

STUDIES IN COMPARATIVE LEGAL HISTORY

Legal Consulting in the Civil Law Tradition

edited by

Mario Ascheri
Ingrid Baumgärtner
Julius Kirshner

The Robbins Collection

Berkeley 1999

ROBBINS COLLECTION PUBLICATIONS
Boalt Hall, School of Law
University of California at Berkeley
Berkeley, California 94720-2499
tel: (510) 642-5094 fax: (510) 642-8325
<http://www.law.berkeley.edu/robbins>

Copyright © 1999 by the Regents of the University of California, The Robbins Religious and Civil Law Collection, School of Law (Boalt Hall), University of California at Berkeley.

All Rights Reserved.

This book is printed on acid-free paper.

ISBN 1-882239-11-3

Library of Congress Cataloging-in-Publication Data

Legal consulting in the civil law tradition / edited by Mario Ascheri, Ingrid Baumgärtner, Julius Kirshner.

p. cm. —(Studies in comparative legal history)

Includes bibliographical references and index.

ISBN 1-882239-11-3 (hardbound: acid-free paper)

I. Consilia. 2. Advisory opinions. 3. Roman law. I. Ascheri, Mario. II. Baumgärtner, Ingrid. III. Kirshner, Julius. IV. Series.

KJA2I45 .L44 1999

340.5'6—dc21

99-056417

Einführung

Ingrid Baumgärtner

Die Quellengattung der Rechtsgutachten (*consilia*) erfreute sich in den letzten Jahren einer zunehmenden Aufmerksamkeit, die sich in einer deutlich erhöhten Bearbeitungsfrequenz niederschlug. Diese aktuelle Entwicklung ist nicht nur mit einem gestiegenen Interesse für den riesigen Materialbestand unedierter Handschriften und früher Drucke zu erklären, sondern auch mit der vielseitigen Verwendbarkeit der überlieferten Dokumente für Historiker und Historikerinnen aller Teilbereiche zu begründen. Die von gelehrten Juristen (seien es *doctores legentes* oder einfach *sapientes*) ausgestellten und an konkreten Fällen orientierten Gutachten unterstützten bekanntlich (auch wenn sie noch so unbedeutend und auf einen kleinen Einzelfall bezogen waren) die rechtstheoretische Genese abstrakter Konzepte und doktrinärer Grundsätze im Zusammenhang mit der Formierung einer *opinio communis*; gleichzeitig konstituierten sie einen kreativen Beitrag zur praktischen Rechtsanwendung und Umsetzung dieser Doktrin in den Gerichtsalltag, mit dem sie intensiver als die Statuten verbunden waren. Aus dieser doppelten Ausrichtung der Quellengattung resultiert ihr heutiger, historisch und juristisch attraktiver Informationsgehalt. Eine Erforschung der Rechtsgutachten impliziert deshalb gleichermaßen Fragen nach den Formen und Anwendungsbereichen gutachterlicher Tätigkeit, nach Art und Funktion der Gutachten, nach Anwendung und Nutzbarmachung juristischen Argumentierens und nach der Wirkung in konkreten rechts-, sozial-, wirtschafts- und herrschaftshistorischen Situationen.

Der vorliegende Band kann die große Spannweite möglicher methodologischer und konzeptioneller Ansätze sowie thematischer Fragestellungen sicherlich nur fragmentarisch anklingen lassen. Der drückenden Last, eine Einleitung zum Thema erstellen zu müssen, soll deshalb mit dem schlichten Versuch einer kurzen Zusammenfassung, die sich ohne hohe methodi-

sche und theoretische Ansprüche unmittelbar an den zentralen Problemen der einzelnen Aufsätze orientiert, begegnet werden. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich auch deshalb, weil die nachfolgenden Beiträge wichtige Grundlagen und Tendenzen der Konsilienforschung differenziert erörtern. Die thematisch breit gestreuten Aufsätze lassen sich grob in vier inhaltliche Blöcke und Schwerpunkte unterteilen, die erstens in die Grundlagen und Anfänge der Konsiliarpraxis einführen, zweitens die Überlieferung und Rezeption von Rechtsgutachten in Handschriften und Drucken thematisieren, drittens einzelne ausgewählte Lebens- und Rechtsbereiche erörtern sowie viertens die Interaktion zwischen Rechtspraxis und Politik am Beispiel einzelner Juristen aufzeigen.

