

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

V

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1975

HELMUT COING

Das Schrifttum der englischen Civilians und die kontinentale Rechtswissenschaft in der Zeit zwischen 1550 und 1800

Den Gegenstand der folgenden Untersuchung bildet das literarische Werk der englischen Juristen, die im römischen Recht, im sogenannten Civil Law, ausgebildet waren, soweit es das römische Recht zum Inhalt gehabt hat. Es soll das Schrifttum in der Zeit zwischen 1550 und 1800 in Betracht gezogen werden. Die gewählte zeitliche Begrenzung beruht auf folgenden Erwägungen. Die Loslösung Englands von der katholischen Kirche durch die Gesetzgebung Heinrichs VIII bedeutete, wie sogleich darzulegen sein wird, auch einen entscheidenden Abschnitt in der Beziehung Englands zu den gelehrten Rechten. Das Studium des kanonischen Rechts, welches im Mittelalter durchaus im Vordergrund gestanden hatte, war nunmehr verboten. Soweit in England Beziehungen zum *Ius commune* des Kontinents fortbestanden, stützten sich diese nunmehr auf das Civil Law, d. h. auf das römische Recht im Sinne der mittelalterlichen Unterscheidung, auf die Legistik. Diese Veränderung mußte auch für das Schrifttum eine neue Grundlage und damit einen neuen Ansatz ergeben. Daß das Jahr 1800 als Endpunkt der Untersuchung gewählt wurde, beruht dagegen auf Entwicklungen auf dem europäischen Kontinent. Mit der Französischen Revolution einerseits und dem Heraufkommen der Historischen Schule in Deutschland andererseits erreicht die Phase der Entwicklung des römischen Rechts, die man auf dem Kontinent als diejenige des *Usus modernus* bezeichnen kann, und zugleich die naturrechtliche Betrachtungsweise, die im 18. Jahrhundert entwickelt worden war, ihr Ende. Kontinentale Literatur zum römischen Recht im 19. Jahrhundert ist daher etwas von derjenigen der vorangegangenen Epochen durchaus Verschiedenes. Sie ist entweder historische Literatur, welche das römische Recht des Altertums mit historischen Methoden rekonstruieren will, oder sie ist Pandektenwissenschaft, d. h. ein neuer Versuch, aus dem römischen Recht ein Rechtssystem für die Bedürfnisse des 19. Jahrhunderts selbst zu entwickeln,

jedoch mit Methoden, die sich von denjenigen des *Usus modernus* in charakteristischer Weise unterscheiden. Das untersuchte Thema, die Beziehungen der englischen romanistischen Literatur zu derjenigen des Kontinents, würde daher notwendigerweise zu durchaus anderen Fragestellungen führen. Daß die gewählten Daten 1550 und 1800 *cum grano salis* zu verstehen sind, folgt aus der Einsicht, daß geistige Entwicklungen sich niemals in Anfang und Ende auf ein bestimmtes Datum festlegen lassen.

Das hier untersuchte Schrifttum wird nicht zum erstenmal zum Gegenstand der Untersuchung gemacht. Holdsworth hat in seiner großen „*History of English Law*“¹ sowohl der Biographie der Autoren wie dem Inhalt der hier betrachteten Werke und ihrer Bedeutung für die Entwicklung des englischen Rechts eine eingehende Darstellung gewidmet². Jolowicz hat einzelne Schriften zum römischen Recht einer Betrachtung unterzogen³. Neuerdings hat Jaeger in einem großangelegten Essay den Versuch gemacht, die Beziehungen dieser Literatur zur allgemeinen Ideengeschichte und zu der Entwicklung der Denkmethode herzustellen, und Levack in einer tiefdringenden Studie die politische und soziale Stellung der *Civilians* in der spätelisabethanischen und frühen Stuartzeit untersucht⁴. Indessen haben diese Untersuchungen andere Ziele verfolgt. Für Holdsworth kam es darauf an, Leben und Werk der bedeutenden englischen *Civilians* im Zusammenhang mit der englischen Rechtsgeschichte zu würdigen, insbesondere ihre Rolle im praktischen Rechtsleben Englands und ihre Bedeutung für die Ausbildung des heutigen englischen Rechtes klarzustellen. Jaegers Untersuchung betrachtet die englischen Legisten unter dem Gesichtspunkt der Fragestellung der „*Histoire des Idées*“. Ihn interessieren daher insbesondere die rechtsphilosophischen und methodologischen Ausgangspunkte der in Betracht kommenden Autoren, etwa ihr Verhältnis zur Naturrechtslehre, wie sie im Thomismus ausgeprägt war, oder zum Platonismus der Renaissance in England. Jolowicz hat die von ihm behandelten Autoren mit den Augen eines modernen Romanisten untersucht.

¹ In Zukunft abgekürzt als HEL.

² Cf. WILLIAM SEARLE HOLDSWORTH, HEL V, London 1945 (Reprint Berlin 1966), XI, London 1938 (Reprint Berlin 1966), XII.

³ HERBERT FELIX JOLOWICZ, *Some English Civilians*, in: *Current legal problems* 2 (1949) 139–154.

⁴ Cf. HASSO JAEGER, *Introduction aux rapports de la pensée juridique et de l'histoire des idées en Angleterre depuis la réforme jusqu'au XVIII^e siècle*, in: *Archives de Philosophie du Droit* 15 (1970) 13–70; BRIAN P. LEVACK, *The Civil Lawyers in England 1603–1641*, Oxford 1973.

Demgegenüber ist das Ziel der hier vorgelegten Untersuchung, die Beziehungen der in England geschriebenen zivilistischen Literatur zu der gleichzeitigen Literatur des Kontinents aufzuhellen. Sie geht also nicht primär von der englischen Rechtsgeschichte aus, sondern von der Geschichte des römischen Rechts auf dem Kontinent. Ausgehend von der Hypothese, daß in dem hier betrachteten Zeitraum das Recht, das in den Rechtsbüchern Justinians niedergelegt und seit dem Mittelalter auf dem europäischen Kontinent fortentwickelt war, ein gemeinsames *Ius commune* der kontinentaleuropäischen Länder bildete, geht sie der Frage nach, inwieweit auch ein Land wie England und seine Rechtsliteratur dieser kontinentaleuropäischen Tradition verbunden war, obwohl seine zentralen Institutionen und seine wesentlichen Rechtssätze sich unabhängig von jener Tradition entwickelt hatten.

Diese Fragestellung soll hier in der Weise verfolgt werden, daß die in England von Legisten geschriebene Literatur zu derjenigen des Kontinents in Beziehung gesetzt wird. Als erstes Mittel dazu bietet sich an zu prüfen, welche Typen von juristischer Literatur im englischen Schrifttum dieser Zeit auftauchen, und sich zu fragen, ob es die gleichen Literaturtypen sind, die uns aus der kontinentalen Literatur bekannt sind. Dementsprechend wird hier zunächst der Versuch gemacht, die englische Literatur unter bestimmte Typenbegriffe zu ordnen.

Ein zweiter Weg, der untersuchten Frage näherzukommen, ist die Prüfung der Quellen, auf die sich die englischen Autoren der Zeit jeweils stützen. Welche Stellen aus den justinianischen Rechtsquellen führen sie an? Welche Autoren des Kontinents zitieren sie? Es genügt in diesem Zusammenhang natürlich nicht der Hinweis darauf, daß ein englischer Schriftsteller dieser Zeit sich auf römisches Recht stützte; notwendig ist vielmehr herauszuarbeiten, ob er sich darauf beschränkte, Texte des *Corpus iuris* zu zitieren oder ob er darüber hinaus Schrifttum anführte. Dahinter erhebt sich die weitere Frage, ob der betreffende englische Autor sich auf die mittelalterliche Interpretation des *Corpus iuris* stützt oder auf die humanistische oder auch auf diejenigen Autoren, die mit beiden Traditionen verbunden sind. Dagegen wird die Frage, ob die englischen Civilians bestimmte Lösungen aus der kontinentalen Rechtstradition entnommen und erfolgreich in die englische Rechtstradition eingeführt haben, hier ausdrücklich ausgeschlossen bleiben. Die Studie beschränkt sich also auf literargeschichtliche Fragen; die Frage des inhaltlichen Einflusses des kontinentalen Rechts ist davon meines Erachtens streng zu scheiden und bedarf gesonderter Prüfung. Sie kann auch nach meiner Überzeugung nur durch die Zusammenarbeit eines im englischen Common Law

ausgebildeten Juristen und eines Kenners der neueren Privatrechtsgeschichte auf dem Kontinent gelöst werden. Der Verfasser dieses Aufsatzes leugnet nicht, daß die Frage der inhaltlichen Beziehungen die reizvollste und wichtigste Aufgabe für den vergleichenden Rechtshistoriker darstellt. Indessen setzt die Lösung dieser Aufgabe literargeschichtliche Untersuchungen der hier vorgelegten Art voraus, denn allein wenn man die Verflechtung der literarischen Quellen kennt, wird man auch den Fragen des inhaltlichen Verhältnisses der beiden Rechte nachgehen können. Auch für Untersuchungen, welche wie die von Levack der sozialen und politischen Geschichte in erster Linie gewidmet sind, ist eine solche literaturhistorische Untersuchung vielleicht nicht ohne Interesse; denn auch für ihn muß die Frage, welche Literatur das Denken der Berufsgruppe der Civilians geformt hat, von Bedeutung sein.

Die hier verfolgte Fragestellung macht es notwendig, zwei Erörterungen allgemeiner Natur vorzuschicken. Die Eigenart der Wissenschaft vom *Ius commune* muß für den hier betrachteten Zeitraum wenigstens in einigen Strichen gezeichnet werden, ebenso muß kurz auf die besondere Lage der englischen Legisten eingegangen werden.

I Die Wissenschaft vom Ius commune

Wenn wir von der Literatur zum „römischen Recht“ im 16., 17. oder 18. Jahrhundert sprechen, so dürfen wir uns durch die Verwendung der Vokabel „römisches Recht“ nicht zu der Vorstellung verleiten lassen, es habe sich dabei um immer die gleiche und unveränderte Summe von Regeln gehandelt, etwa um ein System, wie es die deutsche Pandektenwissenschaft im 19. Jahrhundert entwickelt hat. Eine solche Vorstellung würde mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmen. In Wahrheit hat es sich bei dem römischen Recht in diesem Zeitabschnitt um eine sich lebendig entwickelnde Tradition gehandelt; die überlieferten Regeln wurden nicht nur mit verschiedenen Methoden bearbeitet und interpretiert, es sind auch für die einzelnen Epochen ganz verschiedene Teile der justinianischen Rechtssammlung von einer besonderen Bedeutung gewesen, und es sind mit dem *Corpus iuris* als Kern neue rechtliche Materien aufgenommen worden.

1. Man muß sich zunächst klarmachen, daß das *Corpus iuris* selbst sehr verschiedenartige Bestandteile vereinigt, die unter in sich sehr verschiedenen historischen Bedingungen entstanden sind. Es genügt für unseren Zweck, auf den Unterschied der im wesentlichen der Prinzipatszeit angehörigen Pandek-

ten zu weiten Teilen des Codex hinzuweisen, die der römischen Spätzeit angehören. Sodann hatte die mittelalterliche Rechtswissenschaft den Quellenkreis erheblich erweitert. Hier ist vor allem an die Tatsache zu erinnern, daß die mittelalterliche Rechtswissenschaft die *Libri feudorum* in das *Corpus iuris civilis* eingeführt hatte und daß neben dieses das kanonische Recht getreten war. Das Statutarrecht wurde zwar im allgemeinen nicht in den behandelten Quellenkreis einbezogen, bildete aber doch im Rahmen der Kommentierung der Quellen wie in der Spezialliteratur Gegenstand der wissenschaftlichen Bearbeitung.

2. Die Interpretation der mittelalterlichen Rechtswissenschaft, der Glossatoren wie der Kommentatoren, hatte die Brücke zwischen der Rechtssammlung Justinians und den Lebensverhältnissen des Mittelalters geschlagen. Sie hatte nicht nur die durch das Statutarrecht geschaffenen Verhältnisse einbezogen, sondern auch die wichtigsten Gebräuche und rechtsgeschäftlichen Gestaltungen, wie Ehegüterrechtsverträge oder die offene Handelsgesellschaft. Hierin liegt die große Leistung der scholastischen Rechtswissenschaft, deren Arbeitsergebnisse am Anfang der hier betrachteten Epoche abgeschlossen vorlagen.

3. Zu den Ergebnissen der scholastischen Rechtswissenschaft tritt dann im Laufe des 16. Jahrhunderts die humanistische Interpretation, die hier kurz als Anwendung der neuen Methoden der klassischen Philologie auf die juristischen Texte bezeichnet werden darf. Das *Corpus iuris* wird nun mit Hilfe der antiken Historiker, Philosophen und Rhetoren erklärt. Der Gegensatz der neuen Methode zu derjenigen der scholastischen Rechtswissenschaft wird in unserem herkömmlichen Geschichtsbild wohl stark übertrieben. Natürlich gibt es – und das ist auch in unserem Zusammenhange von Bedeutung – im Rahmen der humanistischen Literatur rein antiquarische Werke sowie Werke und Vorlesungen, die sich bewußt auf die Darstellung des justinianischen Rechtes beschränken. Aber im großen und ganzen sind die Ergebnisse der humanistischen Rechtswissenschaft doch außerordentlich schnell mit denjenigen der scholastischen Rechtswissenschaft verschmolzen worden. Daß Alciat in dieser Richtung gedacht hat, ist bekannt. Wichtiger scheint mir, daß schon im 16. Jahrhundert die Schriftsteller, die auf die Praxis gerichtet waren, seinem Beispiel durchweg gefolgt sind. Ich darf hier stellvertretend den großen spanischen Juristen Covarruvias nennen. Daß es sich aber bei dieser Haltung nicht nur um die Auffassung der großen Führer der Wissenschaft handelte, zeigt ein Werk, wie der Traktat des Paulus Bellonus zu den Testamenten aus dem Ende des Jahrhunderts. Von den Holländern des 17. Jahrhunderts möchte ich auf den einflußreichen Institutionen-Kommentar von Vinnius

verweisen. Für die englische Rechtsentwicklung ist es von besonderer Bedeutung gewesen, daß Albericus Gentilis, der die Pflege des römischen Rechts in Oxford in der elisabethanischen Zeit stark beeinflußt hat, entgegen seiner üblichen Klassifizierung durchaus zu diesen, auf eine Synthese gerichteten Autoren zu rechnen ist.

Im Ergebnis entstand so eine neue Interpretation der Texte des Corpus iuris, die humanistische und scholastische Elemente vereinigte. Sie hat vor allem die Funktion weitergeführt, welche die von den Kommentatoren geschaffene Literatur wahrgenommen hatte, die Funktion nämlich, der Praxis zu dienen, ihre Probleme mit Hilfe der aus einer ganz anderen Kultur stammenden Texte des Corpus iuris zu lösen. Diese neue Interpretation ist die eigentliche Grundlage des Usus modernus pandectarum, also jener auf die Praxis gerichteten Literatur zum römischen Recht, welche neuere Untersuchungen meines Erachtens mit Recht als europäisches Phänomen gekennzeichnet haben⁵.

4. Diese neue Wissenschaft des Usus modernus hatte auch die Erweiterung auf neue Disziplinen fortgesetzt, welche schon in der Kommentatorenschule so erfolgreich begonnen worden war. Ich nenne insbesondere das internationale Recht im Sinne von Völkerrecht und internationalem Privatrecht, das Militärrecht mit den Werken von Ayala und Petrinus Bellus⁶, das Handels- und Seerecht und schließlich das öffentliche Recht.

5. Der Humanismus hat außerdem den Quellenkreis, den die europäische Rechtswissenschaft in Betracht ziehen konnte, erheblich erweitert. Nicht nur griechisches Recht, soweit man es aus den griechischen Historikern und Rhetoren erschließen konnte, sondern auch das jüdische Recht, wie es uns im Alten Testament entgegentritt, wurde jetzt in die rechtlichen Erörterungen einbezogen. Es ist bekannt, daß diese Erweiterung sich vor allem bei der Entwicklung der neuen Disziplin des Völkerrechts ausgewirkt hat. In unserem Zusammenhang ist vielleicht noch wichtiger, daß der Humanismus mit seinem neuen historischen Sinn und seinen neuen philologischen Methoden in der Rechtswissenschaft den Boden für ein neues Verständnis der Quellen des Mittelalters bereitet hat.

Das Lehnrecht des Mittelalters wurde erst jetzt als eine besondere Erscheinung begriffen, die nicht der Antike, sondern dem Mittelalter zuzurechnen

⁵ Cf. ALFRED SÖLLNER, Die Literaturtypen des deutschen Usus modernus, in: *Ius commune* 2 (1973). FRANZ WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, ²Göttingen 1967, 206.

⁶ Cf. dazu unten p. 33 ss.

war⁷. Das Statutar- und Gewohnheitsrecht des Mittelalters wurde jetzt zum erstenmal in seinem Zusammenhang und seiner Eigenart erkannt. Ich möchte hier auf Dumoulin verweisen; damit wird eine neue Stufe der Behandlung des territorialen Rechts erreicht. Einerseits erfährt dieses Recht in Kommentaren und Monographien eine breite Behandlung auf der Basis des *Ius commune* – hier sei auf die französischen Kommentare zu den *Coutumes* und etwa auf eine Monographie wie die des Belgiers Peckius „*De testamentis mariti et uxoris*“ verwiesen. Andererseits werden die ersten Versuche einer geschlossenen Darstellung dieser Rechte unternommen – ich erinnere an die Werke von Coquille und die „*Institutes coutumières*“ von Loysel –, und es werden in die Behandlung der romanistischen Quellen selbst rechtsvergleichende Verweise auf dieses Recht als *Ius modernum* aufgenommen. Auch hier können die Bemerkungen, die Vinnius in seinem Institutionen-Kommentar zu abweichenden Rechtsgewohnheiten in Holland macht, als Beispiel dienen.

6. Mit dem 16. Jahrhundert und zum Teil verknüpft mit der Bewegung des Humanismus beginnt schließlich ein neuer Weg der Darstellung des römischen Rechts, der systematische Ansatz. Die zahlreichen Experimente, die in dieser Richtung gemacht werden, können hier nicht verfolgt werden. Im Hinblick auf die untersuchte englische Literatur sind aber zwei Entwicklungen hervorzuheben. Die neuen systematischen Versuche ermöglichen eine neue Form der enzyklopädischen Darstellung des Rechts, eine Aufgabe, die bisher im wesentlichen in lexikografischer Form gelöst war. An welche Werke hier zu denken ist, mag ein Hinweis auf die *Dicaeologica* des Althusius zeigen.

Sodann muß auf die Wendung zum Prinzip hingewiesen werden, die sich am Ende des 17. Jahrhunderts in der Literatur des Kontinents durchsetzt. Sie bedeutet, daß die kontinentale Literatur sich für lange Zeit von der Kasuistik abwendet, die ja eigentlich das *Corpus iuris* beherrscht, und statt dessen in der Rechtsregel und dem breiten Prinzip das Wesentliche, auch die dem Gesetzgeber an sich gemäße Ausdrucksform, findet. Als großes Werk, das diese Entwicklung nicht nur deutlich macht, sondern zugleich sich als *chef d'œuvre* der neuen Gattung darstellt, ist Domats Buch „*Les lois civiles dans leur ordre naturel*“ zu nennen. Die Theorie ist vielleicht am deutlichsten von Leibniz in seinen Schriften zum *Corpus iuris reconcinnandum* entwickelt worden. Im 18. Jahrhundert hat sich diese Betrachtungsweise vollkommen durchgesetzt. Die Werke eines Schriftstellers wie Heineccius und ihr großer

⁷ Bahnbrechend ist hier offenbar Duaren gewesen; cf. zu diesen Zusammenhängen jetzt die zusammenfassende Darstellung DONALD R. KELLEY, *Foundation of modern historical scholarship*, New York and London 1970.

Erfolg dürfen daher als Beleg genannt werden. Es steht mit dieser neuen Richtung der kontinentalen Rechtswissenschaft in Einklang, wenn von den Teilen des *Corpus iuris* nun vor allem die Institutionen in den Vordergrund des Interesses treten.

Daß daneben die historisch-antiquarische Richtung, die der Humanismus angestoßen hatte, weiterverfolgt wird, beweisen die Werke, die der Gattung der *Historia iuris* angehören.

Damit sind wohl die wesentlichen Richtungen bezeichnet, in denen sich die Wissenschaft des *Ius commune* auf dem Kontinent in dem hier betrachteten Zeitabschnitt entwickelt hat. Diese Richtungen muß vor Augen haben, wer die englischen *Civilians* und ihr Schrifttum im gleichen Zeitraum verstehen will.

