber nur dann, wenn diese Sätze der *ratio iuris* folgen; tun sie das nicht, sondern sind sie vielmehr *contra rationem iuris*, d.h. "in deviazione dal sistema" (Vacca<sup>162</sup> und daher weder weiterzuentwickeln noch zu verallgemeinern<sup>163</sup>. Eben dieses nicht zu verallgemeinernde Recht meint Paulus in der sich anschließenden Definition des *ius singulare*<sup>164</sup>. Paulus spricht hier nur von *tenor rationis*, doch ist damit dasselbe gemeint wie

<sup>156</sup> FALCONE, Giovanni, *D. 1, 3, 13 Pedio, Ulpiano e la "lex contractus"*, en *Labeo*, 43 (1997) pp. 240 ss., mit umfassender Bibliographie; WARMELO, Paul van, cit. (n. 115), p. 415.

<sup>157</sup> Der Text wird gemeinhin so verstanden, daß er sich auf die analoge Anwendung von Gesetzen beziehe [etwa KASER, Max, *RPR*, cit. (n. 10), p. 232 mit n. 28]. FALCONE, Giovanni, cit. (n. 156), p. 258, hingegen macht wahrscheinlich, daß es sich ursprünglich um eine Anweisung zur ‚ergänzenden‘ Auslegung von Verträgen (*lex venditionis*) gehandelt habe. Die Frage kann hier auf sich beruhen.

<sup>158</sup> FALCONE, Giovanni, cit. (n. 156), p. 240 ss.; PUGLIESE, Giovanni, cit. (n. 110), p. 462; STEINWENTER, Arthur, *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie*, en *Studi in memoria di Emilio Albertario* (Milano, Giuffrè, 1953), II, pp. 117 s.; VACCA, Letizia, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1982), p. 53 s.; WARMELO, Paul van, cit. (n. 115), p. 415 s.

<sup>159</sup> MAYER-MALY, Theo, *Reflexionen über "ius" II*, en *ZSS.*, 119 (2002), 1, p. 17 s.; PUGLIESE, Giovanni, cit. (n. 110) p. 462 s.; SCHMIDLIN, Bruno, *Römische Rechtsregeln* (Köln, Böhlau, 1970), pp. 34 s.; STEIN, Peter, *Regulae iuris* (Edinburgh, EUP, 1966), p. 96 s.; STEINWENTER, Arthur, cit. (n. 158), p. 117 f.; VACCA, Letizia, cit. (n. 158), p. 53 s.; WARMELO, Paul van, cit. (n. 115), pp. 415 s.

<sup>160</sup> AMBROSINO, Rodolfo, cit. (n. 114), p. 442; SCHMIDLIN, Bruno, cit. (n. 159), p. 35.

<sup>161</sup> D. 29, 1, 20 (Jul. 27 dig.).

<sup>162</sup> VACCA, Letizia, cit. (n. 158), p. 53.; WARMELO, Paul van, cit. (n. 115), p. 415.

<sup>163</sup> VACCA, Letizia, cit. (n. 158), p. 53.

<sup>164</sup> Mit überzeugender Argumentation aus der Palingenesie: PUGLIESE, Giovanni, cit. (n. 110), p. 462 mit n. 2. Ebenso SCHMIDLIN, Bruno, cit. (n. 159), p. 35 mit n. 40; STEIN, Peter, cit. (n. 158), p. 97; TALAMANCA, Mario, *Per la storia della giurisprudenza romana*, en *BIDR.*,

mit *ratio iuris* bei Julian. Denn ausweislich des palingenetischen Kontextes bezieht sich die zitierte Aussage Julians auch auf das Soldatentestament und damit auch auf *ius singulare*<sup>165</sup>.

Damit erweist sich für die Juristen als der entscheidende Unterschied die Motivation, aus der heraus dieses Recht geschaffen wurde: *ius commune* ist, was *propter rationem iuris* geschaffen ist, *ius singulare* hingegen, was *contra rationem iuris* geschaffen ist<sup>166</sup>. Während das eine Recht durch seine Konformität mit der *ratio iuris* legitimiert ist, ist das andere dadurch legitimiert, daß es in Befolgung eines Auftrages<sup>167</sup> der Gesetzgebungsorgane geschaffen wurde. Das eine ist aus dem Recht heraus entwickeltes Recht, das andere "von außen"<sup>168</sup> (Savigny), das heißt politisch octroyiertes Recht. Das ist ein erheblicher Unterschied, denn viele diese Autorität weg, verlöre auch das von ihr gesetzte *ius singulare* an Legitimität und damit über kurz oder lang seinen Geltungsanspruch<sup>169</sup>.