Der erste Komplex mit drei Studien beschäftigt sich mit den aktuellen Forschungstendenzen und der Bedeutung der Rechtsgutachten in unterschiedlichen Phasen der mittelalterlichen Konsiliarpraxis. Erörtert werden sowohl die Definitionskriterien der Gattung im Rahmen eines ausführlichen Forschungsberichtes (Mario Ascheri), die Anfänge der Gattung in der kommunalen Praxis zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit (Ingrid Baumgärtner) sowie die autoritative Geltung der Gutachten im späten Mittelalter (Julius Kirshner). Der einleitende Beitrag von Mario Ascheri (Siena) diskutiert die widersprüchliche Entwicklung der Gattung im Licht der jüngsten Forschungsliteratur, und zwar von der Entstehung und frühen Verbreitung bis zur verbindlichen Geltung dieser Institution, deren Autorität auch durch die Bedenken führender Rechtsexperten, die Kritik der Humanisten oder die Etablierung der großen Gerichtshöfe der beginnenden Neuzeit nicht grundsätzlich erschüttert wurde. Der Triumph der Konsiliarpraxis prägte vor allem das 14. Jahrhundert, als die *consilia* nicht nur den profunden Diskurs zwischen Theorie und Praxis entscheidend belebten, sondern auch eine richtungsweisende Wirksamkeit bei den politischen Führungskräften italienischer Stadtstaaten entfalteten. Faßbar wird so das merkwürdige Paradox, daß das *consilium* als eine dem *ius commune* vollkommen fremde Einrichtung schnell zum privilegierten Instrument der Verbreitung dieses Rechts in der Praxis avancierte, auch wenn anfangs Persönlichkeiten wie Papst Innocenz III. und Guillelmus Durantis noch versucht hatten, einen zunehmenden Einsatz zu verhindern.

Die trotz dieser verzweifelten Abwehrbemühungen erstaunliche Durchsetzungskraft der entstehenden Quellengattung in den italienischen Kommunen des 12. und 13. Jahrhunderts beleuchtet Ingrid Baumgärtner (Kassel) detailliert am Beispiel der römischen Kommune, die nach ihrer

Institutionalisierung (1144) eine Art Konsiliarpraxis mit Nennung der Gutachter und einer auf Expertenmeinung beruhenden Gerichtsbarkeit etablierte. Basis war die Verpflichtung der Richter, den für das Urteil verantwortlichen Senatoren verbindlichen Rat zu erteilen. Die Konkurrenz zum päpstlichen Gericht förderte ebenso wie der ständige Wechsel der kommunalen Führungsgruppen die Tendenz zur schriftlichen Raterteilung, die eine Kontinuität des kommunalen Rechtssystems gewährleistete. Die *consilia* wurden damit zu einem wichtigen Instrument kommunaler Legitimationsstrategien, auch wenn Richter und Advokaten (und eben keine Rechtslehrer) die maßgeblichen Konsulenten waren und die Argumentationsführung ausschließlich praktisch ausgerichtet war. Aber Unklarheiten in Verträgen, komplizierte Feudalstreitigkeiten und Verfahrensfragen regten – wie auch der nachfolgende Artikel von Gerard Giordanengo zeigt – die professionelle Gutachtertätigkeit an. Die angesehenen Gutachter kamen ursprünglich, trotz des ideell begründeten Widerstands der Päpste gegen eine Konsiliarpraxis, aus der päpstlichen Verwaltung; ihre Anzahl korrelierte etwa mit der Anzahl der Senatoren. Ihr hohes soziales Prestige und die enge soziale Verflechtung zwischen den verschiedenen Mitgliedern der Richterfamilien läßt sich durch eine prosopographische Analyse aufzeigen.