II Die Lage der englischen Legisten

Nunmehr ist auf die Bedingungen, unter denen die Legisten in England arbeiteten, kurz einzugehen⁸.

1. Im Mittelalter waren an den beiden englischen Universitäten die beiden Rechte des Mittelalters, römisches und kanonisches Recht, gelehrt worden. Es stand jedoch, jedenfalls im Spätmittelalter, das Studium des kanonischen Rechts durchaus im Vordergrund. Die Kirche war es auch, die in erster Linie den an der Universität ausgebildeten „gelehrten“ Juristen ein Feld praktischer Tätigkeit anbot. Zahlreiche Würdenträger der Kirche in England hatten juristische Grade, entweder im römischen oder im kanonischen oder in beiden Rechten. Juristen waren also in der Verwaltung und der Rechtsprechung der kirchlichen Gerichte in England tätig. Die Zustände in England unterschieden sich insofern nicht von denjenigen auf dem Kontinent. Wir wissen auch, daß die kirchliche Gerichtsbarkeit im England des Spätmittelalters sich ebenso wie auf dem Kontinent nicht auf rein innerkirchliche Fragen beschränkt, sondern weit darüber hinausgreift⁹. Neben der Kirche gab es auch gewisse Funktionen in der staatlichen Verwaltung und Rechtsprechung, welche von gelehrten Juristen wahrgenommen wurden. In der

⁸ Cf. dazu allgemein HOLDSWORTH, *HEL* V 1 ss. Zur Stellung der *Civilians* unter Jacob I und Karl I ist jetzt stets die grundlegende Studie von LEVACK (oben Note 4) zu vergleichen. Sie enthält auch ein wertvolles „Biographical Dictionary“ der *Civilians* dieser Zeit.

⁹ Cf. dazu die Untersuchung von BRIAN L. WOODCOCK, *Medieval ecclesiastical courts in the diocese of Canterbury*, Oxford 1952.

königlichen Gerichtsbarkeit kommen hier vor allem die Seegerichte, die Courts of Admiralty, in Betracht¹⁰, daneben der Court of the Constable; er war für militärrechtliche Fragen und für Fragen des Adelsrechts, z. B. des Wappenrechts, zuständig. Diese Gerichte wendeten den römisch-kanonischen Prozeß an, und Richter und Anwälte waren regelmäßig gelehrte Juristen. Darüber hinaus verwendeten die englischen Könige gelehrte Juristen in der allgemeinen Verwaltung, insbesondere für internationale Verhandlungen. In einem sehr viel engeren Kreise fanden also gelehrte Juristen im mittelalterlichen England doch in ähnlicher Weise Verwendung wie in den Staaten des Kontinents.

2. Diese Lage wurde erheblich verändert, als Heinrich VIII England von der katholischen Kirche löste.

a) Im Zuge seiner Kirchenpolitik wurde zunächst den Fakultäten in Oxford und Cambridge verboten, Grade im kanonischen Recht zu verleihen. Dies bedeutete naturgemäß das Ende der kanonistischen Fakultäten an beiden Universitäten und einer auf das kanonische Recht beschränkten Ausbildung in England. Das kanonische Recht wurde jedoch in England nicht vollkommen außer Kraft gesetzt. Nach der kirchenpolitischen Gesetzgebung unter Heinrich VIII sollte es fortgelten, soweit die Prerogative des Königs, die Statuten und Gewohnheiten des Königreichs nicht entgegenstanden¹¹.

b) Die englische Regierung wollte jedoch mit der Einschränkung des kanonischen Rechts und der Aufhebung der rein kanonistischen Studien die Kenntnis des römisch-kanonischen gemeinen Rechts nicht vollkommen aufhören lassen. Man versuchte vielmehr, nunmehr den Schwerpunkt des Studiums der gelehrten Rechte des Kontinents auf das römische Recht zu legen, also die legistischen Studien zu fördern. Aus diesem Grunde wurden an den Universitäten Oxford und Cambridge königliche Lehrstühle (regii professores) für das Civil Law geschaffen. An die Stelle eines früheren Studiums beider Rechte sollte jetzt das Studium dieses Civil Law treten. Der dieses Studium abschließende Grad wurde Bachelor beziehungsweise Doctor of Civil Law genannt. Von daher leitet sich wohl auch der Ausdruck „Civilians“ ab. Beide Lehrstühle sind seit der Mitte des 16. Jahrhunderts regelmäßig besetzt gewesen. Damit war die Pflege des römisch-kanonischen Rechts und die Aus-

¹⁰ Cf. hierzu insbesondere REGINALD GODFREY MARSDEN: *Select Pleas in the Court of Admiralty I—II* (Selden Society V und XI).

¹¹ Cf. 25, Henry VIII c. 19; 21, Henry VIII c. 5; eine zeitgenössische Behandlung des Problems der Fortgeltung des römisch-kanonischen Rechts bietet THOMAS RIDLEY, *View of the civil and ecclesiastical Law in part II and part III*.

bildung einer gewissen Anzahl von „gelehrten“ Juristen im Sinne des Kontinents gesichert. Daß diese Maßnahme nicht nur vorübergehenden Überlegungen der Berater Heinrichs VIII entsprach, sondern auf einem fortdauernden Bedürfnis beruhte, zeigt sich darin, daß eine Generation später Thomas Gresham, der Finanzmann der Königin Elisabeth, als er 1579 das Gresham College in London stiftete, ebenfalls eine Vorlesung über Civil Law vorsah¹².

c) Für die Tätigkeit der an diesen verschiedenen Stellen ausgebildeten gelehrten Juristen war es von Bedeutung, daß die englische Staatskirche nach der Loslösung von Rom im Laufe der Zeit zwar entscheidende Veränderungen in Bekenntnis, Kultus und in der wirtschaftlichen Grundlage erlitt, aber als Organisation zunächst im wesentlichen unverändert blieb. Es wurden insbesondere die kirchliche Gerichtsorganisation und die Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte zunächst aufrechterhalten. Es blieb etwa das mit der Diözese Canterbury verbundene Gericht der Curia de Arcubus in London nach wie vor tätig¹³. Beseitigt wurden durch die Kirchengesetzgebung Heinrichs VIII nur alle Rechtszüge, die bis dahin von kirchlichen Gerichten oder Behörden in England zum Papst in Rom geführt hatten. Jede Appellation von einem kirchlichen Gericht in England nach Rom wurde verboten¹⁴. Da man aber die Fortexistenz von Rechtsmitteln gegenüber den höchsten kirchlichen Instanzen in England, also den beiden Erzbischöfen und ihren Gerichten, für notwendig hielt, wurden durch die neuen Gesetze neue königliche Instanzen geschaffen. Für Appellationen gegen Entscheidungen kirchlicher Gerichte wurden King's Commissioners vorgesehen; später ist hieraus der

¹² Eine moderne Geschichte von Gresham College fehlt; biographische Daten der dort Lehrenden gibt JOHN WARD, *The lives of the professors of Gresham College, to which is prefixed the life of the founder, Sir Thomas Gresham*, London 1740; eine zeitgenössische Darstellung von Gresham College und den dort gehaltenen Vorlesungen findet sich in dem Buch von G. BUCK, *The third universitie of England . . .*, London 1618, 21631 (benutzte Auflage, Kap. 30).

¹³ Darstellungen der kirchlichen Gerichtsorganisation finden sich in einer Reihe von zeitgenössischen Werken, so z. B. bei THOMAS RIDLEY, *A view of the civil and ecclesiastical law*, London 1607; RICHARD ZOUCHE, *Descriptio iuris et iudicii ecclesiastici secundum canones et constitutiones anglicanas*, Oxford 1636, sowie bei den Prozessualisten der Zeit wie FRANCIS CLERKE, *Praxis tam jus dicentibus quam aliis omnibus qui in foro ecclesiastico versantur*, Dublin 1664, London 1666; THOMAS OUGHTON, *Ordo iudiciorum*, London 1728, und HENRY CONSET, *The practice of the spiritual and ecclesiastical courts*, York 1681; cf. dazu unten p. 41 ss. Moderne Darstellungen finden sich bei SENIOR, *The advocates of the Court of Arches*, LQR 39 (1923) 493–506; HOLDSWORTH, HEL I, und neuerdings vor allem bei G. I. O. DUNCAN, *The High Court of Delegates*, Cambridge 1971.

¹⁴ 25, Henry VIII c. 19, IV.

Court of Delegates entstanden¹⁵; soweit es sich um Anträge auf Dispens oder Erteilung von Privilegien handelte, wurde das sogenannte Faculty Office beim Erzbischof von Canterbury geschaffen¹⁶.

3. Die an den Universitäten in dem neuen Rahmen ausgebildeten Civilians traten nun, soweit möglich, an die Stelle der früheren gelehrten Juristen, also Kanonisten, Legisten und Doctores iuris utriusque, in der kirchlichen und in der staatlichen Organisation.

Zunächst übernahmen sie, wie bisher die Kanonisten, Ämter in der Kirche, und zwar sowohl in der kirchlichen Verwaltung wie bei den kirchlichen Gerichten. Die Gesetzgebung Heinrichs VIII erlaubte es auch verheirateten Graduierten, im Civil Law in kirchlichen Gerichten tätig zu sein¹⁷. Die biographischen Nachrichten, die wir über englische Civilians haben, zeigen, daß viele von ihnen kirchliche Ämter innegehabt haben, zum Teil ausschließlich, zum Teil neben anderen Funktionen. So war etwa John Cowell, Regius professor des Civil Law in Cambridge, Generalvikar des Erzbischofs von Canterbury; William Drury, ebenfalls Regius professor in Cambridge (1558/59), Sekretär des Erzbischofs von Canterbury; Arthur Duck, der durch sein Werk „De usu et autoritate iuris romani“ bekannt geworden ist, war Kanzler der Diözese London; der Völkerrechtler Zouche, Regius professor in Oxford, war Kanzler der Diözese Oxford; Mowse († 1588), ebenfalls Regius professor in Oxford, Generalvikar der Erzdiözese Canterbury; Oxenden, Regius professor in Cambridge im Jahre 1684, war Dean of the Arches, d. h. Vorsitzender des Gerichts de Arcubus; John Exton, ein Autor auf dem Gebiet des Seerechts in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts, war Dean of Exeter und schließlich Robert Eden, der Verfasser eines Institutionenlehrbuches im 18. Jahrhundert, Archdean von Winchester. Dies sind jedoch nur Beispiele, und die Reihe ließe sich sehr leicht erweitern¹⁸.

Soweit staatliche Ämter in Betracht kommen, sind die Civilians wie die gelehrten Juristen des Mittelalters häufig als allgemeine Berater der Krone tätig gewesen, insbesondere in völkerrechtlichen und diplomatischen Angelegenheiten. Ein frühes Beispiel bietet die Laufbahn von Thomas Smith, der unter der Königin Elisabeth Secretary of State war, nachdem er ver-

¹⁵ Cf. dazu die Monographie von G. I. O. DUNCAN, *The High Court of Delegates*, Cambridge 1971.

¹⁶ Cf. 25, Henry VIII c. 21 – 1533.

¹⁷ Cf. HEL I 592.

¹⁸ Cf. dazu CHARLES COOTE, *Sketches of the lives and characters of eminent English Civilians*, London 1804 (anonym), eine Sammlung von Biographien englischer gelehrter Juristen aus der hier behandelten Zeit. Zu den kirchlichen Ämtern der Civilians jetzt ausführlich Levack, l.c., Kap. V und die Tabelle p. 23.

schiedene Gesandtschaften für sie wahrgenommen hatte¹⁹. Nach dem Bürgerkrieg und im 18. Jahrhundert werden die Civilians vor allem als Berater in völkerrechtlichen und allgemein internationalrechtlichen Fragen herangezogen.

Daneben, häufig aber auch unmittelbar mit solcher Beratertätigkeit verknüpft, kam eine Tätigkeit als Richter oder Anwalt bei denjenigen Gerichten in Betracht, welche auch nach der Loslösung der Kirche von Rom römisch-kanonisches Recht anzuwenden hatten, d. h. also vor allem dem Admiralty Court, dem Court of the Constable (*curia militaris*) und natürlich den Gerichten der beiden Universitäten, welche für sich ebenfalls nach römisch-kanonischem Recht lebten. Im 16. Jahrhundert begegnen wir gelehrten Civilians gelegentlich auch als Richter in der Chancery²⁰.

Auch hier seien einige Beispiele gegeben: Legge, Regius professor in Cambridge, war Master in Chancery, ebenso der bereits erwähnte Regius professor William Drury in Cambridge und auch der Regius professor Aubry (Professor von 1553 bis 1559); Arthur Duck, Fellow of All Souls, war neben seinen kirchlichen Ämtern auch King's Advocate im Court of the Constable. Zouche war neben seinen kirchlichen und akademischen Ämtern Richter am High Court of Admiralty unter Karl I und nach der Restauration unter Karl II. Ebenso war der Cambridger Professor William Drury gleichzeitig Richter am High Court of Admiralty. Wir finden also häufig, gerade bei den Civilians, eine gewisse Kumulation verschiedener staatlicher und kirchlicher Ämter²¹.

Konnten die Civilians auf diese Weise zunächst im wesentlichen den bisherigen Tätigkeitsbereich der gelehrten Juristen in England übernehmen, so wurde ihr Wirkungsbereich doch im Laufe des 17. und 18. Jahrhunderts immer mehr dadurch eingeschränkt, daß die Common Law-Gerichte ihre Tätigkeit auf Gebiete ausdehnten, die ursprünglich zur Zuständigkeit der mit Civilians besetzten Gerichtshöfe gehört hatten, und so bestimmte Angelegenheiten aus der Entscheidungsgewalt dieser Gerichte an sich zogen. Die Auseinanderset-

¹⁹ Cf. dazu HOLDSWORTH, HEL IV, 209–210 und V 5, 167, 185, 191, 193 ss. und den Aufsatz von A. F. POLLARD über Thomas Smith, in Dictionary of national biography LIII, London 1898, p. 127–128.

²⁰ Eine Übersicht über die staatlichen Gerichte, in denen Civilians praktizierten, bietet THOMAS RIDLEY, A view of the civil and ecclesiastical law, London 1607, und für das 18. Jahrhundert HALLIFAX in „The Heads of a course of lectures on the Roman Civil Law compared with the laws of England III, Cambridge 1764, p. 10; an modernen Darstellungen ist neben HOLDSWORTH, HEL I jetzt G. I. O. DUNCAN, The High Court of Delegates, Cambridge 1971, heranzuziehen.

²¹ Auch hier sind die Angaben bei COOTE, Sketches (cf. Note 15), von großer Wichtigkeit.

zung über solche Zuständigkeitsfragen spielt eine große Rolle in dem Schrifttum zur Verteidigung des Civil Law²², das eine besondere und charakteristische Gruppe der zivilistischen Literatur in England bildet. Um ein Einzelbeispiel zu geben, sei erwähnt, daß etwa der High Court of Admiralty ursprünglich eine sachlich abgegrenzte Zuständigkeit in allen seerechtlichen Materien (*touching business of admiralty trade by sea*)²³ besaß, auch wenn etwa einschlägige Verträge in englischen Häfen oder im Ausland und auf dem Festland abgeschlossen waren. Die Gerichtshöfe des Common Law versuchten jedoch mit Erfolg, Klagen aus solchen Verträgen an sich zu ziehen und den Court of Admiralty auf die Beurteilung von Verträgen zu beschränken, die auf dem Meer selbst abgeschlossen waren²⁴. Die Common Law-Richter setzten ihre Auffassung durch²⁵. Ähnliche Konflikte ergaben sich bei den Zehnten der Kirche (Tithes), die von den Richtern des Common Law als Grundlasten zu ihrer Kompetenz gezogen wurden²⁶.

In diesen Konflikten waren die mit Civilians besetzten Gerichtshöfe der schwächere Teil; dies lag zum großen Teil daran, daß seit den politischen Konflikten zwischen Krone und Parlament unter den ersten Stuarts die Juristen des Common Law eine enge Verbindung zu der schließlich siegreichen Parlamentspartei hatten. Es scheinen verschiedentlich Zuständigkeitsvereinbarungen zwischen den Richtern der Gerichtshöfe in Westminster und denjenigen der Admiralty getroffen worden zu sein, so 1575 unter Elisabeth und 1633 unter Karl I; die letzte wurde sogar unter dem Vorsitz des Königs

²² Zu den Konflikten zwischen Common-Law-Gerichten und den mit Civilians besetzten Gerichtshöfen sowie dem System der „Prohibitions“ jetzt auch Levack, *op. cit.*, p. 72 ss.

²³ So RICHARD ZOUCHE, *Jurisdiction of the Admiralty of England asserted*, London 1663.

²⁴ Cf. dazu die zitierte Darstellung von RICHARD ZOUCHE, ferner JOHN EXTON, *The maritime dicaeology*; EDWARD COKE, *The institutes of the laws of England*, London 1809–1817, IV (Jurisdiction of Courts) chap. XXII; W. PRYNNE: *Brief Animadversions on and additional explanatory Record to the fourth part of the Institutes etc.* . . . by Sir Edward Coke, London 1669. Eine Darstellung des technischen Vorgehens der Common Law Courts findet sich bei THOMAS RIDLEY, *A view of the civil and ecclesiastical law*, London 1607, part III. Zu den ursprünglichen Gründen der Unzuständigkeit der Common Law Gerichte bei Verträgen, die im Ausland abgeschlossen waren, cf. HOLDSWORTH, *HEL V* 117–119. Es fehlt die Möglichkeit, die Jury als Beweismittel zu verwenden.

²⁵ Cf. dazu die Darstellung der Zuständigkeit des Court of Admiralty bei SAMUEL HALLIFAX, *An analysis of the roman civil law compared with the laws of England being the heads of course of lectures publicly read in the university of Cambridge*, Cambridge 1774, 104, und bei ARTHUR BROWNE, *Compendious view of the civil law and of the Law of Admiralty I–II*, Dublin 1798.

²⁶ Zur Frage der auch kirchenpolitisch sehr umstrittenen Tithes, cf. die vom Standpunkt der Civilians aus geschriebene Darstellung bei THOMAS RIDLEY, *A view of the civil and ecclesiastical law*, London 1607, part II.

abgeschlossen²⁷. Aber Coke hatte im Hinblick auf die Vereinbarung von 1575 schon erklärt, sie verstoße gegen die „Laws and Statutes of the Realm“²⁸.

4. Wie die Ämter, so übernahmen die Civilians auch die Organisation, in welcher sich die gelehrten Juristen vor der Reformation in London zusammengeschlossen hatten, das Collegium doctorum²⁹. Das Collegium doctorum

²⁷ Abgedruckt in dem Sammelwerk, *The laws, ordinances and institutions of the Admiralty of Great Britain. Civil and Military I–II*, London 1746, I 146.

²⁸ Zur Entwicklung der Zuständigkeit des Court of Admiralty cf. als moderne Darstellung HOLDSWORTH, *HEL I*, London 1903 (Reprint 1956), 550–568; dort auch über die Eingriffe der Common Law Courts, 553–558. – Zum Eingreifen des Königs (des Privy Council) zugunsten des Court of Admiralty 1633 cf. LEVACK 80 und allgemein 82–85.

²⁹ Zur Geschichte cf. ERNEST NYS, *Le droit romain, le droit des gens et le collège des docteurs en droit civil*, Brüssel 1910. Das wichtigste Aktenstück, das sich auf diese Gesellschaft bezieht, ist das sogenannte Register, das sich in den Archiven des Erzbischofs von Canterbury im Lambeth Palace befindet. Dieses Register ist ein Folioband, der nach der Auflösung der Gesellschaft 1869 in deren Auftrag von Sir Travers Twiss dem damaligen Erzbischof von Canterbury übergeben wurde, wie sich aus den zwei Briefen ergibt, die dem Folioband vorgeheftet sind. Der Band enthält neben Statuten, welche vor allem die gemeinsamen Mahlzeiten betreffen, und Verfügungen König Karls II. (Folio 229 bis Folio 231) zwei Namenslisten oder Register. Das erste (bis Folio 68 r) enthält eigenhändig geschriebene Erklärungen der Mitglieder über die Beiträge, zu denen sie sich verpflichtet hatten. Dieses Register beginnt mit den Namen der Gründungsmitglieder bzw. mit Namen von Personen, an deren Mitgliedschaft man bei Gründung der Gesellschaft gedacht hatte. Der erste Name ist der von Richard Bodewell, dem bei der Gründung 1511 amtierenden Dean of the Arches. Die Namen der Gründungsmitglieder bzw. der Personen, deren Beitritt man erwartete, sind vom Schreiber vorgeschrieben, insgesamt 122 Namen. Hinter den Namen steht dann die eigenhändige Erklärung derjenigen, die beigetreten sind, hinter manchen Namen fehlt jedoch auch eine solche Erklärung. Dies rechtfertigt den Schluß, daß es sich um eine Liste von Personen handelt, die bei Gründung der Gesellschaft aufgestellt worden ist und alle diejenigen Persönlichkeiten umfaßt, von denen man annahm, daß sie Mitglieder werden würden. Unter diesen Gründungsmitgliedern finden sich zahlreiche kirchliche Würdenträger aus der Erzdiözese Canterbury, auch solche, die außerhalb von London amtierten. Dies bestätigt den Schluß, den man aus der sogleich zu besprechenden Widmung des Bandes ziehen kann, daß es sich ursprünglich um eine Vereinigung aller derjenigen geistlichen Würdenträger handelte, die in der Erzdiözese Canterbury einen juristischen Grad innehatten.