Entgegen Kaser ist also *ius singulare* keineswegs ein "Ausnahmesatz, der die allgemeine Regel durchbricht, wo deren logischen Konsequenzen der Rechtsvernunft und damit der Gerechtigkeit widerstreiten würden"<sup>170</sup>. Vielmehr ist das *ius singulare* Recht, welches der Rechtsvernunft und damit der Gerechtigkeit widerstreitet. Wenn etwa Soldaten anders haften als Pagane, ist das nicht Ausdruck besonderer Billigkeit, sondern ganz einfach unbillig, wenn auch politisch notwendig. Was aber ist die *ratio* genau, von der bislang die Rede war? Ein Element dieser Ratio ist sicher der Gleichheitsgedanke, welche einer Haftungsprivilegierung der Soldaten etwa widerspricht.

Es ist die logische Konsequenz ihres Ausnahmecharakters, daß eine Übertragung dieser *contra rationem iuris* geschaffenen Rechtssätze auf andere Bereiche von der *autoritas constituentium* nicht geboten und von der *ratio iuris* verboten ist: Das "*ius singulare non est producendum ad consequentias*", wie es bei Paulus heißt<sup>171</sup>. Damit ist, einen Ausdruck Brinz' aufgreifend, dem *ius singulare* die "Zeugungsfähigkeit" abgesprochen<sup>172</sup>. Diese Anweisung zur Impotenz gilt natürlich nicht für den Bereich, in welchem die Sätze des jeweiligen *ius singulare* ihre Wirksamkeit entfalten sollen. Dort ist es nicht nur statthaft, sondern auch geboten, die von

80 (1977), 195, pp. 288 s. mit n. 200; VACCA, Letizia, cit. (n. 158), p. 53. Anderer Auffassung MAYER-MALY, Theo cit. (n. 159), p. 17.

<sup>165</sup> Gleichsinnig SCARANO USSANI, Vincenzo, "Privilegium", cit. (n. 110), p.18; WUBBE, Felix, cit. (n. 114), p. 467.

<sup>166</sup> Ebenso SAVIGNY, Friedrich Carl von, cit. (n. 112), p. 61; und jetzt VACCA, Letizia, cit. (n. 158), p. 54. Anderer Auffassung LONGO, Giovanni, cit. (n. 110), p. 459 s., der meint, auch das *ius singulare* gehorche einer Logik. Dies ist aber nicht die Logik des Rechts, sondern die der Politik.

<sup>167</sup> Zur Semantik von "*ex auctoritate*" KUNKEL, Wolfgang, *Das Wesen des ius respondendi*, ZSS., 66 (1948), pp. 423 u. 437 ss.

<sup>168</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von, cit. (n. 112), I, p. 64. Ebenso STEIN, Peter, cit. (n. 158), p. 97. Anderer Ansicht wohl PUGLIESE, Giovanni, cit. (n. 110), p. 459.

<sup>169</sup> Zum Problem der "Geltung" im röm. Recht allgemein GIARO, Tomasz, cit. (n. 131), pp. 66 ss.

<sup>170</sup> KASER, Max, *RPR*. (n. 10), p. 211.

<sup>171</sup> Ebenso BRINZ, Alois von, cit. (n. 131), § 25.

<sup>172</sup> BRINZ, Alois von, cit. (n. 131), § 25.