Professionalität und Prestige förderten selbstverständlich sowohl die autoritative Geltung der später massenweise produzierten Rechtsgutachten als auch die Autorität ihrer gelehrten Verfasser im kommunalen Ambiente. Am Beispiel spätmittelalterlicher florentinischer Fälle kann Julius Kirshner (Chicago) vier Komponenten einer solchen Autorität unterscheiden, nämlich die nunmehr durch den Doktorgrad nachgewiesenen Fachkenntnisse des Gutachters, dessen institutionelle Unparteilichkeit als Garantie für die Gerechtigkeit der Sentenzen, das Berufsprestige des Juristenstandes mit einem gleichsam sakralen Charakter der Äußerungen sowie die relative Immunität von jeglicher Haftung mit der gleichzeitigen Verpflichtung, die vertretene Auffassung zu rechtfertigen. Trotzdem besaß das *consilium sapientis* keine Wirkung als geltende Quelle für gesetzliches Vorgehen. Die praktischen Ziele von Gesetzgebern und Verwaltern waren oft zu weit von den gelehrten Interpretationen entfernt, um letztlich davon profitieren zu können. Ergebnis in Florenz waren deshalb nachhaltige Bemühungen der Signorie, die Gutachtenproduktion zu politisieren. Diese allgemein faßbare, beachtliche Wirkung in der spätmittelalterlichen Politik wird im vierten Abschnitt des Bandes weiter vertieft.

Consilia bekamen also eine immer wichtiger werdende Funktion. Diese Tendenz spiegelt sich auch in der Genese der Überlieferung, nämlich von den tradierten Einzelgutachten zu den nach Rechtsmaterien oder Autoren angelegten Sammlungen, die gleichsam als Repertorien autoritativer Meinungen (*auctoritates*), als argumentative Stütze und Hilfsmittel bei der Beantwortung aktueller politisch-literarischer und juristischer Fragen dienen konnten. Die zweite Gruppe von Aufsätzen behandelt deshalb zentrale Fragen der Produktion, Überlieferung und Rezeption von Rechtsgutachten in Handschriften und Drucken, verbunden übrigens mit (nach einzelnen Rechtsgebieten oder Autoren geordneten) Auflistungen überkommener Materialien.

Eine auslösende Kraft für das Entstehen der *consilia* waren feudalarrechtliche Fragen, sei es bezüglich Nachfolge (später Substitution), Veräußerung oder Jurisdiktion. Den Entwicklungsprozeß von den ersten Anfängen in der Mitte des 12. Jahrhunderts im mailändischen Einflußgebiet bis zur starken Verbreitung in Italien und Südfrankreich in der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts beschreibt und analysiert Gerard Giordanengo (Paris); der Anhang verzeichnet die umfassende Quellengrundlage zum Thema. Aufgrund der großen Bedeutung der Lehen haftet diesen Gutachten oft ein politischer Charakter an, manchmal sogar im internationalen Rahmen, denken wir nur an den englisch-französischen Konflikt, die Angelegenheiten des Königreichs Sizilien, die Nachfolge in Navarra, Portugal und auf Mallorca oder die sogenannte "neue Feudalität" im Italien des ausgehenden 14. Jahrhunderts; mit diesen Fällen beschäftigten sich die größten Juristen der Zeit (wie Baldus, Paulus de Castro und Guillelmus de Perno). Die sehr spezifischen Konsilien erlaubten es zudem, den Vertragscharakter des Feudalrechts zu akzentuieren und die verwendeten, oft neuen Termini zu präzisieren. Durch die Interpretation und Gegenüberstellung von alter und neuer Begrifflichkeit schufen die Gutachter ein wirklich neues Feudalrecht, das, mit der grundlegenden Neubewertung der *Libri feudorum* korrespondierend, eine starke Verbreitung in Handschriften und Drucken, Einzelstücken oder Sammlungen erfuhr.