Das zweite Register (Folio 93 bis Folio 130) ist überschrieben: „Quo ordine doctores admittuntur in arcubus“ und enthält die Namen derjenigen, die nach Zulassung als Advokaten bei der Curia de Arcubus auch in das Kollegium aufgenommen wurden. Das Aufnahme datum ist jeweils vermerkt. Auf dieses zweite Register hat sich COOTE in seinem Buch: *Sketches of the lives and characters of eminent English Civilians*, London 1804, gestützt und darauf wieder beruht die bei NYS, l.c., 139–153, abgedruckte Namensliste. Diese Liste von NYS enthält infolgedessen auch die nicht seltenen Lesefehler von Coote und muß insofern mit Vorsicht benutzt werden.

Vergleicht man beide Register, so stellt sich heraus, daß das erste Register, insbesondere für das 16. und den Anfang des 17. Jahrhunderts, erheblich mehr Namen enthält. Unter anderem findet sich die eigenhändige Beitrittserklärung von Thomas Morus „leicus“ vom 3. 12. 1514, später die von Erzbischof William Laud (4. 12. 1634). Der Unterschied beider Listen rührt wohl daher, daß die erste Liste auch solche Juristen enthält, die zwar kirchliche Ämter

war 1511 vermutlich als Kollegium der mit der Erzdiözese Canterbury verknüpften *doctores iuris* gegründet worden³⁰. Es bestand auch nach der Lösung Englands von der katholischen Kirche fort³¹. 1570 wurde beschlossen, daß niemand mehr zugelassen werden sollte, der nicht vorher „*adscriptus in numerum advocatorum dictae curiae*“, d. h. der *Curia de Arcubus*, sei³². 1768 erhielt das Kollegium durch königliche Charter Korporationsrechte unter dem Namen „*The College of Doctors of Law exercent in the Ecclesiastical and Admiralty Courts*“³³. Es bestand bis 1855, als es im Zusammenhang mit der Übertragung der Ehegerichtsbarkeit an staatliche Gerichte aufgelöst wurde³⁴. Das Kollegium besaß eine umfassende Bibliothek; sie wurde nach Auflösung der Gesellschaft im Jahre 1861 versteigert. Der gedruckte Auktionskatalog existiert noch³⁵. Der Katalog umfaßt 2449 Nummern, davon 2417 Buchtitel³⁶. Die Bibliothek enthielt danach alle bedeutenden Konsiliatoren, die Hauptwerke der humanistischen Jurisprudenz und der holländischen Schule ebenso wie die des *Usus modernus*, die großen Kommentare zu den französischen *Coutumes* (übrigens auch den *Grand Coutumier* von Richebourg) und eine beachtliche Anzahl kontinentaler Rechtsprechungssammlungen, z. B. Gail, Mynsinger, Louet, Damhouder, endlich die *Naturrechtsliteratur* der Aufklärung und die daraus hervorgegangenen preußischen und österreichischen Kodifikationen. Die Bibliothek war ohne Zweifel eine sehr vollständige und gut unterrichtende Sammlung der Literatur des kontinentalen *Ius commune*, und ihre Kenntnis ist naturgemäß außerordentlich wichtig, um sich ein Bild von den Arbeitsmöglichkeiten der englischen

hatten, aber nicht als Advokaten bei der *Curia de Arcubus* amtierten oder zugelassen waren.

Das Buch von Coote, und dementsprechend auch die Liste von Nys, die sich auf dieses Buch stützt, schließen mit dem Jahre 1803 ab. Die Listen, und zwar beide, sind jedoch weitergeführt bis zur Zeit der Auflösung des Kollegiums, und zwar bis 1855. In die Zeit zwischen 1803 und 1855 fallen unter anderem die Beitrittserklärungen von so bedeutenden Juristen wie Phillimore (1839) und Travers Twiss (1841).

³⁰ Der dem Buch vorausgeschriebene Widmungsvermerk des Prokurators Spencer, der den Folioband der Gesellschaft geschenkt hatte, spricht von den *Doctores coadiutores* der Erzdiözese Canterbury.

³¹ Eine zeitgenössische Beschreibung des Hauses der Gesellschaft im 16. und Anfang des 17. Jahrhunderts findet sich bei BUCK, *The third universitie* (cf. Note 9), chap XXVIII.

³² Der Beschluß steht in dem Register auf Folio 89.

³³ Cf. COOTE, l.c., VI.

³⁴ Cf. ERNEST NYS, l.c., 121 – Zur Aufhebung der christlichen Ehegerichtsbarkeit cf. HOLDSWORTH, HEL I 624.

³⁵ A catalogue of the very valuable and extensive library of the College of Advocates, Doctors' Commons London, which will be sold by auction by Mr. Hodgson on Monday April 22th 1861 and seven following days.

³⁶ Ich habe das Exemplar der Bodleian Library benutzt.

Civilians zu machen³⁷. Die Frage, ob das Collegium doctorum (Doctors' Commons) nach dem Vorbild der englischen Inns of Court oder nach demjenigen der Collegia doctorum des Kontinents begründet wurde, bedürfte noch näherer Untersuchung³⁸.

5. Die geschilderten Verhältnisse lassen es verständlich erscheinen, daß die literarische Tätigkeit der englischen Civilians sich bestimmten Gebieten zuwendete. Ich möchte in ihrem Schrifttum die folgenden fünf Gruppen unterscheiden.

a) Akademische Literatur, d. h. Darstellungen des römischen Rechtes, die primär für den akademischen Unterricht bestimmt waren.

b) Für die Praxis bestimmte Darstellungen des römischen Rechts auf den Sachgebieten, in denen es in England noch angewandt wurde, unter Berücksichtigung der Einschränkungen und Änderungen, die es in England durch Gesetzgebung, Gewohnheit und Rechtsprechung erfahren hatte. Man kann diese Darstellungen schlagwortartig als Darstellungen des englischen Usus modernus bezeichnen. Hier kommen die folgenden Sachgebiet in Betracht:

- Kirchenrecht;
- Eherecht;
- Testamentsrecht, soweit von kirchlichen Gerichten gehandhabt;
- Seerecht, d. h. das vom Court of Admiralty angewandte gemeine Recht;
- Militär- und Wappenrecht, d. h. das vom Court of the Marshal and Constable angewandte Recht, und schließlich:
- Der römisch-kanonische Prozeß, so wie er vor den Ecclesiastical Courts, dem Court of Admiralty und dem Court of Chivalry des Marshal and Constable angewendet wurde.

c) Völkerrecht und internationales Recht.

d) Apologetisches Schrifttum, d. h. Schriften zur Verteidigung des Civil Law und seiner Anwendung.

e) Endlich Schriften, die dem Vergleich zwischen Civil Law und Common Law gewidmet sind beziehungsweise das Common Law auf dem Hintergrund des Civil Law darzustellen versuchen³⁹.

In dieser Gruppierung soll das Schrifttum der Civilians untersucht werden.

³⁷ Berücksichtigt man die breite Literaturgrundlage der Arbeiten von Swinburne und Conset – dazu unten IV – so muß man annehmen, daß auch in York, wo beide tätig waren, eine gute gemeinrechtliche Bibliothek gewesen sein muß.

³⁸ Dazu, aber auch aus anderen Gründen, wäre eine Neupublikation des Registers außerordentlich wünschenswert. Es wäre für einen englischen Historiker sicher einfach, einer solchen Publikation biographische Notizen über die in den Registern enthaltenen Mitglieder hinzuzufügen.

³⁹ Alle diese Materien deckt das enzyklopädische Werk, das Richard Zouche in der Mitte

III Akademisches Schrifttum

1. Über die Gestaltung des Studiums des römischen Rechtes in Oxford und Cambridge während der hier in Betracht kommenden Zeit im einzelnen sind wir verhältnismäßig schlecht unterrichtet. Lektionskataloge, eine außerordentlich wichtige Quelle für die Kenntnis des Rechtsunterrichts bei vielen kontinentalen Fakultäten, fehlen, ebenso detaillierte Examensordnungen. Es scheint auch keinen festen und amtlichen Studienplan gegeben zu haben. Wordsworth⁴⁰ meint, die alten Ordnungen seien im 18. Jahrhundert nicht eingehalten worden. Fifoot bemerkt in seiner Biographie von Lord Mansfield: „No system of education existed“⁴¹. Nach einem Beschluß der Universität Cambridge von 1768 wurde dort der Grad des Bachelor of Civil Law nach einem Studium von drei „terms“ verliehen⁴². Nach der Darstellung von Holdsworth⁴³ war insbesondere die Mitte des 18. Jahrhunderts eine Zeit des Verfalls der juristischen Studien. Häufig kamen Vorlesungen nicht zustande, und die Examina waren eine reine Formalität, wobei übrigens auch die Inns of Court nicht besser dastanden als die Fakultäten. Wenn diese Annahmen richtig sind, so würden wir in England durchaus analoge Verhältnisse zu der Situation bei den kontinentalen Universitäten vor uns haben.

Auf die Studienverhältnisse am Ende des 16. Jahrhunderts, also die spätelisabethanische Zeit, bezieht sich die Schrift von William Fulbeck „Direction or preparative to the study of law“, die zuerst 1599 erschien. Fulbeck gibt keinen eigentlichen Studienplan, sondern macht Vorschläge für die Vorbereitung des jungen Juristen, und zwar sowohl des jungen Civilian wie des jungen Common Law-Juristen. Insbesondere gibt er Ratschläge für die Lektüre. Danach soll der junge Zivilist zunächst die Quellen – Codex, Digesten und Novellen – lesen. Was die juristische Literatur anbelangt, so werden folgende Autoren empfohlen: Bartolus, Baldus, Paulus de Castro, Philippus Decius, Alciat, Zasius, Budaus, Duaren, Cujaz, Hotman und Donellus, vor allem aber Albericus Gentilis. Diese Empfehlung ist wegen des Nebeneinander von

des 17. Jahrhunderts unternahm und nach einheitlichem Plan ausgeführt hat. Cf. dazu unten III 3. Freilich beschränkt Zouche seine Darstellung zum Teil auf die ausschließliche Wiedergabe des justinianischen Rechts, ohne die spätere Entwicklung zu berücksichtigen, während er in manchen Teilen seines Werkes auf diese eingeht.

⁴⁰ CHRISTOPHER WORDSWORTH, *Scholae Academicae. Some account of the studies at the English universities in the 18th century*, Cambridge 1877, 140.

⁴¹ CECIL HERBERT STUART FIFOOT, *Lord Mansfield*, Oxford 1936, 20.

⁴² Cf. CHRISTOPHER WORDSWORTH, *Scholae Academicae. Some account of the studies at the English universities in the 18th century*, Cambridge 1877, 140.

⁴³ HOLDSWORTH, *HEL XII* 78, 83–85.

Konsiliatoren und humanistisch ausgerichteten Autoren interessant. Sie entspricht der wissenschaftlichen Haltung des wohl einflußreichsten Lehrers des römischen Rechts im elisabethanischen England, Albericus Gentilis, und übrigens auch dem Bild literarischer Quellen, das man erhält, wenn man die Zitate der großen Werke des englischen *Usus modernus* untersucht. Ich möchte daraus schließen, daß Fulbecks Ratschlag nicht nur seine persönliche Ansicht darstellt, sondern daß man in der zweiten Hälfte des 16. und am Anfang des 17. Jahrhunderts tatsächlich auf dieser Grundlage studiert hat, wenn auch sicher die verzeichnete Literatur (wie noch in modernen Studienführern üblich) sehr viel umfangreicher ist als die von den Studenten tatsächlich benutzte.

Für das Ende des 17. Jahrhunderts haben wir eine Nachricht bei Wood⁴⁴, dem als Assessor des Universitätsgerichts von Oxford die Verhältnisse bekannt sein mußten. Danach begann das Studium mit der Lektüre der justinianischen Institutionen; dabei wurde die mit kurzen Noten versehene Ausgabe von Vinnius benutzt⁴⁵. Es folgte das Studium der *Regulae iuris*, auf deren Bedeutung Wood auch in der Vorrede zu seinem Buch „*Institutes of Imperial Law*“ hinweist. Dabei wurden die Kommentare von Bronchorst und Peckius benutzt. Daß Peckius herangezogen wurde, läßt darauf schließen, daß man nicht nur den Digestentitel 50. 17 studierte, sondern auch den entsprechenden Abschnitt in den Dekretalen Bonifaz' VIII. Anschließend wurde Grotius' „*De iure belli ac pacis*“ und Pufendorfs „*De iure naturae et gentium*“ gelesen, womit das Studium also eine stark naturrechtliche und völkerrechtliche Richtung erhielt. Im kanonischen Recht las man Lancelots Institutionen sowie „*the chief canonists*“, was immer Wood damit gemeint haben mag.

Dieser Bericht zeigt ein für das Ende des 17. Jahrhunderts durchaus zeitgemäßes und respektables Studienprogramm. Die „*Regulae iuris*“ hatten um diese Zeit den Charakter einer Einführungs- und Übersichtsvorlesung erlangt; man suchte hier – wie in den Institutionen – die juristischen Prinzipien, in denen man mehr und mehr den Kern des Rechts erblickte. Bronchorst⁴⁶ selbst bemerkt in der Einleitung zu seinen „*De diversis Regulis Iuris antiqui*“

⁴⁴ Some thoughts concerning the study of the Laws of England, particularly in the two universities, 1. Auflage, London 1708. Auf der Darstellung von Thomas Wood beruht auch die sehr fragmentarische Übersicht über das juristische Studium bei Christopher Wordsworth, *Scholae Academicae. Some account of the studies at the English universities in the 18th century*, Cambridge 1877.

⁴⁵ Cf. die entsprechende Notiz in der Vorrede von Alan John Percivale Taylor zu seinen *Elements*.

⁴⁶ Bronchorst war Professor in Leiden.

Enarrationes“ (benutzte Ausgabe Amsterdam 1658), dieser Digestentitel sei „veluti compendium“ der ganzen vorhergehenden Teile der Digesten und von besonderem Wert für den Studenten. „Primo autem anno studiorum proponi debent regulae studiosis iuris discendae, quia haec? Est conveniens et optima docendi ratio, ut a generalioribus fiat initium“. Dementsprechend war unter seiner Mitwirkung das Vorlesungsprogramm von Leiden gestaltet worden. Gegenüber dem relativ knappen Kommentar von Bronchorst ist derjenige von Peckius⁴⁷ ein umfangreiches Werk; er nimmt in Peckius „Opera Omnia“ (Antwerpen 1666) 341 Folioseiten ein und beruht stärker als der von Bronchorst noch auf der scholastischen Rechtswissenschaft, ohne jedoch die humanistischen Autoren wie Alciat auszuschließen. Vinnius hat im 16. Jahrhundert erhebliche Bedeutung für den Unterricht gehabt. Sein großer Institutionenkommentar ist auch in Spanien als Unterrichtswerk verwendet worden⁴⁸; im Oxforder Programm handelt es sich aber wohl um seine Institutionenausgabe⁴⁹. Lancelots Institutionen waren das Standardlehrbuch des kanonischen Rechts. Auffällig ist, daß Vorlesungen über die Hauptteile des Corpus iuris, Pandekten und Codex, fehlen, auch in der Form der Paratitla. Stattdessen wird ein breiter Überblick über das römisch-kanonische Recht und seine Prinzipien, wie man sie damals verstand, geboten, und es werden die Hauptwerke der Naturrechtsschule behandelt. Das Studienprogramm geht über das hinaus, was etwa an den schwedischen Universitäten um diese Zeit angeboten wurde; es steht wohl dem der niederländischen Hochschulen nahe.

Für die Mitte des 18. Jahrhunderts unterrichtet uns Thomas Bever (damals Regius professor in Oxford) in seinem „Discourse on the study of jurisprudence“ dahin, daß man mit den Institutionen beginne und danach zu Digesten und Codex übergehe. Eine handschriftliche Note in einem Exemplar des Buches von Hallifax „Heads of a course of lecture on the Roman Civil Law“ (erschienen 1769)⁵⁰ ergibt, daß folgende Werke empfohlen wurden: Das Buch von Wood, Institutes of the Imperial Law; die New Pandects von Ayliffe;

⁴⁷ Peckius war Professor in Löwen und später Richter im großen Rat von Mecheln.

⁴⁸ KLAUS LUIG, Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, in: *Ius commune* III (1970).

⁴⁹ Vinnius (1588–1657) war Professor in Leiden. Seine Institutionenausgabe trägt den Titel *D. Justiniani Institutionum sive Elementarum Libri Quattuor, Notis . . . illustrati*. Benützt die Ausgabe Amsterdam 1698.

⁵⁰ Die Notiz ist offenbar die Niederschrift eines Studenten nach der vom Professor gegebenen Literaturangabe; sie befindet sich in dem in der Oxford Law Library vorhandenen Exemplar.

Arthur Duck, *De usu et auctoritate iuris romani*; Domat, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel* in der Übersetzung von Straham; Harris, *Institutionen*⁵¹; Heineccius, *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum*; Vinnius, *Institutionen-Ausgabe*; Taylor, *Elements*⁵²; schließlich für das Kirchenrecht die Darstellung von Burn.

Einzelne juristische Materien wurden im 18. Jahrhundert auch von solchen Studenten studiert, die keinen juristischen Grad anstrebten, sondern klassische beziehungsweise theologische Studien verfolgten. Wordsworth hat in seine *Scholae academicae* als Anhang III (p. 330–337) einen „Advice to a young student“ aufgenommen, der 1700 geschrieben und später (1729–30) in zwei Auflagen abgedruckt worden ist. In diesem Advice werden als Lektüre für den Studenten der Classics unter anderem die Werke von Grotius und Pufendorf empfohlen. Ebenso wurde Studenten, die sich nach einem Grundstudium in Classics einer Laufbahn im Common Law zuwenden wollten, nahegelegt, ein gewisses Studium des römischen Rechts zu betreiben⁵³. Lord Mansfield, der 1723 in Christ Church College Oxford eintrat, hat eine Vorlesung über Pandekten gehört⁵⁴. Halifax (Regius professor in Cambridge 1770–1781, später Bischof von Gloucester) sagt im Vorwort zu seiner „Analysis“⁵⁵, eine elementare Kenntnis des römischen Rechts sei nützlich für den Gelehrten, den Geistlichen, den Politiker und den Common Lawyer. Ähnliche Gesichtspunkte entwickelt Thomas Bever in seinem „Discourse on the study of Jurisprudence and the Civil Law“, der Einleitung zu einer im Jahre 1762 in Oxford gehaltenen Vorlesung⁵⁶. Daß solche Bemerkungen nicht nur reine Theorie waren, sondern im gewissen Umfang der Wirklichkeit entsprachen, ergibt Taylors Vorrede zu seinen „Elements“; er schildert darin, daß dieses Buch aus dem Privatunterricht hervorgegangen sei, den er dem Enkel des Earl of Granville erteilt habe. Eine elementare Kenntnis des römischen Rechts wie des Naturrechts galt im späteren 18. Jahrhundert offenbar als Bestandteil der Allgemeinbildung, die die Universität zu vermitteln hatte. Damals hat das römische Recht in England die Rolle einer allgemeinen Rechtslehre, der Jurisprudenz, übernommen, die es solange – bis in unser Jahrhundert hinein – an den englischen Universitäten behalten hat.

⁵¹ Dazu sogleich unten p. 29.

⁵² Dazu sogleich unten p. 31.

⁵³ Cf. ROGER NORTH, *Directions for the study of the law. Extracted from works by A. C. Buckland, London 1860, und WOODDESON, Elements of Jurisprudence treated of in the preliminary part of a course of lectures on the laws of England, London 1783, 63.*

⁵⁴ Cf. FIFoot, Lord Mansfield (cf. Note 38).

⁵⁵ Dazu unten III 5b. ⁵⁶ Gedruckt Oxford 1766.

Für solche Zwecke waren natürlich die justinianischen Institutionen besonders wichtig und dies spiegelt sich denn auch in dem sogleich zu besprechenden Schrifttum deutlich wieder.