*auctoritas constituentium* vorgegebene Teleologie weiterzuentwickeln<sup>173</sup>, wie der folgende Passus Iavolens zeigt D. 1,4,3 (13 *epist.*): "*Beneficium imperatoris, quod a divina scilicet eius indulgentia proficiscitur, quam plenissime interpretari debemus*"<sup>174</sup>. Aller Wahrscheinlichkeit nach bezog sich diese Maxime<sup>175</sup> auf ein Soldatentestament<sup>176</sup>. Das *ius singulare* hat damit vor allem die Bedeutung, daß es eine Grenze zum *ius commune* zieht und zugleich verbietet, daß Rechtsgedanken aus dem eignen Bereich in den Bereich des *ius commune* eingeführt werden<sup>177</sup>. Diese Isolierung dient zunächst der Sache des Rechts selbst – zumindest in den Augen der Juristen. Dem Soldatentestament eignet eine fortschrittliche Dynamik: Das heute geltende Erbrecht knüpft, wie wir noch sehen werden, an das Soldatentestament, nicht an das Zivilistenrecht. Ließe man es nun aus Sicht der klassischen Juristen zu, daß die Gedanken des *ius singulare* ungehindert in das *ius commune* einsickerten, könnte der langsame und bedächtig voranschreitende Prozeß der Fortentwicklung des römischen Rechts, der geradezu dessen Charakteristikum und einer der Gründe seiner Größe ist<sup>178</sup>, empfindlich gestört werden<sup>179</sup>. Daneben geht es natürlich auch darum, daß die Juristen durch die kategoriale Trennung von politischem Recht einerseits (*ius singulare*) und richtigem, logischem Recht andererseits (*ius commune*) ihren Herrschaftsbereich gegen kaiserliche Einflußnahme absicherten<sup>180</sup>.

Das hier gewonnene Verständnis des *ius singulare* zeigt sich exemplarisch an einem Text zum *favor libertatis* von Papinian in D. 40,5,23,3 (9 *resp.*): "*Etiam fideicommissaria libertas a filio post certam aetatem eius data, si ad eam puer non pervenit, ab herede filii praestituta die reddatur: quam sententiam iure singulare receptam ad cetera fideicommissa relicta porrigi non placuit*"<sup>181</sup>. Ein Vater gibt seinem Sohn fideikommissarisch auf, einen Sklaven freizulassen, wenn der Sohn ein bestimmtes Alter erreicht hat. Wenn der Sohn vor Erreichen dieses Alters stirbt, stellt sich die Frage, ob die fideikommissarische Bindung auch noch für den Erben des Sohnes gilt. Die fideikommissarische Freilassung ist an dem Tag vorzunehmen, an welchem der Sohn das festgesetzte Alter erreicht haben würde. Die Anordnung

<sup>173</sup> Derselben Auffassung wie im Text BRINZ, Alois von, cit. (n. 131), § 25. Anderer Auffassung STEINWENTER, Arthur, (n. 158), p. 118 s. Zu eng hingegen ECKARDT, Bernd, *Iavoleni Epistulae* (Berlin, Duncker & Humblot, 1978), p. 197, der meint, es handle sich nur um eine Anwendung zur genauen Auslegung – das ergibt keinen Sinn.

<sup>174</sup> CERAMI, Pietro *Plena interpretatio*, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (Milano, Giuffrè, 1983), III, pp. 107, 116 s.; ECKARDT, Bernd, cit. (n. 173), pp. 197 ss.; SCHERILLO, Gaetano, cit. (n. 128), p. 613 ss.

<sup>175</sup> So richtig ECKARDT, Bernd, cit. (n. 173), p. 199; gegen ihn CERAMI, Pietro, (n. 174), p. 116.

<sup>176</sup> CERAMI, Pietro, (n. 174), p. 117; SCHERILLO, Gaetano, cit. (n. 128), p. 619.

<sup>177</sup> Gleichsinnig STEIN, Peter, cit. (n. 158), p. 97.

<sup>178</sup> SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des Römischen Rechts* (Berlin, Duncker & Humblot, 1933), pp. 57 ss.

<sup>179</sup> GIARO, Tomasz, cit. (n. 131), p. 94, bezeichnet es als für das Juristenrecht "verhängnisvoll", daß sich der Schwerpunkt der Rechtsfortbildung seit Hadrian zum Kaiser hin verschob.

<sup>180</sup> Zu dieser dem Politischen abgekehrten Haltung der röm. Juristen etwa KASER, Max, *RPR.*, cit. (n. 10), p. 4 s. Zum Verhältnis von Kaisergewalt und Juristenrecht GIARO, Tomasz, cit. (n. 131), p. 93 s.