Die Selektionsmechanismen der Produktion und Überlieferung mittelalterlicher Rechtsgutachten in den Sammlungen, die in Manuskripten, Inkunabeln und frühen Drucken überwiegend zu einzelnen Autoren angelegt wurden, erörtert Vincenzo Colli (Frankfurt). Die für alle zukünftigen *consilia*-Publikationen entscheidende Selektionsphase dürfte zwischen 1470 und 1500 gelegen haben, als ökonomische Faktoren die erste Auswahl

der Drucker (26 Autoren und 98 Editionen) und damit auch die Schwerpunktsetzung des nachfolgenden Jahrhunderts bestimmten, als die zunehmende Dominanz gedruckter Bücher auf dem Markt den Verlust zahlreicher (als Druckvorlagen verwendeter) mittelalterlicher Handschriften und unedierter Texte verursachte. Die Anzahl der Editionen, *editiones principes* und Nachdrucke zeigt deshalb nicht nur den Fortschritt in der Buchproduktion und die Editions politik der Drucker, sondern auch die bei der Selektion angewandten Kriterien und den Prozeß der sukzessiven Ersetzung der Handschriften durch Drucke. Daß bei diesem Vorgang die *consilia* eine wichtige Rolle spielten, beweist die geradezu hundertfache Drucklegung einzelner Sammlungen in der Frühen Neuzeit. Um die für die *consilia* gewonnenen Ergebnisse vergleichend einordnen zu können, wären freilich weitere Studien zu diesem Prozeß der Druckerauswahl auf einer breiteren thematischen Basis wünschenswert.

Der dritte Teil des Bandes widmet sich einzelnen ausgewählten Lebens- und Rechtsbereichen, in denen Konsilien häufig Anwendung fanden. Im Vordergrund stehen hier vor allem privatrechtlich-soziale Komplexe und wirtschaftliche Strukturen, bei deren Analyse aufgrund gleitender Übergänge zweifellos auch prozeß-, kirchen- und strafrechtliche Anfragen einfließen. Allein das Privatrecht, das Thomas Kuehn (Clemson) und Andrea Romano (Messina) aus unterschiedlicher Sicht beleuchten, umfaßt inhaltlich enorme Dimensionen, wie es die beiden beispielhaften Auswertungen florentinischer und sizilianischer Fälle mit einer unterschiedlichen Akzentuierung sozialer und rechtlicher Streitfragen enthüllen.

Die Florentiner Analyse, die von einem hypothetischen, gelehrten Konstrukt ausgeht und dann konkrete Fälle damit konfrontiert, veranschaulicht Argumentationsstrategien, Hinweise auf autoritative Quellen und andere wichtige Aspekte dieser Texte, die beweisen, daß die Juristen trotz der Anwendung einer strikten Rechtssprache ausdrücklich soziale Fakten einbeziehen wollten und mußten. Nur auf diese Weise konnten sie in den anstehenden Fällen verschiedene Deutungen, wenn auch nicht immer endgültige Lösungen, anbieten. Die Verfasser der Gutachten standen deshalb vor der fast unlösbaren Aufgabe, niemals den Kontakt mit den essentiellen Grundlagen des doktrinären Systems verlieren zu dürfen, die Interessen der Gerichtsparteien verteidigen zu müssen und letztlich die Anforderungen des sozialen Lebens in der Stadt im Kontext städtischer Statuten und Gerichtshöfe respektieren zu sollen. Die verschiedenen Ebenen dieses komplexen Systems und seines Funktionierens lassen sich

übrigens nicht nur am Beispiel privatrechtlich ausgerichteter Stellungnahmen diskutieren, sondern sind auch (wie die nachfolgenden Beiträge von Cavallar und Quaglioni illustrieren) auf das öffentlich-politische Gefüge zu übertragen.