2. Ehe jedoch auf dieses Schrifttum im einzelnen eingegangen werden kann, gilt es noch einmal, sich klarzumachen, daß ein englischer Gelehrter der hier behandelten Zeit, der römisches Recht darstellen wollte, sehr verschiedene Möglichkeiten vor sich sehen mußte. Er konnte zunächst das antike römische Recht darstellen und dann entweder das justinianische oder das römische Recht in seiner antiken Entwicklung. Im ersteren Falle ging er den Weg, den die großen Führer der humanistischen Jurisprudenz beschritten hatten, deren Ziel in erster Linie die Neuerfassung des justinianischen Rechts gewesen war. Auch im zweiten Fall konnte er an die Tradition der humanistischen Jurisprudenz anknüpfen, schloß sich dann aber den spezifisch antiquarischen Richtungen an, die später die elegante Jurisprudenz in den Niederlanden gepflegt hat. Ebenso gut konnte er aber auch das römische Recht darstellen, wie es zu seiner Zeit auf dem Kontinent galt, schlagwortartig: den kontinentalen – im Gegensatz zum englischen – „*usus modernus*“. Dann mußte er die Änderungen berücksichtigen, die seit der Wiederbelebung des römischen Rechts im Mittelalter eingetreten waren. Er mußte vermerken, welche Teile des *Corpus iuris* ihre Geltung verloren hatten; hierzu konnte er Werke wie Groenewegen, *Tractatus de legibus abrogatis* (1648), oder Bugnyon, *Legum abrogatarum et inusitatarum in omnibus curiis ferris, jurisdictionibus et dominiis Regni Francia Tractatus*, Lugduni 1564, heranziehen. Vor allem mußte er aber dann die Fortentwicklung des justinianischen Rechts durch die mittelalterliche und gegebenenfalls die nachhumanistische Interpretation einbeziehen, etwa im Vertragsrecht der Tatsache Rechnung tragen, daß in der kontinentalen Praxis inzwischen alle Verträge mit gültiger *Causa* als klagbar angesehen wurden. Er konnte schließlich auch in seine Darstellung die Rechtsmaterien einbeziehen, die man auf dem Kontinent *Ius modernum* nannte, also territoriale Gewohnheiten, neuere Gesetze und Rechtsprechung. Alles das war römisches Recht, war *Civil Law*, und dieser geistesgeschichtlichen Situation entspricht es, daß sich auch unter den akademischen Schriften der englischen Civilians Werke sehr verschiedener Art befinden.

3. Wenden wir uns nun den einschlägigen Schriften selbst zu, so ist zunächst hervorzuheben, daß der Italiener Albericus Gentilis ab 1580/1581 als *Regius professor* in Oxford gewirkt und eine Reihe seiner romanistischen Schriften dort verfaßt hat. Dazu gehört z. B. sein Kommentar zum Digestentitel 50. 16 „*De verborum significatione*“, der 1614 in Hanau posthum gedruckt worden

ist. Diese Schriften, die als Werke eines Kontinentalen hier nicht im einzelnen zu beschreiben sind, vereinigen Elemente der scholastischen und der humanistischen Rechtswissenschaft und zeigen, daß ihr Autor beide beherrschte. Dies hervorzuheben ist wichtig, weil gerade dies auch ein wesentlicher Zug der von Engländern geschriebenen legistischen Literatur der spätelisabethanischen und der frühen Stuartzeit ist. Man wird kaum fehlgehen, wenn man die (relative) Blüte der Legistik in dieser Zeit gerade dem Einfluß des Gentilis zuschreibt⁵⁷.

Von den Werken der nächsten Generation ist dem akademischen Schrifttum wohl die mehrfach erwähnte enzyklopädische Darstellung des Richard Zouche zuzurechnen⁵⁸. Sie besteht aus verschiedenen, selbständig erschienenen Büchern, die alle nach einem einheitlichen Plan entworfen, allerdings zu verschiedenen Zeiten ausgeführt und erschienen sind. Der zugrundeliegende Plan ist interessant genug. Zouche geht davon aus, daß es außer der allgemeinen Gemeinschaft der Menschen im Staat, der *Communio generalis hominum*, eine Reihe von besonderen Gemeinschaften gibt, die nach besonderen Rechtsnormen leben: „*Communiones speciales quibus iura specialia constituta sunt*“⁵⁹. Zu diesen *Communiones speciales* gehört die Kirche, der Adel (*Milites*), die Seeleute und Seehandel betreibenden Kaufleute. Das Recht der allgemeinen staatlichen Gemeinschaft stellt Zouche in den „*Elementa iuris prudentiae definitionibus, regulis et sententiis selectioribus iuris civilis illustrata*“ (Oxford 1636) dar, das der Sondergemeinschaften in Monographien über Kirchenrecht, *Ius militare* und *Ius maritimum*⁶⁰. Ich möchte vermuten, daß diesem System Gedankengänge aristotelischer Philosophie zugrunde liegen⁶¹. Dazu würde es auch passen, daß Zouche in den *Elementa* zunächst vom *Finis* der Jurisprudenz spricht und dieses durch die *Iustitia commutativa* und *distributiva* definiert, während er als Subjekt des Rechts die eben erwähnte

⁵⁷ Cf. dazu den Artikel „Gentili, Alberico“ in DNB, Vol. XXI; ferner GUIDO ASTUTI in der Einleitung zu seiner Edition von Gentili, La „*Advocatio Hispanica*“ de Alberico Gentili, Madrid 1950.

⁵⁸ Zu Richard Zouches Person und den „*Elementa*“ cf. HOLDSWORTH, HEL V 17 ss.

⁵⁹ RICHARD ZOUCHE, *Descriptio Iuris et iudicii militaris*, Oxford 1640, Einleitung.

⁶⁰ Cf. RICHARD ZOUCHE, *Descriptio Iuris et iudicii ecclesiastici secundum canones et constitutiones anglicanas*, Oxford 1636 und seine *Descriptio iuris militaris*, Oxford 1640 (benutzte Ausgabe: Amsterdam 1657) und seine *Descriptio iuris et iudicii feudalis secundum consuetudines mediolani et normannae pro introductione ad Jurisprudentiam*, Oxford 1634 (auch erschienen unter dem Titel: *Descriptio iuris et iudicii temporalis secundum consuetudines feudales et normannicas*, Oxford 1636) und seine *Descriptio iuris et iudicii maritimi*, Oxford 1640, sowie seine *Iuris et iudicii feccialis sive iuris inter gentes et questionum de eodem explicatio*, Oxford 1650.

⁶¹ Im übrigen erinnert der Aufbau an das System, das später die Pandektistik befolgte.

allgemeine und die besonderen Gemeinschaften ansieht. Ramistischer Einfluß ist in diesem Ansatzpunkt und in dieser Gliederung jedenfalls nicht zu erkennen. Zouche gliedert den juristischen Stoff nicht, wie dies der Methode des Ramé entsprechen würde, an Hand von Leitbegriffen, die in dichotomischer Weise unterstellt werden. In der Tat war der Einfluß der ramistischen Methode in der Zeit, in der Zouche seine Werke ausgearbeitet hat, in England bereits vorbei, und der Aristotelismus hatte seine beherrschende Stellung wiedergewonnen⁶². Damit unterscheidet sich das Werk von Zouche grundlegend von einer Enzyklopädie, wie sie, zeitlich etwas früher, auf dem Kontinent Althusius mit seiner „Dicaeologica“ geboten hatte. Dieses Werk hat zwar mit dem von Zouche gemein, daß es ebenfalls das justinianische Recht in den Mittelpunkt stellt, wenn auch gelegentliche Hinweise auf das zeitgenössische Recht nicht ganz fehlen; aber es ist durchaus nach der ramistischen Methode aufgebaut.

In den „Elementa“ und in den Monographien benutzt Zouche als weitere Unterteilung zunächst die Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht (*ius – iudicium*) und sodann das Institutionenschema *personae, res, actiones*. Dieses Schema erfährt bei Zouche jedoch eine Umdeutung, insofern er *actiones* nicht als Klagen, sondern als Handlungen versteht, und zwar als juristisch relevante Handlungen, d. h. Verträge (*contractus*) und Delikte. Er begründet dies wiederum mit einer allgemeinen Überlegung; er führt aus, daß in jeder der von ihm unterschiedenen Gemeinschaften Personen, Rechtsgegenstände und menschliche Handlungen zusammenträfen⁶³. Da er unter dem Begriff Person nicht nur Individuen, sondern auch Personenvereinigungen begreift, gelangt Zouche zu einem außerordentlich modern wirkenden und im Grunde genommen dem Pandektensystem des 19. Jahrhunderts außerordentlich nahekommenden System.

Die „Elementa“ stellen, entsprechend der enzyklopädischen Absicht des Verfassers, der ja die gesamte Jurisprudenz, nicht nur das Privatrecht, darstellen will, nicht nur dieses, sondern auch Strafrecht und öffentliches Recht dar. Dieser Gedanke wird auch in den Monographien, z. B. über das *Ius militare* und das *Ius maritimum*, aufrechterhalten. Auch diese umfassen jeweils so-

⁶² Es ist interessant, daß die Unterscheidung, die Zouche zwischen der allgemeinen Gemeinschaft der Bürger im Staat und den besonderen ständigen und professionellen Gemeinschaften macht, in gewisser Weise später bei Bentham in seinen Vorschlägen zum Aufbau des kodifizierten Rechts wiederkehrt. Bentham unterschied bekanntlich nach ähnlichen Gesichtspunkten den oder die allgemeinen Codes von den nur für bestimmte Gruppen gedachten Sondercodes, wie etwa dem Commercial Code.

⁶³ Es ist hier von ihm der Ausdruck „*concurrere*“ gebraucht.

wohl das *Ius publicum* einschließlich eventuell eingreifender strafrechtlicher Normen wie das *Ius privatum*. Das Seerecht etwa behandelt sowohl das *faenus nauticum*, die Stellung des *Exercitor* und die Regeln über den *Jactus*, also privatrechtliche Materien wie das besondere Seestrafrecht, z. B. die Strafe für Piraterie, das *Ius militare*, ebenso Fragen des Status, des *Miles*, wie die rein privatrechtlichen Probleme des *Peculium castrense*.

Eigenartig ist die Quellengrundlage der Enzyklopädie von Zouche. Die „*Elementa*“, das *Ius militare* und das *Ius maritimum* stellen – von gelegentlichen Hinweisen abgesehen – nur das justinianische Recht dar. Weder die mittelalterliche Interpretation noch die humanistische oder die des zeitgenössischen *Usus modernus* werden berücksichtigt. Dies entspricht zwar einer Grundtendenz der humanistischen Jurisprudenz und auch Vorlesungsgewohnheiten des 16. und frühen 17. Jahrhunderts auf dem Kontinent – man denke an Hotmans Genfer Codex-Vorlesungen –, ist aber bei Zouche doch um dessentwillen erstaunlich, weil er die Auswahl der in den Monographien behandelten Materien deutlich nach der praktischen Anwendung des römischen Rechts in England getroffen hat. Immerhin hat Zouches Darstellung des *Ius maritimum* in der kontinentalen Literatur in gewisser Hinsicht eine Parallele in dem Werk von Peckius „*In titulos Digesti et Codicis ad rem nauticam pertinentes Commentarii*“ (erschienen Lovanii 1556), welches auch nur die justinianischen Quellen des Seerechts – diese allerdings mit praktisch gerichtetem Kommentar –, nicht aber das *Ius modernum* oder *hodiernum* behandelt⁶⁴.

Für den Historiker besitzen Zouches Abhandlungen insofern großes Interesse, weil sie zu der Beantwortung der schwierigen Frage beitragen, welche Teile des *Corpus iuris* im England des 17. Jahrhunderts von Interesse waren. Hierzu sollen einige Beispiele gegeben werden. In seiner Darstellung des *Ius militare*, die grundsätzlich das Recht der römischen Soldaten und das römische Amtsrecht behandelt, zieht Zouche z. B. heran:

C. 1. 48. 2 und 3 als Grundlage eines von Zouche angenommenen *Ius revertentiae*; C. 10. 32. 33 als Grundlage eines Delikts des „*Indigne tractare personas nobiles*“; I. 4. 4. 1 als Grundlage eines besonderen Delikts der Beleidigung von Adligen; D. 48. 10. 27. 2 als Grundlage einer strafbaren Handlung (unter der *Lex Cornelia de falsis*) „*Se pro nobili gerere*“.

Die Art und Weise, wie hier Quellenstellen, die sich auf Angehörige der römischen Armee beziehen, auf zeitgenössische englische Verhältnisse an-

⁶⁴ Peckius behandelt die Titel D. 9.4; 14.1; 14.2; 17.9; C. 11.2; 11.4; 11.6.

gewendet werden, entspricht im Grunde genommen noch durchaus mittelalterlicher Quellenauffassung. Daß jemand, der sich zu Unrecht als Adliger ausgab, wegen *Crimen falsi* bestraft werden konnte, entspricht in der Tat mittelalterlicher Auslegung; daß hierfür D. 48. 10. 27. 2 als Grundlage herangezogen werden könne, scheint allerdings erst eine spätere Auffassung zu sein. Sie wird von Andreas Tiraquellus in seinem „*De Nobilitate Commentarii*“ (benutzte Ausgabe Venedig 1574) entwickelt (cap. XIII fol. 36), während offenbar Bartolus die gleiche Folgerung auf andere Texte gestützt hatte. Jedenfalls folgt Zouche insoweit der Interpretation des gemeinen Rechts der Praxis. Während in den genannten drei Werken Texte aus dem römischen Recht sehr reichlich angeführt werden, sind Zitate aus der Literatur nur spärlich. In den „*Elementa*“ etwa wird gelegentlich Wesenbecks *Digesten-Kommentar* und Baldus' *Codex-Kommentar* (zu C. 9. 2. 7), letzterer für den Begriff der Notorietät, zitiert.

Anders liegen die Dinge in der Darstellung des Kirchenrechts in der Monographie über das *Ius ecclesiasticum*. Hier mußte naturgemäß das englische Recht der anglikanischen Kirche dargestellt werden. Es wäre sinnlos gewesen, justinianisches Kirchenrecht vorzutragen oder auf das klassische kanonische Recht zurückzugreifen. Dementsprechend gibt Zouche hier einen Überblick über das geltende Recht, z. B. eine sehr klare Darstellung des Aufbaus der *Ecclesiastical Courts*, wie sie zu seiner Zeit bestanden. Ebenso beschreibt er das Verfahren in Testamentssachen, wie es vor den geistlichen Gerichten im England seiner Zeit üblich war⁶⁵. Dieser grundsätzlichen Haltung entsprechend zitiert Zouche in diesem Werk auch neben dem *Corpus iuris canonici* das für das englische Kirchenrecht auch noch der anglikanischen Kirche wichtige Werk über die Provinzialkonstitutionen von Lyndwood aus dem 15. Jahrhundert⁶⁶ sowie die kirchliche Gesetzgebung Heinrichs VIII und Elisabeths I. Damit nähert sich dieser Teil von Zouches Werk dem Typ von Literatur, den wir hier als „*englischen Usus modernus*“ bezeichnet haben.

Wieder anders steht es bei der Darstellung des Lehnrechts (*Ius temporale*, *Ius feudale*). Hier geht Zouche, ohne dies im einzelnen zu belegen, von der damals neueren humanistischen Theorie des Lehnrechts aus, wonach dieses nicht aus dem antiken römischen Recht stammte, sondern im Mittelalter entstanden war. Nach Zouche ist es eine Abänderung des justinianischen Rechts durch die mittelalterlichen Kaiser, die dabei dem Vorbild des langobardischen

⁶⁵ Cf. III 2 und IV 4 der Monographie über das *Ius ecclesiasticum*.

⁶⁶ Dazu jetzt JOHN L. BARTON, *Roman Law in England*, Mediolani 1971.

Rechts gefolgt seien⁶⁷. Während das römische Recht nur die allgemeine Obligatio des Bürgers gegen den Staat und seinen Magistrat gekannt hätten, hätten die Kaiser ein „Arctius vinculum“ zwischen sich und den Vasallen geschaffen und diesen dafür Beneficia verliehen. Das Lehnrecht wird also als Veränderung und Zusatz zum antiken römischen Recht aufgefaßt; dieses selbst soll aber auch im Bereich des Lehnrechts subsidiär gelten. Daß Zouche das Lehnrecht nach den Libri feudorum des mittelalterlichen Corpus iuris darstellt, begründet er damit, daß die Kenntnis dieser Constitutiones zum besseren Verständnis des englischen Rechts hinführe. Zouche beschränkt sich aber in seiner Lehnrechtsdarstellung nun nicht auf das Recht der Libri feudorum, was in dieser Materie seiner sonstigen Beschränkung auf das justinianische Recht in den übrigen Monographien entsprochen haben würde, sondern er stellt in dem Vergleich dazu noch das normannische Lehnrecht dar. Soweit legt er zugrunde:

1. ein Werk, das er „Cust.“ (= customarium) zitiert und das wohl mit dem im 15. und 16. Jahrhundert verschiedentlich gedruckten „Grand Coutumier de Normandie“ in der lateinischen Fassung identisch ist⁶⁸; dieses „Customarie“ war 1580 durch Order in Council als Recht der Insel Guernsey anerkannt worden⁶⁹.

2. Customarium Reformatum (zitiert „Cust. reformat.“), d. h. das offiziell 1583 festgestellte Gewohnheitsrecht der Normandie⁷⁰, das in Artikel gegliedert ist.

Diese auf den ersten Blick überraschende Quellenauswahl rechtfertigt Zouche in der bereits erwähnten Vorrede zu der Ausgabe von 1636, in der das Lehnrecht mit den „Elementa“ vereinigt ist, damit, daß das normannische Gewohnheitsrecht mit dem englischen so übereinstimme, daß man zweifeln könne, ob die Engländer ihr Recht von den Normannen oder umgekehrt diese das ihre von den Engländern empfangen hätten. Im ganzen hat das Lehnrecht in der Enzyklopädie von Zouche also den Zweck, die Brücke zum englischen Recht zu schlagen. Zouche nimmt damit einen Gedanken auf,

⁶⁷ Diese neue Theorie findet sich schon bei FRANCISCUS DUARENUS, Tractatus in consuetudines feudorum, Paris 1595, Kap. 3, einem Werk, das Zouche zitiert. Zu dem ganzen Problem der Neuauffassung des Lehnrechts jetzt DONALD R. KELLEY, Foundation of modern historical scholarship, New York 1970.

⁶⁸ Cf. dazu ERNEST-JOSEPH TARDIF, Coutumiers de Normandie. Textes critiques publiés par Ernest-Joseph Tardif, tome II: La Summa de Legibus Normannie in Curia Laicali, Rouen/Paris 1896, Einleitung, CCXXXVI. ⁶⁹ Cf. TARDIF, Coutumiers de Normandie, II¹.

⁷⁰ Cf. dazu TARDIF, Coutumiers de Normandie. Textes critiques publiés avec notes et éclaircissements par Ernest-Joseph Tardif, première partie: Le Très Ancien Coutumier de Normandie. Texte latin, Rouen 1881, Einleitung p. II.

den schon Cowell in der Vorrede zu seinen „*Institutiones iuris anglicani*“ entwickelt hatte und den dann Spelman in seinem *Glossarium* (1626) im einzelnen durchgeführt hatte, daß nämlich das englische Common Law aus dem Lehnrecht zu verstehen sei. Alle diese englischen Arbeiten beruhen, wie die Darstellung von Zouche selbst, auf den lehnrechtlichen Forschungen der Humanisten⁷¹.

Das Völkerrecht (*Ius feciale*) ist unten gesondert zu betrachten, obwohl es sich ebenfalls als Teil der Enzyklopädie von Zouche darstellt.

Für reine Unterrichtszwecke hat Zouche die kleine Schrift „*Cases and questions resolved in the Civil Law*“ (Oxford 1652) geschrieben. Es handelt sich um eine Auswahl übersetzter Digestenfragmente, offenbar für eine Art Digestenexegese gedacht.

4. An Handbüchern, d. h. größeren systematischen Darstellungen zum römischen Recht, sind drei im einzelnen sehr verschiedene Werke zu nennen: Wood, *Institute of the Imperial Civil Law*; Ayliffe, *New Pandects*; Browne, *Compendious View of the Civil Law*.

a) Woods Werk ist eine Darstellung des damaligen römischen Rechts, also des kontinentalen *Usus modernus*. Sie ist nach dem Institutionensystem aufgebaut, die Darstellung ist jedoch inhaltlich viel breiter als der Text der Institutionen. Das Recht der Digesten, des Codex und der Novellen wird einbezogen. In dem Abschnitt „*Of obligations, convenants and contracts in general*“ hat Wood z. B. die einschlägigen, das Vertragsrecht betreffenden Regeln aus dem Titel „*De regulis iuris*“ (D. 50. 17) eingefügt. Überholtes wird nur kurz dargestellt; dabei stützt sich Wood bei der Frage, was überholt ist, auf Groenewegens „*De legibus abrogatis*“⁷². Dafür werden moderne Entwicklungen, also das, was man in der Rechtslehre der Zeit das *Ius hodiernum* nannte, berücksichtigt; so z. B. das englische Statute of Frauds von 1676⁷³.