<sup>181</sup> AMBROSINO, Rodolfo, cit. (n. 114), pp. 237 ss.; WUBBE, Felix, cit. (n. 114), p. 459.

wurde also als befristet und nicht als bedingt durch den Geburtstag verstanden. Das widerspricht auf das Schärfste dem herkömmlichen Recht in dieser Frage: Wie bei Pomponius in aller Deutlichkeit ausgeführt, D. 36,2,22 pr. (5 *Quint. Muc.*), ist der *dies aetatis* als Bedingung zu verstehen, welche auf den zweiten Erben nicht weitergeführt wird. Wenn Papinian – gleich anderen Juristen und Kaisern<sup>182</sup> – für den Fall des Freilassungs-Fideikommisss anders entscheidet, ist dies ausschließlich dem *favor libertatis* geschuldet<sup>183</sup>. Wie Ambrosino überzeugend darlegte, geht diese Entscheidung zugunsten der Freiheit auf das *senatusconsultum Rubrianum* von 101/3 n. Chr. zurück – also auf gesetztes Recht<sup>184</sup>. Papinian qualifiziert das dem *favor libertatis* zuliebe geschaffene Recht als *ius singulare* und zieht hieraus die Konsequenz, daß Entsprechendes außerhalb des Bereichs des *favor libertatis* nicht zu gelten hab<sup>185</sup>, weil –der Leser verzeihe die Pedanterie– das *Senatusconsultum* politisch erwünschtes, aber der Logik widersprechendes Recht geschaffen hat. Damit bestätigt Papinian die hier vertretene Auffassung, daß *ius singulare* vor allem dazu dient, das *ius commune* und damit die *ratio iuris* vor Kontamination durch Gesetzgebung zu bewahren.

#### IV. DIE BEDEUTUNG DES SOLDATENTESTAMENTS FÜR DAS MODERNE TESTAMENT

Der Sinn und Zweck der Kategorie *ius singulare* ist es also, das normale –für Pagane geltende und von den Juristen für richtig gehaltene– Recht von dem –anomalous, für falsch gehaltenen– Sonderrecht für Soldaten abzugrenzen. Damit soll verhindert werden, daß das richtige Recht das falsche Recht korrumpiert. Es geht also um eine innersystemische Isolierung: den Bastarden der Politik wird der Umgang mit den legitimen Geschöpfen der Juristen untersagt. Damit erreichen die Juristen zum einen, daß sie ihre eigene Position gegenüber der kaiserlichen Rechtssetzung behaupten und das von ihnen kreierte Recht gegenüber dem *ius singulare* schützen. Zum anderen dienen sie aber damit auch den Zwecken der Kaiser: Indem das *ius singulare* als irrational qualifiziert wird, liefern die Juristen den Paganen eine Legitimation dafür, warum sie nicht an denselben Privilegien teilhaben dürfen wie die Soldaten: Diese Privilegien sind irrational und damit nicht erstrebenswert. Mit dieser Strategie hatten die Klassiker auch Erfolg: Der Klassizist Justinian änderte nichts an der Geltung insbesondere des *nemo pro parte*-Grundsatzes, obgleich er wußte, daß er den Erblassern *contre coeur* war. Wie sich das Spannungsverhältnis von *ius commune* und *singulare* in der gesamten Epoche

<sup>182</sup> D. 40,4,16 (Iul. 36 *dig.*); D. 40,7,19 (Ulp., 14 *ed.*); Cl. 7,4,9 (Alex., a. 225).

<sup>183</sup> Ebenso AMBROSINO, Rodolfo, cit. (n. 114), p. 239; siehe auch VOCI, Pasquale, *DER.*, cit. (n. 14), II, p. 602; WUBBE, Felix, cit. (n. 114), p. 459. Dies ergibt sich insbesondere aus: D. 40,4,16 (Iul., 36 *dig.*): “*Si ita scriptum fuerit. cum Titius annorum triginta erit Stichus liber esto eique heres meus fundum dato. et Titius, antequam ad annum trigensimum perveniret, decesserit, Sticho libertas competet, sed legatum non debebitur. nam favore libertatis receptum est, ut mortuo Titio tempus superesse videretur, quo impleto libertas contingeret. circa legatum defecisse condicio visa est*”.

<sup>184</sup> AMBROSINO, Rodolfo, cit. (n. 114), pp. 250 s.