In ähnlicher Weise spiegelt die privatrechtliche Konsilienliteratur die spezifischen Verhältnisse im Königreich Sizilien mit seinen zahlreichen Sonderbestimmungen und der typischen Kombination von gesetztem königlichem Recht, den auf Gewohnheitsrecht basierenden Statuten sowie dem römischen *ius commune*. Die Konsequenzen und Probleme für die alltägliche Rechtsanwendung im Ringen zwischen Städten, Baronen und König lassen sich hervorragend an dem doppelt (gewissermaßen griechisch und lateinisch) beeinflussten Familienrecht mit seinem weitreichenden politischen, sozialen und wirtschaftlichen Gehalt aufzeigen. Denn die komplizierten familienrechtlichen Streitfragen sicherten nicht nur die einflußreiche Stellung der juristisch gelehrten Konsulenten innerhalb der sizilianischen Gesellschaft des 14. bis 16. Jahrhunderts, sondern sie belebten auch die Produktion von Rechtsgutachten als einer beachtlichen Triebkraft im Prozeß der Rechtserneuerung und -angleichung in Sizilien.

Auch im Wirtschafts- und Finanzsektor prägte übrigens das Bestreben die rechtliche Argumentation, die großen Divergenzen zwischen Norm und Praxis, zwischen göttlichem und menschlichem Gesetz zu überwinden. Ausgehend vom kanonistischen, in das *ius commune* übernommenen Zinsverbot gelingt es Héléne Angiolini (Rom), die vielseitige Aussagekraft der Quellengattung für das spätmittelalterliche Wirtschaftsleben zu beleuchten. Die zahlreichen Gutachten bekannter Juristen des 15. und 16. Jahrhunderts konzentrierten sich hauptsächlich auf vier Bereiche, nämlich erstens die für Handelsaktivitäten charakteristischen Wechsel, Guthaben und Sicherheiten, zweitens den Umgang mit öffentlichen Schulden und die Institutionalisierung öffentlicher Vermögen (*Montes*), drittens die (vorwiegend jüdisch dominierte) Geld- und Pfandleihe sowie viertens die ländlichen Kredite. Auch hier stimulierten also pragmatische Streitfragen (zu erwähnen sind nicht zuletzt die *Montes pietatis*) die Anforderung von Konsilien.

Der vierte und letzte Abschnitt des Buches beschäftigt sich anhand einzelner Juristen und ausgewählter Fälle insbesondere mit dem Zusammenhang zwischen Rechtspraxis und Politik im ausgehenden 15. und im 16. Jahrhundert, als die autoritative Geltung der Konsilien allmählich die innovative Kraft überlagerte. Die berühmte Pazzi-Verschörung in

Florenz bietet für Osvaldo Cavallar (Nagoya/Japan) den Anlaß für die Erörterung eines zentralen Problems der italienischen Politik und des städtischen Alltagslebens der Renaissance, nämlich die Rückkehr und Reintegration politisch Verbannter nach radikalen Veränderungen im Stadtrecht. Gerade bei diesem Thema, zu dem sich die Juristen nicht in systematischen Traktaten äußerten, wird die wichtige Funktion fallbezogener Rechtsgutachten erkennbar, in denen die ökonomischen, politischen, sozialen und gesetzlichen Schwierigkeiten des Reintegrationsprozesses zumindest fragmentarisch erläutert werden. Als die Pazzi-Familie nach einem politischen Umschwung wieder nach Florenz zurückkehrte und um die Wiedererlangung ihres konfiszierten Besitzes sowie ihrer früheren Privilegien kämpfte, beschäftigten sich zwei bekannte Juristen mit dem Fall, und zwar der berühmte Denker, Anthropologe, Historiker und Jurist Francesco Guicciardini und Antonio Strozzi. Beide dienen uns heute nicht nur als Zeugen der rechtlichen Debatte, sondern sie waren auch begabte Beobachter des gesamten historischen Umfelds, das gleichsam vor den Augen des Lesers entrollt wird.