⁷¹ SPELMAN (*Glossery*, 1629, v. „*Feodum*“; für Einzelnachweise cf. HEL V 19). HOLDSWORTH, HEL V 19, meint, daß Zouche's Lehnrecht durch Spelmans Artikel angeregt sei; das ist möglich, denn Zouche zitiert den Artikel in der Vorrede. Es wird weiter dadurch gestützt, daß Spelman in seinem Artikel auf die normannische Coutume in den beiden auch von Zouche benutzten Fassungen hinweist. Andererseits läßt Spelman keinen Zweifel, daß das englische Recht auf dem normannischen Recht beruht und von Wilhelm dem Eroberer eingeführt sei. Vor allem aber darf man nicht übersehen, daß der Gedanke, das Common Law müsse aus dem Lehnrecht verstanden werden, schon vor Spelman von Cowell und von Crate, die Zouche wohl gekannt hat, geäußert worden war.

⁷² Cf. zum Beispiel 563 in der zweiten Auflage von THOMAS WOOD, *Institute of the Imperial Civil Law*, hinsichtlich der Unterscheidung von benannten und unbenannten Verträgen.

⁷³ Dazu cf. THOMAS WOOD, *Some thoughts concerning the study of the Laws of England, particularly in the two universities*, London 1708, 226.

das Problem der Geldwertschwankungen, die Frage, ob ein „book of accompt“ als Beweismittel dienen könnte, und ähnliches. Die Arbeit nähert sich daher einer Darstellung des *Usus modernus*. An kontinentaler Literatur wird vor allem solche des 16. und 17. Jahrhunderts zitiert, so Vinnius' Institutionen-Kommentar, Gails *Observationes*, Julius Clarus' *Practica criminalis*, Perez' Codex-Kommentar, Corasius' Traktat „*De arte iuris*“, Gothofredus' „*Super Auth. Omnes peregrini*“ und der damals ganz neue Domat, dessen Einleitungstraktat übrigens von Wood übersetzt und herausgebracht wurde. Mittelalterliche Autoren werden dagegen nur vereinzelt zitiert, so z. B. gelegentlich Panormitanus. Auch die benutzte Literatur läßt also Woods Darstellung eher der Literatur des zeitgenössischen *Usus modernus* auf dem Kontinent zugehörig erscheinen.

b) Ein Werk ganz anderer Art ist Ayliffes posthum 1734 publiziertes Buch „*New Pandects*“⁷⁴. Als Werk des 18. Jahrhunderts dürfte es einzig in seiner Art sein. Es handelt sich um eine außerordentlich breite, gelehrte und in Anlehnung an das Institutionensystem geschriebene Darstellung des römischen Rechts, die freilich nicht vollendet worden ist. Das Auffällige ist, daß die Darstellung von Ayliffe, zum Beispiel in seiner Behandlung des Vertragsrechts oder der juristischen Personen, in außerordentlich breitem Maße die Literatur der mittelalterlichen Konsiliatoren benutzt, ohne allerdings nun deren Interpretation des *Corpus iuris* geschlossen wiederzugeben. Man gewinnt vielmehr den Eindruck, daß der Autor nicht ein historisches, etwa der mittelalterlichen Jurisprudenz der Legisten gewidmetes Werk beabsichtigt, sondern vielmehr die Konsiliatoren zur eigenen Meinungsbildung herangezogen hat als wichtige Interpreten der römischen Quellen. Daß er die mittelalterliche Literatur in dieser Weise benutzte und nicht etwa in der Absicht, die mittelalterliche Interpretation geschlossen wiederzugeben, zeigt sich zum Beispiel darin, daß er zwar bei der Vertragslehre auf Bartolus und Baldus zurückgreift, aber eine für die mittelalterliche Vertragslehre grundlegende Theorie, wie von den *Vestimenta pactorum*, nicht darstellt. Ayliffes „*New Pandects*“ ist daher weder ein Werk des *Usus modernus* – obwohl Groenewegens „*De legibus abrogatis*“ gelegentlich zitiert wird, um darauf hinzuweisen, daß bestimmte Teile des *Corpus iuris* sachlich überholt sind – noch des Humanismus, sofern dessen Bestrebungen auf eine historisch korrekte Erfassung und Darstellung des justinianischen Rechtes gerichtet war, noch aber auch eine historisch gemeinte Darstellung der mittelalterlichen Auf-

⁷⁴ Cf. dazu HOLDSWORTH, HEL XII 641–642.

fassung. Man gewinnt vielmehr bei der Lektüre des Werkes den Eindruck, daß der Verfasser sich die Frage, welches römische Recht er nun eigentlich darstellen wollte, das des Justinian, das des Mittelalters oder das des *Usus modernus*, selbst nicht klar gestellt hat. Es scheint mir, daß wir hier eine in der Literatur einzigartige Leistung eines gelehrten Individualisten vor uns haben.

c) Browne's Darstellung (der Verfasser war Professor des Civil Law im King's College, Dublin) ist als Einführung in das römische Recht für Juristen des Common Law geschrieben. Dementsprechend hat Browne, wie er in der Vorrede erörtert, seine Darstellung an das von Wood verfolgte System angelehnt. Browne will primär das justinianische Recht darstellen, gibt jedoch auch Hinweise auf den englischen *Usus modernus*. Er führt zahlreiche Stellen aus dem *Corpus iuris* an, gibt aber nur sehr wenig Literaturzitate. Außer der englischen Literatur zum römischen Recht, wie die Werke von Wood, Ayliffe und Hallifax, auch Swinburne und Godolphin, zitiert Browne in allgemeiner Form ohne nähere Angaben des gemeinten Werkes Heineccius. Diese Beschränkung in der Auswahl der zitierten Autoren erklärt sich wohl aus der Tatsache, daß Browne in erster Linie für Common Lawyers geschrieben hat.

5. Die Stellung, die das römische Recht im 18. Jahrhundert einnahm⁷⁵, hat dazu geführt, daß in dieser Zeit eine Reihe von Einführungswerken entstanden sind, die in Anlehnung an die justinianischen Institutionen geschrieben sind und die man in einem weiteren Sinne als Institutionen des römischen Rechts bezeichnen kann. Freilich entspricht dies durchaus der Entwicklung auf dem Kontinent⁷⁶.

Zunächst sind hier Übersetzungen der justinianischen Institutionen zu nennen. Von dem Buch I der Institutionen ist eine Übersetzung, London 1747, erschienen⁷⁷. 1756 ließ George Harris den Text der Institutionen mit einer englischen Übersetzung erscheinen und fügte kurze Notizen mit Verweisen auf andere Teile des *Corpus iuris* sowie Erläuterungen hinzu. Die letzten stützen sich sehr häufig auf Vinnius – wir haben ja gesehen, daß dessen Kommentar auch im Unterricht in Oxford und Cambridge benutzt wurde – sowie auf Mynsingers „*Observationes*“. Auch zieht er die Paraphrase des Theophilus heran. Andere Noten geben kurze vergleichende Hinweise auf das englische Recht, insbesondere soweit in der englischen

⁷⁵ Cf. oben III 1.

⁷⁶ Cf. oben I.

⁷⁷ Ich habe diese Übersetzung nicht einsehen können.

Praxis damals noch römisches Recht angewendet wurde; so wird zum Beispiel beim Testamentsrecht auf Swinburne hingewiesen und damit die Brücke zum englischen *Usus modernus*, jedenfalls in Form von kurzen Hinweisen, hergestellt.

b) Die dogmatischen und antiquarischen Tendenzen, die das 18. Jahrhundert in der kontinentalen Literatur weitgehend charakterisieren, sind auch in England aufgenommen worden. Es handelt sich hierbei zunächst um jene Abwendungen von der Kasuistik und der Darstellung aus Prinzipien und Regeln, für die auf dem Kontinent etwa die Werke von Domat und Heineccius typisch sind⁷⁸. Es ist für die „Modernität“ der englischen Zivilrechtswissenschaft bezeichnend, daß die Bedeutung dieses Werkes auch in England sehr früh erkannt worden ist. Nachdem zu Anfang des Jahrhunderts Wood den Einleitungstraktat von Domats Werk, übrigens ohne Domat persönlich zu nennen, in Übersetzung herausgebracht hatte, gab 1722 Straham, ein der Praxis angehöriger *Civilian*, eine englische Übersetzung des Gesamtwerkes heraus, in deren Entwicklung er auf die Bedeutung des übersetzten Werkes hinweist; dabei wird deutlich, daß der Übersetzer sich durchaus bewußt war, welche grundlegende Wichtigkeit den übersetzten Werken zukam. Zwei weitere Auflagen dieser Übersetzung folgten innerhalb von 20 Jahren (1737, 1741).

Innerhalb der in England selbst geschriebenen „Institutionenliteratur“ ist die dogmatische Richtung vor allem durch Hallifax' „*Analysis of the Roman Civil Law*“ (1774) repräsentiert. Das Buch ist ein Vorlesungsgrundriß. Im Aufbau folgt dieser Grundriß dem justinianischen Institutionensystem. Inhaltlich handelt es sich um eine kurzgefaßte Dogmatik, die in knappen Sätzen das Wesentliche festzuhalten versucht. Ich zitiere als Beispiele: Kapitel XIII 1, „*Property in action when considered with regard to the person from whom it is due is called obligation; when considered with regard to the person to whom it is due, it is called Ius ad rem*“; Kapitel XIV: „*A contract . . . is an agreement, upon sufficient consideration to do or not to a particular thing; with an obligation on at least one side and an action to inforce the performance.*“

Es entspricht der Eigenart der dogmatischen Richtung des 18. Jahrhunderts, daß Hallifax sich nicht auf den Inhalt der justinianischen Institutionen beschränkt, sondern das Recht der *Digesten*, des *Codex* und der *Novellen* berücksichtigt, z. B. im Erbrecht das Recht der *Novelle 118*. Ebenso gibt der

⁷⁸ Cf. oben I.

Autor kurze Hinweise auf die englische Praxis des römischen Rechts. In den Materien, in denen römisches Recht noch angewendet wurde, z. B. im Testamentsrecht und im Zusammenhang mit der Behandlung der Klagen, gibt er eine kurze Übersicht über das in England vor den Ecclesiastical Courts und den mit den Civilians besetzten Courts übliche Verfahren (III. 9). Auch Hinweise auf das Common Law fehlen nicht⁷⁹.

Für die Aufnahme der dogmatischen Behandlung des römischen Rechts, wie sie auf dem Kontinent im 18. Jahrhundert üblich wurde, ist ferner kennzeichnend, daß 1744 eine Bearbeitung von Heineccius' „Elementa iuris civilis secundum ordinem institutionum“ erscheint; der Verfasser war Robert Eden. Eden hat den lateinischen Text von Heineccius in großen Teilen übernommen, jedoch Kürzungen und Umstellungen vorgenommen⁸⁰. Der eigene Beitrag des Verfassers weist dagegen vor allem in die Richtung der antiquarischen Jurisprudenz. Eden hat dem von ihm bearbeiteten Text von Heineccius Noten beigefügt; diese geben neben gelegentlichen, übrigens sehr klaren Hinweisen auf den englischen Usus modernus und das Common Law vor allem breite Hinweise auf die klassische Literatur, etwa auf Horaz, Ovid und Cicero, wobei auch zahlreiche wörtliche Zitate aus deren Schriften gegeben werden.

Ganz der antiquarischen Richtung, wie sie vor allem in den Niederlanden des 18. Jahrhunderts gepflegt wurde, gehört das Werk von John Taylor „Elements of the Civil Law“ an. Das Buch beginnt mit einem Überblick über die Geschichte des römischen Rechts und gibt dann eine breite Darstellung der Rechtsquellenlehre der Römer. Dieser Teil füllt 246 von den 584 Druckseiten des Werkes. Erst im zweiten Teil kommt der Verfasser zum römischen Recht selbst. Das Schwergewicht liegt jedoch auch hier nicht auf der Wiedergabe des juristischen Inhalts, sondern auf weit ausgesponnenen antiquarischen Exkursen. So führt z. B. die Behandlung des Eigentums (property) zu einer kleinen Abhandlung über die Grenzsteine und den Gott Terminus⁸¹. Andererseits gehen die am Anfang eines jeden Abschnitts gegebenen Literaturhinweise weit über die antiquarische Literatur hinaus, und wenn Taylor auch hauptsächlich die humanistischen und eleganten Juristen empfiehlt, wie

⁷⁹ SAMUEL HALLIFAX hatte schon 1769 in Cambridge „The Heads of a course of lectures on the Roman Civil Law compared with the laws of England“ herausgegeben. Hier beschränkt er sich jedoch auf Stichworte für das Obligationenrecht und den Prozeß; der Vorlesungsgrundriß ist hier also nicht wie in der „Analysis“ zu einer kurzgefaßten Dogmatik ausgearbeitet worden.

⁸⁰ Der Verfasser Robert Eden war Archdean in Winchester, cf. HOLDSWORTH, HEL XII 614–641. ⁸¹ P. 459 ss.

die Schriften von Cujaz, insbesondere seine *Observationes*, von Brissonius und Noodt, so nennt er z. B. doch im öffentlichen Recht auch Domat und den in Holland lehrenden Staatsrechtler Limnaeus.

c) Im Zusammenhang mit den antiquarischen Studien ist auch die *Historia iuris*, wie sie sich im 17. Jahrhundert und 18. Jahrhundert auf dem Kontinent in Unterricht und Literatur entwickelt hatte, in England aufgenommen worden. 1724 erscheint eine Übersetzung der „*Histoire du Droit Romain*“ des Claude Joseph de Ferrière von J. Beaver⁸². Ferrières Buch ist eine knappe *Historia iuris*, die im Schlußkapitel einige Notizen zur Literaturgeschichte der mittelalterlichen und im Sinne der damaligen Zeit modernen Interpretation des römischen Rechtes gibt, wie das der Vorlesungspraxis und der literarischen Gewohnheit der Zeit entsprach.

Eine römische Staats- und Rechtsgeschichte gibt dann Thomas Bever (Regius professor in Cambridge) in seiner „*History of the Legal Polity of the Roman State and of the rise, progress and extent of the Roman Law*“ (London 1781). Bever gibt in der Introduction eine allgemeine Literaturübersicht. Er nennt hier zunächst die antiken Historiker sowie die Darstellung von Pomponius in D. 1. 2, jedoch erwähnt er auch neuere Autoren, und zwar insbesondere die Kommentare von Van der Meulen und Bynkershoek zu D. 1. 2, Hoppius' „*Praecognita iuris*“, Gravinas „*Origines iuris civilis*“ in der Ausgabe von Mascov, Heineccius' „*Historia iuris Civilis*“, die Geschichte von Ferrière in der englischen Übersetzung und an englischen Autoren Arthur Ducks „*De usu et auctoritate*“ etc.

Einen Überblick über die Geschichte des römischen Rechts mit sehr langen antiquarischen Exkursen zu einzelnen Fragen – zum Beispiel werden dem Zwölftafelgesetz 125 Seiten gewidmet – gibt Alexander Schomberg in seinem Buch „*An historical and chronological view of the Roman Law*“ (Oxford 1785). Auch diese Arbeit stützt sich, wie der Verfasser im Preface selbst ausführt, auf die Arbeiten von Bynkershoek, Heineccius, Gravina und Taylor, also kontinentalen Autoren und englischen Autoren der eleganten und antiquarischen Schulen. Auch die großen Humanisten, wie Cujaz und Gothofred, werden häufig zitiert. Die Ausführungen stützen sich jedoch weitgehend auch auf klassische Autoren unmittelbar. Für die Unterrichtspraxis in Oxford dürfte es interessant sein, daß Schomberg, der Fellow of Magdalen College war, bei den Institutionen als „*the most valuable and correct edition*“ diejenige von Arnold Vinnius, Leiden 1642, empfiehlt.

⁸² Es handelt sich um den jüngeren Ferrière.

Der gleiche Schomberg hat auch eine Monographie über die Geschichte der Lex Rhodia verfaßt: „A traetise of the maritime laws of Rhodes“ (Oxford 1786). Der Verfasser bezeichnet sein Werk selbst als zu den „juridical antiquities“ gehörig, bekennt sich also selbst auch ausdrücklich zur antiquarischen Richtung. Dies schließt jedoch nicht aus, daß er der Darstellung der Geschichte der Lex Rhodia eine Übersicht über die weitere Entwicklung des Seerechts anfügt.

IV Schriften zur Praxis des römischen Rechts in England

1. Das reine römische Recht, wie es in den justinianischen Rechtssammlungen niedergelegt war, ist nach der Wiederaufnahme des römischen Rechts auch auf dem Kontinent in der Praxis wohl nie zur Anwendung gekommen. Da das römische Recht, welche Begründung auch immer für seine Geltung in den einzelnen Ländern gegeben wurde, stets nur subsidiäre Geltung erlangte, wurde es in der Praxis in Anwendung stets durch lokale Gebräuche und Statuten modifiziert, in dem hier betrachteten Zeitraum auch durch die Gesetzgebung der europäischen Staaten. Es galt nur zusammen mit dem Komplex der Normen, den man auf dem Kontinent in dem hier betrachteten Zeitraum als *Ius hodiernum* zusammengefaßt hat. Außerdem stützte sich die Praxis auf die Interpretation, die seit dem Mittelalter zu dem eigentlichen Text des *Corpus iuris* hinzugetreten war; dabei war, wie oben (Abschnitt I) kurz dargestellt, eine Verschmelzung der Ergebnisse der scholastischen und der humanistischen Exegese eingetreten.

Alles dies mußte auch für England gelten, soweit das römische Recht hier in praktischer Geltung stand⁸³; man kann insofern von einem „englischen *Usus modernus*“ sprechen. Der Literatur, die diesen Rechtsgebieten und dieser Art von römischem Recht gewidmet ist, soll die Darstellung sich jetzt zuwenden. Dabei soll das allgemeine Recht der anglikanischen Kirche allerdings ausgespart werden. Seine Problematik geht, angesichts des Zusammenhanges mit den theologischen Grundlagen der anglikanischen Kirche, über das Thema des *Usus modernus* hinaus. Insofern möchte ich mich durch einen Hinweis auf das Werk von Burn „*Ecclesiastical Law*“ und auf Godolphins „*Repertorium Canonicum*“ beschränken.

⁸³ Cf. oben II.

2. Eherecht

Das Eherecht war in dem hier betrachteten Zeitraum kirchliches Recht und findet infolgedessen seine Darstellung in den Werken über das Recht der anglikanischen Kirche. Zu nennen ist etwa das eben erwähnte Werk von Burn „The Ecclesiastical Law“ (1. Aufl. 1763, 9. Aufl. 1842)⁸⁴, eine Darstellung, die alphabetisch nach Stichworten gegliedert ist und das Eherecht unter dem Stichwort „Marriage“ darstellt, ferner das eben erwähnte „Repertorium Canonicum“ von Godolphin, in dem das Eherecht im Kapitel 36 behandelt wird.

Eine monographische Darstellung über Verlöbnis und Eheschließung liegt in Swinburnes „Treaties of Spousals or matrimonial Contracts“ vor. Dieses 1686 lange nach dem Tode des Autors veröffentlichte Werk ist eine eingehende Monographie des englischen Usus modernus. Das Eherecht wird in Regeln mit Ampliationes dargestellt. Swinburne benutzt in reichem Maße die Literatur des römisch-kanonischen Rechts, insbesondere auch die Glossen zum Corpus iuris civilis, zum Corpus iuris canonici und die Konsiliatoren.

3. Testament und Nachlaß

a) Auf diesem Gebiet hatte sich in der kirchlich-rechtlichen Praxis des englischen Mittelalters eine Entwicklung vollzogen, die das englische Recht bis heute geprägt hat und die auch für den englischen Usus modernus in diesem Bereich grundlegend war. Diese Entwicklung betraf Form und Inhalt der Testamente und die Abwicklung des Nachlasses. Soweit es nach mittelalterlichem englischem Recht angesichts der lehnsrechtlichen Bindung des Grundbesitzes möglich war, soweit also das bewegliche Vermögen (chattles) in Betracht kam, war die kanonische Testamentsform üblich geworden, d. h. eine Erklärung des letzten Willens vor zwei Zeugen. Auch inhaltlich knüpfte das mittelalterliche englische Testamentsrecht an das kanonische Testament an, insbesondere wurde danach die heredis institutio des römischen Rechtes überflüssig. Statt dessen entwickelte sich jedoch sehr weitgehend das Recht der Testamentsvollstreckung. Bekanntlich gab es im mittelalterlichen kanonischen Recht hier zwei Formen. Einmal gab es den sogenannten heres fiduciarius⁸⁵, der echter Erbe war, aber nach Weisung des Testators das geerbte Vermögen weiterzuleiten hatte, insbesondere es unter die Armen zu verteilen hatte. Auf der anderen Seite gab es den echten Testamentsvollstrecker, der neben einem Erben eingesetzt werden konnte und der nur ein Verwaltungsrecht am Nach-

⁸⁴ Cf. dazu HOLDSWORTH, HEL XII 612.