<sup>185</sup> Gleichsinnig BRINZ, Alois von, cit. (n. 131), § 25.

des Gemeinen Rechts auswirkte, harrt noch noch der Untersuchung<sup>186</sup>; spätestens im Kodifikationszeitalter wirkte die rechtstheoretische Stigmatisierung als *ius singulare* hinsichtlich des Soldatentestaments jedenfalls nicht mehr. Sowohl das Preuß. ALR. als auch das ABGB. (§ 534) derogieren dem *nemo pro parte*-Grundsatz ausdrücklich und zwar gerade unter Berufung auf das Soldatentestament. Zeiller bemerkt hierzu in seinem Kommentar: "Daß es den römischen Rechtsgelehrten nicht ernst war, einen wirklichen Widerspruch darin zu finden [testat und intestat zu versterben], bewährt die Gestattung [eben hierzu] im Militärtestament"<sup>187</sup>. Auch für den Redaktor des Erbrechts für die erste BGB-Kommission, Schmitt, konnte es keinen Zweifel geben, daß der *nemo pro parte*-Grundsatz im BGB. keine Geltung haben könne. Hierzu berief er sich gleich vor ihm Zeiller auf das Soldatentestament sowie das ABGB.<sup>188</sup> Dogmatisch gesehen begründete Schmitt die Ablehnung damit, daß oberster Grundsatz des Testamentsrechts die Testierfreiheit sei und es keinen Sinn gebe, diese gewährte Freiheit mit "formalen Fallen" zu umgeben<sup>189</sup>. Und gerade der *nemo pro parte*-Grundsatz ist eine solche Falle wie der von ihm gleichfalls zitierte Justinian ausdrücklich sagt: "*neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur*"<sup>190</sup>. Unser modernes Testamentsrecht stammt also nicht vom klassischen römischen Testamentsrecht mit seinen "formalen Fallen" ab, sondern vom Soldatentestament, mit seiner Exaltation der Testierfreiheit. Oder anders gesagt: Das moderne Testament ist das Soldatentestament der Römer, es sollte zunächst isoliert bleiben und insoweit die Funktion eines Experimentierfeldes haben<sup>191</sup>. Die Tatsache aber, daß das Soldatentestament in die justinianische Kodifikation aufgenommen worden war und damit stets als Alternative zum verzapften klassischen Testament zur Verfügung stand, gebietet es, in dieser "kritischen" Testamentsform mit Chevailler einen "facteur actif du démantèlement progressif de l'antique droit testamentaire" zu sehen<sup>192</sup>. Es stellt sich doch stets – und zwar mit Aufdringlichkeit – die Frage, warum den Zivilisten nicht dasselbe Privileg zuteil werde, daß "*sola voluntas in testando spectatur*".

Die Geschichte des Soldatentestaments zeigt, wie die Politik brutal in das Privatrecht eingreift und aus Opportunismus ein nur auf Verwirklichung des Erblasserwillens gerichtetes Testamentsrecht der Soldaten schafft. Die Juristen stemmen sich hiergegen und versuchen diesen Bastard der Politik als *ius singulare*

<sup>186</sup> COING, Helmut, *Europäisches Privatrecht* (München, Beck, 1985), I, pp. 89 s., übersieht diesen ganzen Gesichtspunkt völlig.

<sup>187</sup> ZEILLER, Franz von, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* etc. (Wien u. Triest, Geistlinger, 1813), II, 2, pp. 382 ss.

<sup>188</sup> SCHMITT, Gottfried von, in SCHUBERT, Werner (editor), *Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches/Erbrecht Teil II* (Verfasser: G. v. Schmitt, Erbrecht (Berlin-New York, Springer, 1984), pp. 274 ss.: D. 50,17,7 (Pomp., 3 *ad Sab.*); Inst. 2,14; D. 29,1,6 (Ulp., 5 *Sab.*); D. 49,17,19,2 (Tryph., 18 *disp.*); D. 29,1,37 (Paul., 7 *quaest.*); Cl. 6,21,2 (Ant., a. 213).

<sup>189</sup> SCHMITT, Gottfried von, cit. (n. 188), p. 275.

<sup>190</sup> Inst. 2,14,5 in fine.

<sup>191</sup> CHEVAILLER, Laurent, cit. (n. 5), p. 24.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 50.