Nicht eine einzelne Affäre, sondern den prinzipiellen Zusammenhang zwischen Konsularpraxis und politischer Doktrin im 16. Jahrhundert untersucht Diego Quaglioni (Trient) anhand einer politisch-juristischen Schrift und einzelner Gutachten des französischen Rechtsgelehrten Jean Bodin (ca. 1529–1596). Diese primär politisch ausgerichteten Werke, darunter insbesondere das *consilium de principe instituendo*, zeigen die neue Wahrnehmung zahlreicher Themen durch den juristischen Humanismus. Die auffallend starke Rezeption mittelalterlicher Konsilien in neuen politischen Zusammenhängen dürfte bedeuten, daß Rechtsgutachten noch immer als wichtige literarische Gattung betrachtet und nun gleichsam als konventionelles Instrument benutzt wurden, um die neue politische Wissenschaft zu etablieren und zu legitimieren.

Noch vollkommen traditionell gebrauchten hingegen nach Hans Erich Troje (Frankfurt) die beiden Basler Rechtsprofessoren Bonifacius und Basilius Amerbach ihre Rechtsgutachten, an deren Beispiel sich freilich die später nicht immer berücksichtigten Veröffentlichungsstrategien von Autoren anschaulich erläutern lassen.¹ Analysiert werden ausgewählte

1. Vgl. dazu auch H. E. Troje, "Bonifacius Amerbach als juristisches Gewissen des Basler Rats – dargestellt anhand von drei seiner Gutachten", *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 19 (1997), S. 1–16.

Gutachten aus dem neuesten Editionsband der Korrespondenz des Bonifacius, der seinem Kollegen Curione die außergerichtliche Beilegung eines Erbstreits nahelegte und die Gültigkeit einer Ehe zwischen einem älteren Vollkastraten und einer unerfahrenen jungen Frau bezweifelte. Lokalpolitisches Engagement verraten indessen stärker die Konsilien des Basilius, Sohn und Nachfolger des Bonifacius, der den Besitz der Stadt Basel entschlossen gegen massive Forderungen des Umlands zu verteidigen suchte.

Ein Vergleich der vorliegenden Ergebnisse zeigt die enorme Entwicklung der Rechtsgutachten von der anfänglichen Funktion als einer innovativen Kraft und einem beachtlichen Legitimationsinstrument im kommunalen Ambiente des 12. und 13. Jahrhunderts hin zu einem autoritativen und letztlich konventionellen Werkzeug an der Wende zur Neuzeit, dessen Verbreitung die ökonomischen Selektionsmechanismen der frühen Drucker langfristig reglementierten. Obwohl das *ius commune* die gelehrte Raterteilung ursprünglich nicht vorsah, wurden die Konsilien alsbald zum wichtigsten Mittel seiner Verbreitung. Dieses Paradox läßt sich vielleicht dadurch erklären, daß *consilia* als anpassungsfähiges Bindeglied fungierten, um die starre Doktrin mit den wechselhaften Anforderungen des Alltags, die gelehrte Norm mit den pragmatischen Erfahrungen der Praxis, das *ius commune* mit den lokalen Sonderbestimmungen zu verknüpfen. Die daraus resultierende Vielseitigkeit der Anwendung bedingt ihre besondere Aussagekraft gerade bei der Bewertung von Situationen, über die andere Quellengattungen schweigen. Der enorme Bedarf an Konsilien im "freiheitlich" gesinnten kommunalen Ambiente führte letztlich zum europäischen Triumph, der sich nicht zuletzt im Prestige und Status der Gutachter niederschlug.

Abschließend sind noch einige Worte des Dankes anzufügen. Die Dankbarkeit von Herausgebern und Herausgeberin gilt namentlich Dirk Müller (Kassel), Daniela Göbel (Kassel), Angelika Lampen (Kassel/Münster) und Silvio Pucci (Siena), die die Mühen der Korrektur mit uns teilten, und Gislinde Wagner (Kassel), die entgegenkommend immer wieder neue Korrekturwünsche in den Computer eintippte. Unser besonderer Dank gilt aber zweifellos Laurent Mayali, Direktor der Robbins Religious and Civil Law Collection an der University of California, Berkeley, der diesen Band bereitwillig in seine angesehene Reihe Studies in Comparative Legal History aufnahm.