⁸⁵ Cf. D. 36.1.48.

laß besaß. In der englischen Entwicklung ist die erste Form in den Vordergrund getreten. Der Exekutor wurde als echter Erbe im Sinne des römischen Rechtes angesehen.

Aus beiden Entwicklungen ergab sich, daß das englische Testament des Mittelalters der Form nach ein Zweizeugen-Testament war⁸⁶, dem Inhalt nach aber nicht die Ernennung eines Erben, wohl aber diejenige eines Testamentsvollstreckers forderte und im übrigen Zuweisungen durch Legate enthalten konnte.

Was die Nachlaßabwicklung anging, so hatte sich schon im Mittelalter unter dem Einfluß des kirchlichen Rechts die Auffassung herausgebildet, daß der Bischof gewissermaßen als „executor by law“ angesehen wurde⁸⁷. In dieser Eigenschaft war der Bischof zuständig für die Verwaltung solcher Nachlässe, für die der Erblasser nicht durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers gesorgt hatte. Er brauchte diese Zuständigkeit nicht persönlich wahrzunehmen, sondern konnte einen Verwalter (administrator) zur Abwicklung des einzelnen Nachlasses ernennen⁸⁸. Aus der allgemeinen Zuständigkeit der kirchlichen Gerichte für Streitigkeiten über Testamente, die das kanonische Recht vorsah, entwickelte sich in England die Befugnis der kirchlichen Gerichte, im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Gültigkeit von Testamentsurkunden in einem besonderen Verfahren zu prüfen. Dies ist der Ursprung des heute noch existierenden Probate-Verfahrens, das zu einer gerichtlichen Anerkennung oder Verwerfung einer bestimmten Testamentsurkunde führt. Ferner entwickelte sich die Praxis, daß die kirchlichen Gerichte den Testamentsvollstrecker beziehungsweise vom Bischof ernannten Administrator überwachten, insbesondere dafür sorgten, daß sie für ihre Verwaltung Rechnung legten. Schließlich erklärten sich die kirchlichen Gerichte auch für zuständig, wenn ein Testamentsvollstrecker oder Administrator bestimmte Vermögenswerte als Nachlaßwerte in Anspruch nahm. Hier wurde jedoch nicht – was an sich vielleicht nahegelegen hätte – die *hereditatis petitio* des römischen Rechts verwendet, es war vielmehr eine besondere Klage entwickelt worden⁸⁹.

Die kirchliche Praxis bei der Anerkennung der Testamente, der Über-

⁸⁶ Swinburne beruft sich für diese Form in seinem gleich zu behandelnden Traktat auf das *Ius gentium*; demgegenüber stellt Ridley in seiner Darstellung des Testamentsrechtes (*A view of the civil and ecclesiastical law*, London 1607) – historisch gesehen richtig – den Zusammenhang mit dem kanonischen Recht her.

⁸⁷ Der Ausdruck begegnet in dem Testamentsrechtstraktat von Swinburne.

⁸⁸ Swinburne verweist hierzu auf C. 1.3.28 und C. 1.3.48.2.

⁸⁹ Cf. dazu OUGHTON, *Ordo iudiciorum*, London 1728, Titel 120–121.

wachung der Testamentsvollstrecker usw. war bereits im 15. Jahrhundert eingehend in dem Kommentar von Lyndwood zu den englischen Provinzialstatuten erörtert worden⁹⁰. Sie war nach Auffassung der englischen Juristen des 16. Jahrhunderts im gleichen Rahmen wie das kanonische Recht selbst in der kirchlichen Gesetzgebung aufrechterhalten worden. Man berief sich hierfür auf die allgemeine Klausel in 25 Henry VIII Kap. 19⁹¹. Aus diesen Grundlagen ergab sich, daß das römische Recht vor allen Dingen dort zur Anwendung kommen konnte, wo es sich um Einzelregelungen über die beizuziehenden Solemnitätszeugen, um die Legate und um Auslegungsregeln für Testamente handelte.

b) Das bedeutendste Werk über das testamentarische Erbrecht in unserem Abschnitt ist Henry Swinburnes „Treatise of testaments and last wills“. Die erste Auflage dieses Werkes erschien zu Lebzeiten des Verfassers, im Jahr 1590⁹². Der Verfasser, der von 1560 bis 1623 lebte, war Praktiker, und zwar zunächst Advocate, später Richter am Prerogative Court des Erzbischofs von York⁹³. Der englisch geschriebene Traktat ist eine ausführliche Monographie, d. h. er ist nicht, wie die mittelalterlichen Traktate, in einzelne *questiones* gegliedert, sondern systematisch nach Sachgebieten; Begriff und Form des Testaments, Unwirksamkeitsgründe, Fähigkeit zur Testamenterrichtung, Gegenstände testamentarischer Verfügungen, Fähigkeit, zum Testamentsvollstrecker ernannt zu werden oder Legate zu empfangen, werden nacheinander behandelt. Der Traktat ist auch nach heutigen Begriffen ein vorzügliches Buch; wissenschaftlich steht es auf der Höhe der Zeit. Der Autor beherrscht die kontinentale Literatur in vollem Umfange und verwendet sie in reichem Maße. Dabei ist interessant, daß er fast gleichmäßig mittelalterliche und humanistische Literatur heranzieht. Von der ersten werden nicht nur die Glosse und zahlreiche Konsiliatoren herangezogen, sondern z. B. auch Werke wie Rolandinus' „Ars notarii“ und Durantis „Speculum“ – das freilich wegen der ausführlichen Darstellung der Rechtslage des Testamentsvollstreckers außerordentlich wichtig war – sowie der Kommentar des Panormitanus zu Caput „Johannes“ (X. 3. 26. 19). An Autoren seiner eigenen Zeit zitiert Swinburne Sichard, Wesenbeck, Viglius van Aytta, die *Consilia* des Hotman, Covarruvias' *Commenta* zum Titel „De testamentis“ der Dekretalen Gregors XI, Alciats *Parerga*, Rebuffs „De verborum significatione“.

⁹⁰ Cf. dazu den Nachweis bei Swinburne. ⁹¹ Cf. dazu oben p. 8 ss.

⁹² Ich habe die erweiterte 5. Auflage, erschienen 1728, benutzt.

⁹³ Zu seiner Biographie cf. A. F. POLLARD, Henry Swinburne, in: *Dictionary of national biography* LV, London 1898, 228–229.

c) Eine zweite sehr ausführliche Darstellung des *Usus modernus* im Bereich des Erbrechts stammt aus der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts; es ist J. Godolphins „*Orphans legacy*“ (1674)⁹⁴. Auch Godolphin war Praktiker, er war den größten Teil seines Lebens als *Advocate* an der *Curia de Arcubus* tätig. Es handelt sich ebenfalls um eine systematisch aufgebaute Monographie, die den gesamten Stoff in drei Teilen behandelt. Auch Godolphin behandelt seine Materie auf der Grundlage des *Civil Law* und der englischen Praxis, sein Buch kann also ebenfalls als Werk des *Usus modernus* bezeichnet werden. Außer vielen Textangaben benutzt er neben englischen Entscheidungen eine große Anzahl von kontinentalen Autoren; ich nenne etwa Raphael Fulgosius (*Consilia*), Paulus de Castros Kommentar zu den *Digesten*, Alciat (*Consilia*), Oldradus (*Consilia*), die Kommentare von Baldus und Bartolus, Alexander (*Consilia*), Raimund Cravetta (*Additiones ad Bartolum*), Mantica (*De conjecturis ultimarum voluntatum*), Mascard (*De probationibus*), Papon (*De legato triticario*), die Schriften des Covarruvias.

4. Seerecht

a) Quellenwerke

Die englischen Seegerichte wendeten das *Ius commune* an, das auch auf dem Kontinent subsidiär galt. Die Rechtslage war jedoch im Bereich des Seerechts besonders kompliziert, da zu den römischen Quellen hier in besonderem Maße das *Ius modernum* hinzugetreten war. Aus dem *Corpus iuris* wurden die einschlägigen Titel über die *Lex Rhodia*, die *Actio exercitoria*, das *Faenus nauticum*, die Haftung des *Nauta* angewendet, aber auch Titel, an die der heutige Romanist zunächst weniger denken würde, wie C. 11. 6. 1 über das Strandgut und D. 39. 4. 16. 8, endlich Materien des allgemeinen Rechts, wie die Texte über die *Lex Aquilia* und den Eigentumserwerb. Daneben galten aber auch mittelalterliche Seerechtsregeln, insbesondere die Regeln von Oléron. Schließlich war der zeitgenössische internationale Handelsbrauch von Bedeutung. Zum Seerecht gehörten ferner Fragen, die wir heute dem Völkerrecht zurechnen würden, insbesondere das sogenannte *Prisenrecht* bei *Repressalien* und im Kriege⁹⁵. Mit der Einschränkung der privatrechtlichen Zuständigkeit des *High Court of Admiralty* gewannen

⁹⁴ Zu John Godolphin und seinen Werken cf. HOLDSWORTH, HEL XII 619.

⁹⁵ Bei *Repressalien* wird ein Untertan, dem nachweislich Unrecht durch einen ausländischen Staat angetan worden ist, für das keine Wiedergutmachung gewährt wird, ermächtigt, im Wege des Kaperns feindlicher Schiffe sich Entschädigung zu verschaffen; im Kriegsfall handelt es sich um die Ermächtigung von privaten Schiffen, durch sogenannte *Kaperbriefe* (*Lettres de marque*), feindliches Gut als *Prise* zu erbeuten.

diese völkerrechtlichen Fragen für dessen Tätigkeit sogar besondere Bedeutung. Hervorzuheben ist, daß der Court of Admiralty auch für allgemeine Fragen, insbesondere auch soweit er Verträge auszulegen hatte, auf das römische Recht zurückgriff.

Angesichts der Quellenlage spielen Quellensammlungen und Darstellungen der geschichtlichen Entwicklung der Quellen im englischen Schrifttum eine nicht unerhebliche Rolle. Viel benutzt wurde in England offenbar die Sammlung der einschlägigen seerechtlichen Titel des Corpus iuris und ihre Kommentierung durch den belgischen Juristen Peckius⁹⁶. Historische Übersichten bieten zum Beispiel Welwood, „An Abridgement of all Sea Laws“ (London 1613), Exton, „Maritime Dicaeology“ und die Sammlung „The Laws ordinances etc.“

b) An Darstellungen des praktisch geltenden Rechts, des Usus modernus⁹⁷, sind vier zu nennen: die Werke von Welwood, Molloy, Godolphin und Browne.

Welwoods eben erwähntes „Abridgement of all the Sea Laws gathered forth of all writings and monuments, which are to be found among any people or nation“ (Erstauflage London 1613)⁹⁸ will alle Seerechte behandeln, insbesondere die Lex Rhodia des Altertums und sodann die mittelalterlichen Statuten von Marseille, Genua, Morea, Venedig, Barcelona (d. h. den Consulat del Mar), die Regeln von Oléron und Visby, ein einschlägiges Statute von Eduard III (1375) sowie ein dänisches Seegesetz von 1561. Sachlich behandelt es die Seegerichte und ihr Verfahren, das Recht der Seeleute, insbesondere des Kapitäns in seinem Verhältnis zu Matrosen, Passagieren, Befrachtern und Eigentümern, den Seefrachtvertrag, das Seedarlehen, die Partnership, die Haverei, die Rechtslage des Pfandgutes, die politischen und privaten Rechte am Meer sowie die Kriegsschiffe betreffenden Regeln. Was die Quellen angeht, so hebt Welwood selbst hervor, daß er Scheridus' „Leges Navales Rhodiorum“, Julius Ferrettus' „De iure et re nautica“, Petrus Peckius' „Commentarii“ und Stracchas „De mercatura“ herangezogen habe. In dem Werk sind jedoch hauptsächlich die Texte aus dem Corpus iuris zitiert, daneben sonstige Quellen, wie die Regeln von Oléron oder den Consulat del

⁹⁶ PETRUS PECKIUS (Peck), In titulos Digestorum et Codicis ad rem nauticam pertinentes commentarii, Amsterdam 1647 (benutzte Auflage).

⁹⁷ Eine vollständige Darstellung des einschlägigen justinianischen Rechts bietet Zouche in der bereits behandelten Monographie über das Ius maritimum; daß diese noch im 18. Jahrhundert benutzt wurde, beweist die Vorrede zu dem zweiten Band von Browne.

⁹⁸ Eine Darstellung von Welwoods Quellen, auch soweit das kontinentale Recht in Betracht kommt, bietet SENIOR, Early Writers on Maritime Law, LQR 37 (1921) p. 323–336.

Mar, und einzelne Zitate aus der gemeinrechtlichen Literatur, wie z. B. aus Baldus und Bartolus; vom letzteren insbesondere dessen Traktat „De represaliis“.

Das im 17. und 18. Jahrhundert als grundlegendes Handbuch benutzte Werk war das Buch von Charles Molloy „De iure maritimo et navali“ (1670)⁹⁹, das insgesamt zehn Auflagen erlebte; die zehnte erschien 1778. Der Verfasser war nicht Civilian, sondern Common Lawyer¹⁰⁰. Sein Buch behandelt das gesamte öffentliche und private Seerecht. Es stellt sich trotz der anderen Ausbildung des Verfassers durchaus als gelehrtes Werk des *Usus modernus* dar¹⁰¹. Neben zahlreichen Quellenzitaten aus den Digesten und dem Codex sowie natürlich den Regeln von Oléron und englischer Entscheidungen und Statutes werden Bartolus und Baldus und aus der neueren Literatur Grotius (*Introductio ad Ius Hollandiae*), Rittershusius (zu D. 50. 17. 23), Vitoria, Bodin und Hotman zitiert. Freilich sind die Zitate aus der kontinentalen Literatur sehr viel weniger reich als etwa bei Swinburne. Wie bei den Humanisten und den Völkerrechtlern der Zeit stehen neben den juristischen Zitaten auch solche aus der klassischen Literatur wie Seneca, Cicero, Xenophon, Thukydides und Aulus Gellius.

Der oben bereits erwähnte John Godolphin hat „A View of the Admiral Jurisdiction“ geschrieben. Der Hauptinhalt des Buches ist in der Absicht, sie in ihrem bisherigen Umfange gegen die Übergriffe der Common Law Courts zu verteidigen, der Zuständigkeit des High Court of Admiralty gewidmet. Das materielle Seerecht ist also nicht der eigentliche Gegenstand des Buches, wird aber in der breiten Einleitung relativ eingehend behandelt. Die Schrift zieht die kontinentale Literatur in breitem Umfange heran – und zwar dabei sowohl die *accursische* Glosse als auch die mittelalterliche und neuere Literatur. Aus dem Bereich der mittelalterlichen Literatur werden zitiert: Alexander Tartagni, Baldus, Bartolus, Angelus de Ubaldis, das *Speculum*, Panormitanus. Von neuerer Literatur erwähnt er neben Gail (*Observationes*) Chassanaeus, Corvinus, Anton Faber, Forster (*Historia iuris*), Gothofred, Grotius, Spigelius, Zasius, Leunclavius und Sichard.

Ganz am Ende der hier betrachteten Epoche erschien Arthur Brownes „Compendious View of the Civil Law and of the Law of the Admiralty“

⁹⁹ Cf. HOLDSWORTH, HEL XII 627.

¹⁰⁰ Charles Molloy lebte von 1646 bis 1690.

¹⁰¹ Die Anmerkung von B. PORTER über Charles Molloy im *Dictionary of national biography* XXXVIII, London 1894, p. 130, das Buch enthalte nichts, was auch nicht bei GERARD MALYNES, *Consuetudo vel lex mercatoria*, London 1622, stünde, erscheint mir ungerechtfertigt.

(1. Aufl. 1798). Der Verfasser war Professor des Civil Law in Dublin. Das Buch gibt in Band 2 einen Überblick über den gesamten Tätigkeitsbereich der Seegerichte und die für sie geltenden Regeln des materiellen und Verfahrensrechts. Dabei spielt das Prisenrecht eine besondere Rolle, es wird aber auch das private Seerecht dargestellt. Browne will seine Darstellung nach der Vorrede als „General elementary treatise“ aufgefaßt wissen. An früheren Werken mit gleicher Zielsetzung nennt er Zouches Darstellung des Seerechts, Exton und das eben besprochene Buch von Godolphin. Im Gegensatz zu Molloy und Godolphin zitiert er im wesentlichen nur kontinentale Literatur aus dem 17. und 18. Jahrhundert. Ich nenne etwa den Kommentar von Bynkershoek zu D. 9. 2 sowie die Monographien „De Praedatoria privata“, „De foro competenti legatorum“; Heineccius' „De navibus ob vetitam mercedem commissis“ und dessen Bemerkungen zu Grotius; Gothofredus' Notae zum fünften Buch der Pandekten; Gails „Observationes“ und „De pignorationibus“; Mascardus' Quaestiones. Verhältnismäßig breit wird wegen der Bedeutung des Prisenrechts völkerrechtliche Literatur herangezogen, wie Grotius und Pufendorf. Aus der englischen Literatur berücksichtigt er Oughtons Prozeßrecht und Molloy's Admiralty Law.

5. Ius militare

Es handelt sich um das Recht, welches das Gericht des Constable anzuwenden hatte. Eine eingehende Darstellung der im 17. und Anfang des 18. Jahrhunderts angewendeten Rechtssätze scheint nicht vorhanden gewesen zu sein. Von dem dem Titel nach einschlägigen Werk von John Anstis „Curia militaris“ (1702) ist offenbar nur die Einleitung und das Inhaltsverzeichnis im Druck erschienen¹⁰². Übersichten über diese für den modernen Romanisten nicht leicht verständliche Materie bieten jedoch Ridley in seiner „View of the civil and ecclesiastical Law“ und Zouches einschlägige Monographie. Danach handelt es sich um zwei Materien: Militärrecht und Adelsrecht. Beide Autoren behandeln dementsprechend das Recht der Soldaten in seiner verwaltungsrechtlichen und privatrechtlichen Seite (Peculium castrense), Eigentum an Beute, Verträge mit Söldnern¹⁰³ und andererseits das Adelsrecht

¹⁰² Cf. dazu HOLDSWORTH, HEL XII 630. Ich habe den entsprechenden Druck der Bodleian Library benutzt.

¹⁰³ THOMAS RIDLEY, A view of the civil and ecclesiastical law, ¹London 1607, ²Oxford 1634 (benutzte Auflage, p. 96 II 1.4.), definiert entsprechend: „The ordering of martial causes whether they be civil or criminal in an army“ und andererseits: „Judgments of ensigns and arms and decisions for challengers of rights of honour and precedencie.“

(Fragen der Führung von Titeln und Wappen sowie des Vortritts bei offiziellen Anlässen etc.).

a) Zum Verständnis des *Ius militare* als Militärrecht muß man sich vor Augen halten, daß im 16. Jahrhundert im Rahmen des *Ius commune* das Kriegs- und Militärrecht sich als Disziplin entwickelt hatte. Ich nenne etwa Werke wie Petrinus Bellus' „*De re militari et bello tractatus*“ (Venedig 1563) und Balthasar Ayalas „*De iure et officio bellico et disciplina militari libri duo*“ (Douai 1582), deren Verfasser beide Militärrechtler gewesen sind¹⁰⁴. Die hier entwickelten Regeln wurden offenbar neben etwaigen Einzelregeln des englischen Militärrechts von den Civilians als auch in England gültig angesehen. Zouche zitiert denn auch beide Autoren in seinem dem Völkerrecht gewidmeten *Ius feciale*. Für die damalige Bedeutung des *Corpus iuris* mag es nicht uninteressant sein zu notieren, welche Titel aus dem *Corpus iuris* die beiden englischen Autoren in diesem Zusammenhange für wichtig hielten. Ridley nennt *Digesten* 49. 16 bis 18, C. 12. 35–37 und 39. Zouche zieht z. B. die *Novelle* 105 sowie eine Reihe von Einzelstellen heran, wie etwa D. 49. 15. Zouche nennt die *Novelle* 105 sowie Einzelstellen wie D. 49. 15. 20 und D. 41. 1. 5 im Zusammenhang mit dem Recht auf Beute, ferner D. 49. 16. 10 wegen des Anspruches des Soldaten auf *Donativa*.

b) Was das Adelsrecht angeht, so ergibt die Darstellung von Ridley, daß man für das Recht der Wappenführung Bartolus' Traktat „*De insignis*“ zugrunde legte¹⁰⁵. Im übrigen griff man mit der Kontinental-Rechtswissenschaft auf Texte zurück, die dem heutigen Romanisten aus dem Blick gekommen sind, z. B. C. 9. 25. 1 und D. 48. 10. 13 (Prinzipien für die Frage der Annahme eines neuen Adelsprädikates, Namens oder Titels); C. 1. 48. 2 und 3 für das *Ius reverentiae*; C. 10. 32. 33 für das Delikt des „*indigne tractare personas nobiles*“ sowie D. 48. 10. 27. 2 für die unrechtmäßige Anmaßung eines Adelsprädikats. Allgemein werden die *Codextitel* 2. 14 bis 16 und 1. 24 herangezogen.