abzuschieben. Doch setzt sich – vermittelt einer ‚List der Vernunft‘ (Hegel), wie sich versteht – der Grundgedanke des Soldatentestamentes durch, daß man die Testierfreiheit nicht durch “formale Fallen” beschränken solle. Er setzt sich deshalb durch, weil er mehr der *ratio iuris* entspricht als “formale Fallen” für ein ethisches Prinzip dies tun – im Gegenteil solche Fallen sind stupides Beharren auf überkommenen Grundsätzen und eben nicht Ratio. Eine Parallele zeigt sich etwa bei den Testamentsformen: Die Verfasser des BGB standen dem eigenhändigen Testament sehr skeptisch gegenüber. So wurde diese Testamentsform zwar Gesetz, aber in einer Fassung mit ganz erheblichen Fallen für die Testierfreiheit: Der alte, bis 1938 geltende § 2247 BG verlangte nämlich die handschriftlich geschriebene und unterschriebene, richtige Angabe von Ort und Datum des Testaments zwingend. Dessenwegen waren wohl 30 Prozent aller eigenhändigen Testamente nichtig, z.B. auch ein Testament unter Verwendung einer vorgedruckten Ortsangabe auf dem Briefpapier eines Hotels (“Hotel XY Altona, den [...]”)<sup>193</sup>. Weshalb man sich bei der Rechtsvereinheitlichung im Gefolge der Inkorporation der Republik Österreich in das Deutsche Reich im Jahre 1938 entschloß, dem ABGB. von 1811 zu folgen, daß schon immer auf das zwingende Erfordernis der Orts- und Datumsangabe verzichtet hatte. Auch hier siegte die *ratio iuris*, (wobei als ihr Geburtshelfer Fritz von Hippel gelten darf, welcher der zitierten Hotel-Entscheidung des Berliner Kammergerichts eine an Schärfe und Geist nicht zu überbietende Polemik widmete<sup>194</sup>): Man kann einfach nicht das eigenhändige Testament mit so vielen Fallstricken versehen, daß fast jeder Testator darin hängen bleibt<sup>195</sup>.

Wir sehen, daß die Betonung des Willens, welche das moderne Testamentsrechts charakterisiert, hat ihren Ursprung im Soldatentestament der Römer hat und nicht im Testament des klassischen Rechts:<sup>196</sup> Der Stein des Anstoßes ist zum Eckstein geworden.

#### BIBLIOGRAFIA

- AMBROSINO, Rodolfo, “*Ius singulare*” (Milano, Giuffrè, 1947).  
 ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (editor), *Fontes iuris Romani antejustiniani* (2<sup>a</sup> edición, Firenze, Barberà, 1972).  
 ASTOLFI, Riccardo, *La “lex Iulia et Papia”* (4<sup>a</sup> edición, Padova, CEDAM, 1996).  
 BOLLA, Sibylle von *Aus römischem und bürgerlichem Erbrecht* (Wien, Springer, 1950).  
 BOLLA, Sibylle von, *Zum römischen Soldatentestament*, en *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz* (Napoli, Jovene, 1953), I.

<sup>193</sup> Kammergericht Berlin, en *Juristische Wochenschrift*, 1938, p. 107.

<sup>194</sup> HIPPEL, Fritz von, *Formalismus und Rechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der “Errichtung” des zeugenlosen Schrifttestaments (eigenhändiges Testament; testament olographe)* (Hamburg, Hanseatische Verl. Anst., 1935), passim.

<sup>195</sup> Ausführlich hierzu SCHERMAIER, Martin Josef - STAGL, Jakob Fortunat, *Der Einfluss des ABGB auf die Entstehung des BGB. Gesunder Menschenverstand versus “Beruf zur Gesetzgebung”*, en FISCHER-CZERMAK, Constanze, *Festschrift 200 Jahre ABGB* (Wien, Manz, 2011), pp. 253 ss.

<sup>196</sup> So auch die Beobachtung von GUZMÁN BRITO, Alejandro, cit. (n. 113), II, p. 649.