6. Prozeßrecht

Alle Gerichte, die mit Civilians besetzt waren, wendeten auch das Verfahrensrecht des römisch-kanonischen Prozesses an, zum Teil das ordentliche,

¹⁰⁴ Bellus bei den italienischen Truppen Karls V; Ayala bei der spanischen Armee und den Niederlanden.

¹⁰⁵ Cf. BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *De insignibus et armis*, Lugduni 1594, in: *Renovatae Joannis Fabri (das ist: Joannes Runcinus) in Codicis Justiniani Imperatoris priores libros IX. Annotationes Codicis breviarium nuncupatae. Adiectis duobus itidem renovatis vetustis non minus utilibus tractatibus*, Lugduni 1594.

zum Teil das summarische (*sine strepitu et figura iudicii*)¹⁰⁶. Dementsprechend sind auch Werke geschrieben worden, die den römisch-kanonischen Prozeß darstellen, wie er in England praktiziert wurde. Dabei wird zwischen den einzelnen Gerichtshöfen und ihrem Verfahren unterschieden.

a) Die ältesten Werke dieser Art gehen in die elisabethanische Zeit zurück. Es sind die „*praxis tam ius dicentibus quam aliis omnibus qui in foro ecclesiastico versantur utilis*“ und die „*praxis Curiae admiralitatis Angliae*“ von Francis Clerke, einem Advokaten an der Curia de Arcubus¹⁰⁷.

Die „*praxis Curiae admiralitatis*“ muß, wenn das Zitat aus Welwoods „*Abridgement*“ von Clerke selbst herrührt, nach 1613 geschrieben sein. Beide Schriften sind aber zunächst nur handschriftlich verbreitet gewesen und benutzt worden¹⁰⁸. Die „*praxis ecclesiastica*“ erschien posthum 1664 in Dublin in einer offenbar sehr schlechten Ausgabe¹⁰⁹. Die „*praxis Curiae admiralitatis*“ erschien zwei Jahre später 1666. Beide lateinisch geschriebenen Werke sind ganz auf die Praxis abgestellt, beruhen auf der Kenntnis des römisch-kanonischen Prozeßrechtes. Ähnlich den mittelalterlichen Ordines beschreiben sie das Prozeßrecht nach dem Prozeßgang. Das Buch über die Praxis der kirchlichen Gerichte enthält keine Literaturangaben, dagegen weist die „*praxis Curiae admiralitatis*“ – jedenfalls in der gedruckten Ausgabe – eine Reihe von Zitaten auf. Die folgenden Autoren werden zitiert: Baldus und Paulo de Castro zu Digesten 2. 5. 1 t. si quis in ius vocat Lex I; Angelus de Ubaldis; Franciscus Aretinus, Consilia; Scaccia, De appellationibus; Oldendorp; Farinacci, Praxis criminalis; Gail, Observationes, sowie die see-rechtlichen Kommentare von Peckius.

b) Clerkes Werk über den Prozeß vor den kirchlichen Gerichten wurde 1728 von Thomas Oughton, der Deputy Registrar am High Court of Delegates unter Queen Anne war, in revidierter Fassung unter dem Titel „*Ordo iudiciorum*“ neu herausgegeben¹¹⁰. Oughton fügte Observationes an, die den Text in Einzelheiten erläutern und Querverweisungen geben, jedoch keine Literaturzitate. Daß der Verfasser aber das „gelehrte“ kontinentale römisch-kanonische Prozeßrecht kannte, ergibt sich schon daraus, daß er den Titel

¹⁰⁶ Das letzte wurde insbesondere vor dem Court of Admiralty oder der Curia militaris angewendet. Für die letzte vergleiche das Inhaltsverzeichnis des oben unter 4 erwähnten Werkes von Anstis.

¹⁰⁷ Cf. HOLDSWORTH, XII 614–615. Die „*Praxis Ecclesiastica*“ ist Ende des 16. Jahrhunderts geschrieben; die Vorrede ist von 1596 datiert.

¹⁰⁸ Vgl. dazu SENIOR, LQR 37 (1921) p. 329.

¹⁰⁹ Cf. dazu die Vorrede von OUGHTON, Ordo iudiciorum, London 1728.

¹¹⁰ Cf. HOLDSWORTH, HEL XII 616–618.

seines Werkes, wie er in der Vorrede erwähnt, nach dem Buch von Maranta gewählt hat.

c) Ein Werk mit reichen Zitaten aus der Literatur zum römisch-kanonischen Prozeß ist dagegen Henry Consets „The practise of the spiritual or ecclesiastical Courts“ (1684). Der Verfasser praktizierte offenbar in York vor den dortigen kirchlichen Gerichten¹¹¹. Conset stellt in Part I den Aufbau der Gerichte der Erzdiözese Canterbury dar und gibt einen Überblick über das Verfahren in Testamentsachen. Part II bis V schildert dann das Verfahren einschließlich des summarischen Prozesses und des Appellationsverfahrens. Part VI wendet sich anschließend speziellen Verfahren zu, insbesondere in Ehe- und Testamentsvollstreckungssachen, Patronatsrechten und Zehnten sowie schließlich in Fällen von Defamation. Endlich gibt Part VII eine Darstellung des Inquisitionsprozesses in Kriminalen. An Quellen benutzt Conset außer Clerke und Lyndwood, einem englischen Kanonisten des 15. Jahrhunderts, der für Testamentsachen wichtig war, namentlich die kontinentale Literatur. Von mittelalterlichen Autoren werden Baldus, Bartolus, Hostiensis sowie das Speculum des Durantis zitiert. Die Literatur des 16. Jahrhunderts ist mit Alciat und Wesenbeck vertreten. Auffallend ist die starke Berücksichtigung deutscher prozeßrechtlicher Literatur. Es werden die Observationes von Mynsinger und Gail, die Praxis von Carpzov, der Prozeß von Jakob Ayer, ferner ein Prozeßrecht von Styrrer und Berlich erwähnt.

V Internationales Recht

1. Die Tätigkeit der englischen Civilians auf dem Gebiet des internationalen Rechts, die mit ihrer Beraterstätigkeit in internationalen Angelegenheiten zusammenhängt, ist von ihren Leistungen wahrscheinlich diejenige, die am besten bekannt und gewürdigt worden ist¹¹². Dies ist im Rahmen der Geschichte des Völkerrechts geschehen. Es kann nicht die Aufgabe dieses Artikels sein, diese Schilderungen zu wiederholen. In unserem Zusammenhang interessiert eine andere und beschränktere Frage. Das internationale

¹¹¹ Henry Conset erscheint nicht in der Liste der Mitglieder von Doctors' Commons; cf. HOLDSWORTH, HEL XII 615–616.

¹¹² Ich verweise neben HOLDSWORTH, HEL V 59 und XII 637 ss. auf THOMAS ERSKINE HOLLAND, Lectures on International Law . . ., London 1933; ERNEST NYS, Les origines du droit international Bruxelles/Paris 1894; PHILLIMORE, Commentaries on international Law I, London 1879, Preface XXXVI–XL, 259 ss.

Recht¹¹³ ist im 16. und 17. Jahrhundert auch mit Hilfe des *Ius commune* und weitgehend aus dem *Ius commune* entwickelt worden. Die Frage ist, wieweit sich die englischen *Civilians* an dieser wissenschaftlichen Entwicklung beteiligt haben.

Auch insofern muß ich mich aber auf Andeutungen beschränken, weil das Grundproblem selbst noch einer eingehenden wissenschaftlichen Erörterung bedarf. Eine solche Untersuchung würde den Rahmen dieses Artikels sprengen und muß einer späteren Publikation vorbehalten bleiben. Analysiert man die frühe völkerrechtliche Literatur – etwa die Werke von Gentilis, Grotius oder Zouche – auf ihre Einzelargumente hin¹¹⁴, so sieht man, daß sie vier Bereichen entnommen sind: der Bibel, insbesondere dem Alten Testament, dem *Corpus iuris*, den Philosophen, Historikern und Rhetoren des klassischen Altertums und endlich der Zeitgeschichte. Auf so verschiedene Quellen zurückzugreifen, war systematisch dadurch nahegelegt, daß man ja nach dem „*Ius gentium*“ im Sinne der antiken Rechtsquellen suchte, also dem Recht, das bei allen und für alle Völker galt. Aber geschichtlich gesehen ist ein solcher Quellenkreis als Grundlage für die Behandlung von Rechtsfragen erst möglich geworden, nachdem die humanistische Jurisprudenz allgemein eine neue Interpretationsmethode geschaffen hatte, die eben auf der Verarbeitung des klassischen Schrifttums neben den eigentlich juristischen Texten des *Corpus iuris* beruhte. Überspitzt kann man daher sagen, das Völkerrecht ist als juristische Disziplin auch eine der Früchte des juristischen Humanismus.

Geht man von dieser Annahme aus, die hier zunächst als Arbeitshypothese eingeführt werden soll, so ist allerdings der Beitrag der englischen *Civilians* zu der geschilderten wissenschaftlichen Entwicklung, welche vom *Ius commune* zum Völkerrecht führt, sehr erheblich. In erster Linie sind hier die einschlägigen Werke von Gentilis zu nennen¹¹⁵. Albericus Gentilis ist sicher nicht richtig gewürdigt, wenn er immer wieder als Verteidiger des *Mos italicus* geschildert wird. Er gehört vielmehr neben Alciat und Covarruvias zu denjenigen Juristen, die Argumente der scholastischen und der humanistischen

¹¹³ Ich wähle diese Bezeichnung, weil die damaligen Internationalisten auch Fragen einbeziehen, die wir heute dem Internationalen Privatrecht oder dem Staatsrecht zurechnen würden, wie Fragen der Staatsangehörigkeit und der Interpretation von Verträgen zwischen Angehörigen verschiedener Staaten.

¹¹⁴ Im Gegensatz zu ihren rechtsphilosophischen Grundlagen.

¹¹⁵ Über Alberico Gentili gibt es eine reiche Literatur. Ich erwähne hier nur den älteren Artikel von T. E. HOLLAND in: *Dictionary of national biography* XXI, London 1890, 124–127, die Darstellung bei HOLDSWORTH, *HEL* V 52 ss. und die Arbeit von GUIDO ASTUTI, *De iuris interpretibus dialogi sex*, Torino 1937.

Interpretation vereinigt und damit diejenige Interpretation geschaffen haben, die für die nächsten Jahrhunderte in der gemeinrechtlichen europäischen Jurisprudenz Geltung gehabt hat. Gerade dies macht auch seine Stärke auf dem Gebiet des internationalen Rechtes aus. Er handhabt souverän die Methode, die ich soeben kurz zu charakterisieren versucht habe, und gibt ihr übrigens auch eine klare theoretische Begründung. Gentilis greift, was die Erkenntnis des *Ius gentium* als des Rechtes, das die *naturalis ratio* allen Menschen offenbart hat, angeht, auf den berühmten Satz des Aristoteles zurück, daß man im Bereich der Ethik nicht die gleiche Strenge des Beweises fordern dürfe wie in anderen Bereichen. Er rechtfertigt damit, daß man es aus „*Exempla*“, aus einzelnen Aussprüchen und Meinungen bedeutender Männer, erschließen müsse und daher außer den Juristen auch die „*sententiae magnorum auctorum*“ heranziehen müsse. Der entscheidende *Passus* lautet:

„Sed illud (das *Ius gentium*) probabunt etiam (– scl. *neben* den Meinungen der *Juristen* –) *sententiae magnorum auctorum saepe: quae in tractatu nostro tenebunt locum, ut in aliis artibus, et disciplinis omnibus tenent (d. h. doch wohl wie es die Übung der Humanisten ist!). Scilicet sic Philosophi, sic sapientes loqui secundum naturam consuevere. Et sic exempla eorum huc venient qui probi, et probati habentur. Nam et isti egisse secundum naturam videntur. Quanquam enim nec fit exemplis iudicandum et aurea ea dicitur Iustiniani lex. ab exemplis tamen duci probabilem coniecturam, certum est. . . . Et neque ego sed dico demonstrationes, quas petes à Mathematico; sed quales ista tractatio patitur suasorias. Quod et Aristoteles scribit in principio Ethic. Sapientis est eatenus exactam in unoquoque genere explicationem requirere, quatenus pati rei ipsius natura potest.“*

Die Völkerrechtswissenschaft hat daher mit Recht in Gentilis einen ihrer Begründer gesehen; er gehört in der Tat zu denjenigen Juristen, die mit Grotius diese neue Rechtsmaterie mit Hilfe des römischen Rechts entwickelt haben. Richard Zouches völkerrechtliches Hauptwerk „*Ius feciale*“ darf ebenfalls diesen begründenden Schriften der neuen Disziplin zugerechnet werden. Zouche befolgt die gleiche Methode wie Gentilis und Grotius. Er kann freilich auf deren Schriften aufbauen und tut dies auch¹¹⁶. Als Monographie aus dem Bereich des Völkerrechts ist noch die Schrift von Welwood „*De dominio maris*“ (1615) zu nennen, eine Abhandlung, die gegen Grotius’ „*Mare liberum*“ gerichtet ist.

Sehr viel schwächer ist gegenüber den Schriften von Gentilis, Zouche und

¹¹⁶ Zu Zouche’s *Ius fecialis* cf. HOLDSWORTH, HEL V 58–60.

Welwood der Versuch von William Fulbecke¹¹⁷, im Wege der Rechtsvergleichung den Inhalt des *Ius gentium* festzustellen: „The Pandects of the Law of Nations“ (1602). Auch Fulbecke sucht das *Ius gentium*, das allen Völkern gemeinsam ist, findet es aber nicht allein in den Regeln des Völkerrechts im modernen Sinne, sondern auch – insofern manchen antiken Textstellen ähnlich – in gewissen gemeinsamen Institutionen. Er findet solche gemeinsamen Grundsätze und Institutionen in folgenden Materien:

1. in der Einteilung der Zeit;
2. in dem Recht der Herrscher, im Zusammenhang mit Strafverfahren das Vermögen ihrer Untertanen zu beschlagnahmen und einzuziehen;
3. in der Bedeutung der Blutsverwandtschaft im Erbrecht;
4. in der Ersitzung, also dem Rechtserwerb kraft Zeitablauf;
5. in dem Satz: „consensus facit nuptias“;
6. in der Erfahrung, daß die Demokratie eine schlechte Staatsform ist;
7. im Recht des Krieges;
8. in Institutionen wie Staat, Gemeinde und Corporations;
9. in der Institution des Eigentums;
10. in dem Besteuerungsrecht der Herrscher;
11. in den Regeln der zweiten Tafel des Dekalogs;
12. in dem Satz, daß gegenüber Piraten, Verrätern und Rebellen das Kriegesrecht nicht zu berücksichtigen ist;
13. in dem Satz, daß die bloße Tatsache, daß ein Volk nicht die christliche Religion bekennt, noch kein Kriegsgrund zu finden sei, daß aber innerhalb eines Staates der Monarch berechtigt sei, eine Religion aufrechtzuerhalten und andere zu verbieten.

Das recht ungelentk geschriebene Werk ist gewissermaßen als ein Seitenzweig der Entwicklung des modernen *Ius gentium* interessant, weil es zeigt, daß die Frage nach dem *Ius gentium* keineswegs nur und mit Notwendigkeit auf das Völkerrecht führen mußte, denn bei Fulbecke führt sie, wie gesagt zu dem Versuch, einen Katalog allgemein anerkannter Rechtssätze und rechtlicher Institutionen aufzustellen. Im übrigen arbeitet das Werk grundsätzlich mit dem gleichen Quellenkreis, wie die eigentlichen Internationalisten der Zeit ihn verwenden.

Die Arbeit der späteren Civilians auf dem Gebiet des internationalen Rechts ist überwiegend praktischer Natur gewesen¹¹⁸; 1759 brachte jedoch Richard Lee unter dem Namen „A treatise of captures in war“ eine englische

¹¹⁷ Zu Fulbecke allgemein cf. HOLDSWORTH, HEL V 22–23.

¹¹⁸ Cf. dazu PHILLIMORE, International Law (cf. Note 97), passim.

Bearbeitung des Buches I von Bynkershoeks „*Quaestiones iuris publici*“ heraus. Bynkershoeks Text ist im großen und ganzen genau übersetzt, jedoch teils verkürzt, teils mit Zusätzen, z. B. über Ereignisse des Siebenjährigen Krieges, versehen. Auch ist die Kapiteleinteilung verändert. Mit dem Text von Bynkershoek sind auch dessen Zitate übernommen worden¹¹⁹.

VI *Schriften zur Verteidigung des Civil Law*

Die Civilians befanden sich in einer Verteidigungsstellung gegenüber der Übermacht der Gerichte des Common Law¹²⁰. Es ist daher verständlich, daß sie in ihren Schriften immer wieder die Bedeutung des römischen Rechts und die Notwendigkeit, es auch in England beizubehalten, betont haben. Darüber hinaus gibt es jedoch ein Schrifttum, das speziell dieser Aufgabe gewidmet ist. Man könnte es als „apologetisches Schrifttum“ bezeichnen¹²¹.

Zu dieser Literatur gehören vor allem:

- Ridley, *A View of the Civil and Ecclesiastical Law* (1607);
- Arthur Duck, *De usu et autoritate juris civilis Romanorum* (1653);
- R. Wiseman, *The Law of Laws* (London 1657);
- Zouche, *The Jurisdiction of the Admiralty asserted* (1663);
- Godolphin, *A View of the Admiralty jurisdiction* (1661);
- John Exton, *The Maritime Dicaeology*.

Die Verteidigung des Civil Law gründet sich auf allgemeine und spezielle Gesichtspunkte. Die letzten werden angeführt, wenn es sich darum handelt, nachzuweisen, daß eine bestimmte Materie nach überliefertem englischem Recht zur Zuständigkeit eines der nach Civil Law urteilenden Gerichte gehört, etwa der Court of Admiralty; sie bestehen in der Zitierung und Auslegung von englischen Statutes, königlichen Anordnungen, Kompetenzvereinbarungen mit den Common Law Courts und Precedents, ferner in dem Hinweis,

¹¹⁹ HOLDSWORTH, HEL XII 637–638, sagt, „In 1759 a large part of Bynkershoek's '*Quaestiones iuris publici*' was translated; and in 1759 a new and enlarged translation with notes on modern development was published by Richard Lee, with a title of '*A treatise of captures in war*'.“ Hier muß in der einen oder anderen Form ein Irrtum oder Druckfehler vorliegen. Der „*Treatise*“ erschien 1759 und ist oben beschrieben. Die von Holdsworth erwähnte einfache Übersetzung habe ich nicht gefunden, sie müßte vermutlich dann vor dem Jahre 1759 publiziert sein.

¹²⁰ Cf. dazu oben, p. 8 ss.

¹²¹ Eine moderne Darstellung einiger der Streitpunkte, um die es dabei ging, findet sich bei SIMON, Dr. Cowell, *Cambridge Law Journal* 26 (1968), 260 ss.

daß die Leitung von Staat und Kirche in England seit dem „Supremacy Act“ in einer Hand, nämlich in der des Königs, liegt, so daß eine Auseinandersetzung zwischen kirchlicher und weltlicher Gerichtsbarkeit gegenstandslos geworden sei. Diese ganze Gruppe von Argumenten bedarf in unserem Zusammenhang keiner näheren Erörterung. Sie überwiegt in den erwähnten Schriften von Zouche, Exton und Godolphin über die Admiralty jurisdiction.

Mit den allgemeinen Argumenten soll dagegen die grundsätzliche Bedeutung des römischen Rechts für England hervorgehoben werden. Diese Argumente sind für uns wichtig, weil sie naturgemäß auf die Auffassung der kontinentalen gelehrten Juristen von der Bedeutung des römischen Rechts zurückgreifen. Die wesentlichen Gesichtspunkte sind die folgenden:

1. Das römische Recht ist *ratio scripta*; es ist zugleich der Ausdruck der Billigkeit schlechthin.

2. Das römische Recht ist deshalb von den meisten europäischen Völkern angenommen worden; England kann daher nicht abseits stehen. Die Kenntnis des römischen Rechts ist schon für den internationalen Rechtsverkehr notwendig.