- BRINZ, Alois von, *Lehrbuch der Pandekten* (2ª edición, Erlangen, Deichert, 1892).
- BURCHARD, Johann, *Ein Beitrag zur Lehre vom Soldatentestament* (Heidelberg, Univ.-Diss., 1875).
- CERAMI, Pietro “*Plena interpretatio*”, en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* (Milano, Giuffrè, 1983), III.
- CHEVAILLER, Laurent, *Notes sur le testament militaire dans la doctrine des juriconsultes classiques dans la législation impériale*, en *Varia. Études de droit romain* (Paris, Sirey, 1959), I.
- CHRIST, Karl, *Geschichte der römischen Kaiserzeit* (5ª edición, München, Beck, 2005).
- COING, Helmut, *Europäisches Privatrecht* (München, Beck, 1985), I.
- ECKARDT, Bernd, “*Iavoleni Epistulae*” (Berlin, Duncker & Humblot, 1978).
- ECKARDT, Bernd, *Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer “aequitas”*, en MANTOVANI, Dario (editor) *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (Pavia, IUSS Press, 2007).
- FALCONE, Giovanni, *D. 1, 3, 13 Pedio, Ulpiano e la “lex contractus”*, en *Labeo*, 43 (1997).
- GIARO, Tomasz, *Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts*, en *ZSS.*, 111 (1994).
- GIBBON, Eduard, *Decline and Fall of the Roman Empire* (ed. Smeaton, London, 1910), I.
- GILDEMEISTER, Jochim, *Das “beneficium competentiae” im klassischen römischen Recht* (Göttingen, Schwartz, 1986).
- GLÜCK, Christian Friedrich von, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Ein Kommentar* (Erlangen, Palm’sche Verlagsbuchhandlung, 1841), XLII.
- GUARINO, Antonio, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare* (1946) ahora EL MISMO, *Pagine di Diritto Romano* (Napoli, Jovene, 1995), VI.
- GUARINO, Antonio, *Istituzioni di diritto romano* (14ª edición, Napoli, Jovene, 1960).
- GUARINO, Antonio, *L’ordinamento giuridico romano* (5ª edición, Napoli, Jovene, 1990).
- GUARINO, Antonio, *L’origine del “testamentum militis” e la sua posizione nel diritto romano classico*, en *BIDR.*, 18 (1906).
- GUARINO, Antonio, *Sull’origine del testamento dei militari nel diritto romano* (1946), ahora en EL MISMO, *Pagine di Diritto romano* (Napoli, Jovene, 1995), VI.
- GUARINO, Antonio, *Per la storia della giurisprudenza romana*, en *BIDR.*, 80 (1977).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano* (2ª edición, Santiago, 2013).
- HAUSMANINGER, Herbert, *Celsus und die “Regula catoniana”*, en *TvR.*, 36 (1968).
- HIPPEL, Fritz von, *Formalismus und Rechtsdogmatik, dargestellt am Beispiel der “Errichtung” des zeugenlosen Schrifttestaments (eigenhändiges Testament; testament olographe)* (Hamburg, Hanseatische Verl. Anst., 1935).
- JACQUES, François - SCHEID, John, *Roma el il suo Impero* (4ª edición, Bari-Roma, Laterza, 2006).
- JHERING, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1907), II.
- KASER, Max, *Das römische Privatrecht*, I (2ª edición, München, Beck, 1971).
- KASER, May - KNÜTEL, Rolf, *Römisches Privatrecht* (20ª edición, München, Beck, 2014).
- KUNKEL, Wolfgang, *Das Wesen des ius respondendi*, en *ZSS.*, 66 (1948).
- LENEL, Otto, *Das Edictum Perpetuum* (3ª edición, Leipzig, Tauchnitz, 1927).
- LIEBS, Detlef, *Das Testament des Antonius Silvanus, römischer Kavallerist in Alexandria bei Ägypten, aus dem Jahre 142 n. Chr* (2000), ahora en EL MISMO, en *Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* (pdf).

- LONGO, Giovanni, “*Jus singulare*”, en *Études Jean Macqueron* (Aix en Provene, Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Aix-en-Provence, 1970).
- MAYER-MALY, Theo, *Reflexionen über “ius” II*, en ZSS., 119 (2002).
- MCCCLINTOCK, Aglaia, *Servi della pena* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiani, 2010).
- MOMMSEN, Theodor, *Das römische Strafrecht* (Leipzig, Duncker & Humblot, 1899).
- MOMMSEN, Theodor, *Römisches Staatsrecht* (3ª Leipzig, Hirzel, 1887), II.
- ORESTANO, Riccardo, “*Ius singulare*” e “*privilegium*” in *diritto romano* (1937-1939), ahora en EL MISMO, *Scritti* (Napoli, Jovene, 1998), I.
- PUGLIESE, Giovanni, *I principi generali del diritto. L'esperienza romana fino a Diocleziano* (1992), ahora en EL MISMO, *Scritti giuridici* (Napoli, Jovene, 2007).
- REGELBERGER, Ferdinand, *Streifenzüge im Gebiet des Zivilrechts*, en *Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für Rudolf von Jhering etc.* (Leipzig, Deichert, 1892).
- REMY, Julius *Der Begriff des “ius singulare” und seine praktische Verwendbarkeit* (Erlangen, Univ.-Diss., 1895).
- SALLER, Richard P., “*Status*” and *Patronage*, en BOWMAN, Alan y otros (editores), *Cambridge Ancient History* (2ª edición, Cambridge, CUP, 2000), VIII.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts* (Berlin, Veit, 1840), I.
- SCARANO USSANI, Vincenzo, *Il “testamentum militis” nell'età di Nerva a Traiano*, en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* (Napoli, Jovene, 1984), III.
- SCARANO USSANI, Vincenzo, *Le forme del privilegio: “beneficia” e “privilegia” tra Cesare e gli Antonini* (Napoli, Jovene, 1992).
- SCEVOLA, Roberto, “*Utilitas publica*” (Padova, CEDAM, 2012).
- SCHERILLO, Gaetano, *D. 1.4.3 (Giavoleno), L. 13 EP e il testamento militare*, en *Studi in onore di E. Volterra* (Milano, Giuffrè, 1971), III.
- SCHERMAIER, Martin Josef - STAGL, Jakob Fortunat, *Der Einfluss des ABGB auf die Entstehung des BGB. Gesunder Menschenverstand versus, Beruf zur Gesetzgebung*, en FISCHER-CZERMAK, Constanze, *Festschrift 200 Jahre ABGB* (Wien, Manz, 2011).
- SCHMIDLIN, Bruno, *Römische Rechtsregeln* (Köln, Böhlau, 1970).
- SCHMITT, Gottfried von, en SCHUBERT, Werner (editor) *Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches/Erbrecht Teil I/Verfasser: G. v. Schmitt, Erbrecht* (Berlin - New York, Springer, 1984).
- SCHULZ, Fritz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar, Böhlau, 1961).
- SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des Römischen Rechts* (Berlin, Duncker & Humblot, 1933).
- SERRAO, Feliciano, *L'interpretazione della legge* (1963) ahora EL MISMO, *Classi partiti e legge nella repubblica romana* (Pisa, Pacini, 1981).
- STAGL, Jakob Fortunat *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts* (Wien, Böhlau, 2009).
- STAGL, Jakob Fortunat *Glanz der Rhetorik und Finsternis der Logik in einer Entscheidung Marc Aurels (Marcell. D. 28, 4, 3 pr.-1)*, en *Fundamina*, 20 (2014).
- STAGL, Jakob Fortunat, *Das Soldatentestament unter den Soldatenkaisern*, en BABUSIAUX, Ulrike y otros (editores) *Das Recht der Soldatenkaiser* (Berlin, Akademie-Verlag, 2014).
- STEIN, Peter, “*Regulae iuris*” (Edinburgh, EUP, 1966).
- STEINWENTER, Arthur, *Prolegomena zu einer Geschichte der Analogie*, en *Studi in memoria di Emilio Albertario* (Milano, Giuffrè, 1953), II.
- STURM, Fritz, *Rez.: VACCA, Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, en *BIDR.*, 81 (1978).
- TALAMANCA, Mario, *Istituzioni di diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1990).

- VACCA, Letizia, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (Milano, Giuffrè, 1982).
- VEYNE, Paul, *Le pain et le cirque* (Paris, Seuil, 1976).
- VOCI, Pasquale, *Diritto ereditario romano* (2ª edición, Milano, Giuffrè), I (1963), II (1965).
- VOCI, Pasquale, *Istituzioni di Diritto Romano* (6ª edición, Milano, Giuffrè, 1996).
- WARMELO, Paul van, *D. 1, 3* ("De legibus senatusque consultis et longa consuetudine") en *Studi in onore di Eduardo Volterra* (Milano, Giuffrè, 1971), I.
- WENGER, Leopold, *Die Quellen des römischen Rechts* (Wien, Holzhausen, 1953).
- WESENBERG, Gerhard, "Privilegium", en ZIEGLER, Konrad (editor) *Paulys Realencyclopaedie der classischen Altertumswissenschaft* (Stuttgart, Alfred Druckenmüller, 1957), XLV.
- WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte* (München, Beck, 2006).
- WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandectenrechts* (9ª edición, Frankfurt a. M., Ruetten & Loening, 1906).
- WUBBE, Felix, "Ius singulare quid sit", en SCHERMAIER, Martin Josef (editor) "Ars boni et aequi". *Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 70. Geburtstag* (Stuttgart, Steiner, 1993).
- WUNNER, Erik, *Rez.: Aisa GARÍN, El concepto de "ius singulare" en derecho romano*, en ZSS., 86 (1969).
- ZEILLER, Franz von, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch etc.* (Wien u. Triest, Geistlinger, 1813), II,2.