3. Das römische Recht gilt auch auf dem Kontinent nur subsidiär. Daher bildet es keine Gefahr für das heimische Recht (*Municipal Law*)¹²². Andererseits bietet das römische Recht eine willkommene Ergänzung des *Common Law*, denn kein positives Recht, also auch nicht das *Common Law*, kann vollständig sein.

4. Zum römischen Recht existiert eine ausgearbeitete Literatur. Daher bietet es für alle wichtigen Fragen auch wirklich brauchbare Lösungen an.

Der Nachweis dieser Thesen setzt zunächst eine eingehende Analyse der Geltung des römischen Rechts in den kontinentalen Staaten selbst und damit eine Art vergleichende Rechtsquellenlehre voraus. Diese Aufgabe ist in dem bedeutendsten Werk dieser Literaturgruppe in Angriff genommen und gelöst worden, Arthur Ducks „*De usu et autoritate juris civilis Romanorum*“¹²³. Es bietet nicht nur eine vorzügliche Darstellung der Rechtsquellenlehre des *Ius commune* der Zeit, z. B. hinsichtlich des Verhältnisses von *communis opinio doctorum* und Judikatur, sondern auch eine eingehende Untersuchung der Frage, in welchem Umfang dem gemeinen Recht in den einzelnen europäischen Staaten Geltung zukam. Diese Untersuchung ist auf breiten literarischen Studien aufgebaut.

¹²² Diesen Gesichtspunkt betont insbesondere WISEMAN.

¹²³ Cf. dazu HOLDSWORTH, HEL V 24–25.

Zum anderen mußten die Civilians bei ihren Untersuchungen auf die Frage geführt werden, an welchen Stellen das englische Common Law durch das römische Recht ergänzt werden könnte. Dieses Problem wird gelegentlich angeschnitten, z. B. im Schlußteil von Ridleys „View of the civil and ecclesiastical law“, hat aber keine zusammenfassende Darstellung gefunden, die der Arbeit von Duck an die Seite gestellt werden könnte.

Dagegen kann die besondere Situation der Abwehr, in der sich die englischen Civilians befanden, wohl als eines der Motive betrachtet werden, welches sie veranlaßte, das Common Law zu studieren und mit dem Civil Law zu vergleichen. Sie mochten hoffen, zeigen zu können, daß die beiden Rechtssysteme im Grunde nicht so verschieden seien und der Angriff der Vertreter des Common Law daher in der Sache unbegründet sei. Am deutlichsten hat dies Cowell ausgesprochen, der 1594 Regius professor in Cambridge wurde und von 1608 an Generalvikar des Erzbischofs von Canterbury war¹²⁴. In dem Widmungsbrief zu den „Institutiones iuris anglicani“ schildert er, wie ihn die Auseinandersetzung mit den Vertretern des Common Law zu seinen vergleichenden Studien gebracht habe, und fährt dann fort:

„Postquam aliquot annos in harum scientiarum comparationes posuissem: eadem utriusque fundamenta, easdem rerum definitiones divisionesque consentaneas plane regulas, similia fere icita sola idiomatis atque methodi varietate disparata animadverti: et legem nostram communem nihil aliud esse quam Romani et feudalis mixtionem.“

Für diese Tendenz der Civilians um 1600 darf man wohl auch auf Fulbecks „Direction to the Study of Law“ hinweisen, einen Studienführer, der für junge Common Lawyers und Civilians gemeinsam geschrieben worden ist¹²⁵.

¹²⁴ Zu Cowell cf. HOLDSWORTH, HEL V 20–22. Er veröffentlichte 1605 eine Darstellung des englischen Rechts im System der justinianischen Institutionen: *Institutiones Iuris Anglicano ad methodum Justiniani propositae*.

¹²⁵ An der Stelle von Cowell ist interessant, daß er das Common Law als ein durch lehnrechtliche Grundsätze modifiziertes Civil Law auffassen will. Sie zeigt die auch bei Zouche zu beobachtende Tatsache, daß für die Civilians das Lehnrecht den Schlüssel zum Verständnis des englischen Rechts bildete. Der Zusammenhang zwischen dem Common Law und den Grundsätzen des mittelalterlichen Lehnrechts wurde gerade in jenen Jahrzehnten entdeckt. Bahnbrechend war das *Ius feudale* des Schotten Craig und später die Bemerkungen des englischen Antiquars Spelman. Zouche hat ihn in seiner Darstellung des Lehnrechts angeführt. Jedoch durfte die Bemerkung von Cowell eine der frühesten Feststellungen in dieser Richtung sein.

VII Schriften zum Common Law

1. Wenn man rechtsvergleichende Arbeiten von Juristen des *Ius utrumque* des 17. und 18. Jahrhunderts untersuchen will, muß man sich zunächst klar machen, welche Möglichkeiten die kontinentale juristische Wissenschaft dieser Zeit für die Rechtsvergleichung bieten konnte. Hierzu wird man zweckmäßigerweise von den Voraussetzungen der modernen Rechtsvergleichung ausgehen und sich fragen, wieweit sie damals schon gegeben war.

Für die moderne Rechtsvergleichung ist zunächst die Vorstellung selbstverständlich, daß die einzelne Rechtsregel im Gesamtzusammenhang eines bestimmten Rechtssystems und in einem weiteren Sinn im Rahmen einer bestimmten politischen und juristischen Kultur gesehen und verstanden werden muß. Rechtssystem bedeutet in diesem Zusammenhang daher ein Ganzes von innerlich verknüpften Instituten, Institutionen und Traditionen, also ein „inneres“ System, nicht eine äußere Ordnung. Diese Betrachtungsweise setzt mithin eine Wissenschaft voraus, die nicht nur gelernt hat, den inneren Zusammenhang zwischen den einzelnen Normen deutlich zu machen, sondern die auch in der Lage ist, Kulturen in ihrer Gesamtheit zu analysieren und zu vergleichen, die also die dafür notwendigen übergeordneten Kategorien bereithält. Die moderne Rechtsvergleichung kann hier etwa auf die Kategorien zurückgreifen, welche von der Rechtssoziologie entwickelt worden sind, z. B. von einem Autor wie Max Weber.

Sie ist ferner gewohnt, von bestimmten Problemen auszugehen, die sich für die soziale Ordnung stellen, und die jedenfalls im Bereich des Privatrechts in bestimmten Fällen oder Fallgruppen, die zur gerichtlichen Entscheidung gekommen sind, in Erscheinung treten, und danach zu fragen, wie diese Probleme in den verschiedenen Ländern gelöst sind. Sie prüft dabei, von welchen Ordnungsvorstellungen der Gesetzgeber oder der Richter ausgegangen ist, welche sozialen Interessen oder Bedürfnisse er in Rechnung gezogen hat, und gewinnt so die übergeordneten Gesichtspunkte, die für einen Vergleich notwendig sind. Ein solches Vorgehen hat aber eine juristische Methode zur Voraussetzung, welche es versteht, die rechtspolitischen Grundlagen der gegebenen Normen oder Entscheidungen im einzelnen herauszuarbeiten und die betreffenden sozialen Kräfte und Interessen zu analysieren.

Diese Voraussetzungen sind im 16. und 17. Jahrhundert noch nicht gegeben; sie werden erst im Laufe des 19. Jahrhunderts entwickelt. Im 16. Jahrhundert war durch die Bemühungen des Humanismus gerade erst ein Kreis von Quellen, der nicht zu den Texten des *Corpus iuris* gehörte, in den Gesichts-

kreis der Juristen getreten¹²⁶, so das altgriechische und jüdische Recht. Französische Humanisten hatten begonnen, das Lehnrecht und die heimischen Coutumes als zusammenhängende Ordnungen des Mittelalters zu verstehen. Aber das waren erste Anfänge. Als allgemeine Kategorien für die Vergleichen politisch-juristischer Systeme hatte man im wesentlichen nur die Verfassungstypen des Aristoteles zur Verfügung, die auch einer der englischen Civilians der elisabethanischen Zeit, Thomas Smith, in seiner Schrift „De re publica Anglorum“ (gedruckt 1583) benutzt. Im juristischen Schrifttum des 16. und 17. Jahrhunderts zeigt sich das Interesse für nichtrömische (fremde) Rechte daher hauptsächlich in einzelnen Hinweisen auf abweichende Regelungen im Rahmen der Darstellung des *Ius commune* – in ausgedehnter Form z. B. bei Mornac, *Observationes* (benutzte Auflage 1721) – und in ersten Versuchen, das „nationale“ Recht geschlossen darzustellen.

2. Diesem Bild entspricht nun durchaus dasjenige an vergleichender Darstellung, was wir bei den englischen Civilians finden. Dabei steht für sie natürlich das Common Law im Vordergrund. Hinweise auf einzelne Regelungen des Common Law finden sich sowohl in den alten wie in den jüngeren Schriften der Civilians. Ich nenne als Beispiel aus dem 18. Jahrhundert etwa die Noten von George Harris zu den justinianischen Institutionen. Solche Noten gehen im allgemeinen nicht über das hinaus, was man in den traditionellen *Differentiae* zu finden gewohnt ist. Sie können aber auch nicht als eigentlich rechtsvergleichende Arbeiten angesehen werden, sie wollen nicht mehr geben als Hinweise.

3. Sieht man daher von diesen Werken ab, so bleiben zu betrachten:

Werke, die einen systematischen Vergleich von Regelungen durchführen; hier sind zu nennen: Zouches Darstellung des Lehnrechts (*Descriptio iuris et iudicii temporalis*, 1636) und Fulbecks „Parallel“ (1601/1602);

ein Werk, das die Terminologie des englischen Rechts unter Zuhilfenahme des *Ius civile* erklärt: Cowells „*Interpreter*“ (1607);

und endlich die Darstellung des englischen Rechts nach dem Schema der justinianischen Institutionen unter Rücksichtnahme auf Begriffe des *Ius civile*. Hierher gehört vor allem Cowells „*Institutiones iuris anglicani*“ (1605).

a) Zouches „*Descriptio iuris et iudicii temporalis*“ ist ein Teil dieser „Enzyklopädie“ und bereits bei deren Darstellung beschrieben worden. Als Werk der Rechtsvergleichung geht es nicht über eine Gegenüberstellung der betreffenden Regelungen hinaus. Eine historische oder rechtspolitische Vertiefung

¹²⁶ Cf. oben Abschnitt I.

wird nicht versucht. Ebensowenig ist der Vergleich bis zum Common Law durchgeführt, obwohl Zouche das Lehnrecht als Weg zum Verständnis des Common Law ansah und es deswegen aufgenommen hat.

b) Dies ist anders in Fulbecks „Parallel“. Hier werden in der Tat Regeln und Institutionen des englischen Rechts solchen des römisch-kanonischen Rechts gegenübergestellt. Ähnlich dem berühmten Werk von Christopher Saint Germain „Doctor and Student“ hat Fulbeck seinem Buch die Form eines Dialoges zwischen drei Juristen, je einem Vertreter der beteiligten Rechte – des Common Law, des römischen und des kanonischen Rechts – gegeben. Jeder Dialog ist einem bestimmten Thema gewidmet, z. B. Contracts, Legata und Devices, Prozeß, Actio iniuriarum und Action upon the Case. Es wird also wirklich der Versuch gemacht, Rechtsinstitute einander gegenüberzustellen und nicht nur einzelne Regeln. Freilich zeigt die Ausführung im einzelnen, daß dieses Programm die Kräfte des Autors, wahrscheinlich der Zeit, noch überstieg.

c) Cowells „Interpreter“ ist ein Lexikon der Rechtssprache des Common Law. Als Vorbild hat dem Verfasser, wie er in der Vorrede ausführt, das Lexikon zum Ius civile von Calvinus gedient¹²⁷. Bei der Erklärung der Worte ist häufig, aber keineswegs immer, auf das Ius civile zurückgegriffen. Dies führt dann zu einer vergleichenden Betrachtung. So wird zum Beispiel bei Action upon the Case auf die actio in factum, bei Abatement auf die exceptio dedactoria, bei Advowson auf das Ius patronatus verwiesen; bei dem Stichwort „heir“ wird der Unterschied zum römischen Begriff heres erörtert. Sowohl für das Common Law wie für die gemeinrechtlichen Ausführungen ist Literatur herangezogen, auf Seiten des Ius civile z. B. Cujaz' „Paratitla“, Wesenbecks „Paratitla“, Godofreds „Rubricae“, Zasius' „De fundis“, Alciats „De Duello“, Hotmans „Disputatio feudalium“, im ganzen also zeitgenössische und damit humanistische juristische Literatur. Cowell folgt hierbei offenbar dem Lexikon des Calvinus, das ebenfalls auf der humanistischen zeitgenössischen Literatur in erster Linie beruht und an dessen Text er sich, soweit das Ius civile in Betracht kommt, anlehnt¹²⁸.

d) Des gleichen Verfassers „Institutiones iuris anglicani“ sind insofern interessant, als sie ein sehr frühes Beispiel einer Literaturgattung sind, die im 17. und 18. Jahrhundert dann an weiter Verbreitung gewann, nämlich der Darstellung eines nichtrömischen Ius patriae etc. nach dem Schema der

¹²⁷ Cf. JOHANN CALVINUS (Kahl), *Lexicon juridicum iuris Caesarei simul et canonici*, Genevae 1664.

¹²⁸ Cf. dazu etwa den Artikel „Feudum“.

justinianischen Institutionen und mit Benutzung der römischen Institute als Basis der Darstellung¹²⁹. So sind etwa in Frankreich im 18. Jahrhundert die Regeln der Coutumes behandelt worden und in Spanien das kastilische Recht. Auch Cowell verwendet nicht nur das Institutionensystem, sondern erklärt das englische Recht gelegentlich mit Hilfe des Corpus iuris. So wird etwa das englische Grundstücksrecht vom Begriff des Feudum her erklärt und dominium directum und dominium utile unterschieden. Dabei legt Cowell die lehnrechtlichen Untersuchungen von Duaren und Hotman zugrunde. Im Testamentsrecht stellt er fest, daß der englische executor die Stelle des römischen heres einnimmt. In Buch II Titel 23 führt er aus, daß der Universal-fideikommiß dem englischen Recht unbekannt sei, verweist aber auf die Einrichtung der „uses“ als „aliquid illis simile“. Im Vertragsrecht wird das viergliedrige römische Schema zugrundegelegt. Dabei wird die „deed“ dem contractus literis gleichgesetzt und dazu bemerkt: „Si scriptura intercesserit, considerationem vel synallagma exprimere non est necesse“ – also consideration und synallagma gleichgesetzt. Im Deliktsrecht vergleicht Cowell die „Action of Trespass on the case“ mit der „actio legis Aquiliae“ und der „actio iniuriorum“. Nach dem sachverständigen Urteil späterer englischer Juristen ist die Darstellung dem englischen Recht nicht voll gerecht geworden, und sicher ist Cowell weit davon entfernt, das Common Law als geschlossenes Rechtssystem zu begreifen. Aber seine Darstellung gehört gewiß zu den Werken, die das an Rechtsvergleichung geleistet haben, was mit den damaligen Methoden möglich war.

e) Woods „Institutes of the Laws of England“ (zuerst 1720 erschienen, danach Wiederauflagen) gehört dagegen nicht hierher. Es ist weder nach dem Institutionensystem aufgebaut, noch bringt es irgendwelche Ergänzungen oder Bezugnahmen auf das kontinentale gemeine Recht.

VIII Allgemeine Folgerungen

1. Überblickt man die Literatur der Civilians in ihrem zeitlichen Ablauf, so fällt auf, daß die bedeutendsten Werke zum englischen Usus modernus und zum Völkerrecht alle am Ende des 16. oder im 17. Jahrhundert geschrieben sind, in den ersten hundert Jahren des hier betrachteten Zeitabschnittes.

¹²⁹ Cf. dazu KLAUS LUTG, Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, in: *Ius Commune* 3 (1970) 64–97; englisch als: *The Institutes of the National Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*, in: *Juridical Review* 1972, 193–226.

Im 18. Jahrhundert werden diese Werke zwar zum Teil wieder aufgelegt oder neu bearbeitet, so Swinburne, Clerke und Molloy, aber neue Werke dieser Art scheinen nicht mehr geschrieben worden zu sein. Das 18. Jahrhundert gehörte vielmehr der Literaturgattung der „Institutionen“ des römischen Rechts. Diese Darstellungsart entsprach offenbar der Funktion, die das römische Recht inzwischen an den englischen Universitäten übernommen hatte.

2. Betrachtet man das Verhältnis zur kontinentalen Literatur des *Ius commune*, so ist zunächst hervorzuheben, daß alle wesentlichen Tendenzen dieser Literatur in England aufgenommen worden sind. Dies gilt für den Humanismus ebenso wie für den nachhumanistischen *Usus modernus*, die mit dem 18. Jahrhundert einsetzende Dogmatik und die antiquarischen Tendenzen der eleganten Schule. Hier ist noch einmal die frühe Übersetzung von Domat hervorzuheben¹⁸⁰.

Die Schriften zum englischen *Usus modernus*, soweit sie Literaturzitate geben, insbesondere Swinburne, Conset und Godolphin, berücksichtigen die mittelalterliche und die humanistische Interpretation gleichmäßig. Sie zeigen jene Vereinigung beider Richtungen, die sich auch auf dem Kontinent vollzogen hatte. Das gleiche gilt von Woods Darstellung des römischen Rechts. Vielleicht ist jedoch das Urteil gerechtfertigt, daß die mittelalterliche Interpretation, d. h. die der Konsiliatoren, in England noch längere Zeit einen größeren Einfluß behauptet hat als auf dem Kontinent. Man ist versucht, dies vor allem dem Einfluß von Gentilis zuzuschreiben, der einer derjenigen Gelehrten ist, die die Vereinigung humanistischer und mittelalterlicher Jurisprudenz herbeigeführt haben.

Von den Werken der französischen Humanisten ist für die englischen *Civilians* vor allen Dingen das Schrifttum zum Lehnrecht bedeutsam geworden, da man ihnen dort eine Grundlage für das Verständnis des *Common Law* bot. Die Erkenntnisse der humanistischen Schule werden ferner von den englischen *Civilians* in ihren internationalen Schriften genauso benutzt wie von den kontinentalen Schriftstellern, etwa Grotius. Englische *Civilians* wie Gentilis und Zouche gehören zu den Begründern dieser Methode.

Das Schrifttum des 18. Jahrhunderts basiert auf Werken wie Domat und Heineccius und den historisch ausgerichteten Schriften der holländischen Schule.

Soweit überprüfbar, gewinnt man den Eindruck, daß die englischen

¹⁸⁰ Es fehlt allerdings der *Ramismus* in der englischen Jurisprudenz; Fulbecks „*A direction or preparation to the study of the Law*“, 1600, 1620, lehnt ihn sogar ausdrücklich ab. Bei Zouche finden wir, wie dargestellt, eine andere Methode.

Civilians kontinentale Literatur selbständig benutzt haben. Werke, die sich nur auf ein kontinentales Werk stützen und dann wohl auch dessen Zitate übernommen haben, bilden nach den Stichproben, die ich gemacht habe, eher die Ausnahme. Cowells „Interpreter“ in seinen Partien, die dem *Ius commune* gewidmet sind, gehört hierher und Edens „Institutiones“ in ihrem Textteil. Vielleicht hat auch Zouche manches in sein „*Ius feciale*“ einfach mit Zitaten aus Grotius oder Gentilis übernommen.

Fragt man nach dem Einfluß einzelner europäischer Länder, so wird man kaum sagen können, daß die Literatur eines einzelnen europäischen Landes besonders oder gar ausschließlich berücksichtigt worden ist. Auffällig ist nur die starke Heranziehung deutscher prozeßrechtlicher Literatur in dem Werk von Conset.

Nicht alle Literaturtypen, welche die kontinentale Literatur dieser Zeit gekannt hat, sind in England vertreten. Während Monographien (moderne im Gegensatz zu den Traktaten mittelalterlicher Art), Handbücher (gleich größere Systeme) und „Institutionen“ vorhanden sind, fehlen die großen Kommentare, die freilich in dieser Zeit auch auf dem Kontinent an Bedeutung verlieren, und die Paratitla, also das ganze an der Legalordnung des *Corpus iuris* orientierte Schrifttum. Es fehlen auch die für Teile des Kontinents so charakteristischen Dissertationes. Andererseits ist eine Besonderheit der englischen Literatur das apologetische, gegen das *Common Law* gerichtete Schrifttum.

Verglichen mit der unübersehbaren Masse juristischen Schrifttums, welche der Kontinent hervorgebracht hat, ist das englische Schrifttum zum römisch-kanonischen Recht nicht umfangreich, aber es ist groß genug, um zu zeigen, daß auch in England eine Provinz des europäischen *Ius commune* in diesen Jahrhunderten bestanden hat.