

# Rechtsgeschichte Legal History

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg26>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 26 (2018)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg26/378-381>

Rg **26** 2018 378–381

**Ignacio Czeguhn \***

## Schöpferische Quellen der Gesetze

[Creative Sources of Laws]

\* Freie Universität Berlin, [jushist@zedat.fu-berlin.de](mailto:jushist@zedat.fu-berlin.de)

1543, Lisbon 1592, Mexico 1592, and Lima 1593–1614) were carefully built into the institutional architecture of the Crown.

The consulates also exercised jurisdiction over merchants. What law did they apply? The very question, so Petit, is wrongly formulated and reveals a misappropriated projection of modern experience. First, the Castilian norms of the 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> centuries covered a relatively narrow area of commercial activity. There were points on insurance and on the exchange of goods, but virtually nothing about the procedure. The author emphasises, however, how judges of the *ancien régime* period – or pre-modern period, as I prefer to call it – acted as interpreters of equity. They could base their conceptions on written law, but also on »customs, doctrinal topics, beliefs and religious values, which served the consulate in order to speak the law (*decir justicia*) according to proven facts«. In this way, commercial tribunals were no different from other courts of the early modern period, but they differed drastically from the modern Western courts that are supposed to »apply the law«, which mostly appears in the form of written norms.

Even though the written ordinances of the 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> centuries offered little in the way of substantive law, the situation began to change in the 18<sup>th</sup> century. To illuminate this, Petit devotes a chapter to the famous Ordinances of Bilbao (1737)

and several more chapters to the changes in the economic mood, banking in Madrid during the Enlightenment, and the increasing activity of the central government in regulating commerce. The treatment of all these matters is, again, thoroughly learned. It is also comparative in the wide sense of the term: although Petit concentrates on the Iberian Peninsula, he never loses sight of the overall European developments, to which the Spanish experience is related throughout.

The second part of the book – although there is no formal division into two parts – consists of the history of modern commercial law in the 19<sup>th</sup> century. Petit begins with the Constitution of Cádiz (1812) and continues towards codification, analysing the period in which »the Code submitted the ancient, solid autonomy of the merchant class to the rules of law«. Here, the treatment is already much more national, because so is the history that the author deals with, from the promulgation of the Commercial Code of 1829 to the new Commercial Code of 1885. The volume ends with a chapter on the consolidation of commercial law and its instruction as an academic discipline during the 18<sup>th</sup> and early 19<sup>th</sup> centuries.

Petit's book is a welcome addition to the fast-growing body of literature on the history of commercial law. It is also entertaining and a true pleasure to read. ■

**Ignacio Czeguhn**

## Schöpferische Quellen der Gesetze\*

Das vorliegende Buch ist das Ergebnis der *Journées régionales d'histoire de la Justice*, organisiert von der Französischen Vereinigung für Rechtsgeschichte und dem Zentrum für Rechtsgeschichte in Aquitanien und fand im November 2013 am Berufungsgericht von Agen statt. Eine wichtige

Aussage finden wir bereits in der ausführlichen Einführung von Laurence Soula. Sie weist darauf hin, dass hier nicht die Geschichte des französischen Berufungsgerichtshofes seit seiner Gründung im Jahre 1800 geschrieben steht. Vielmehr, so Soula, ging es um die Darstellung einer fort-

\* LAURENCE SOULA (Hg.), *Les cours d'appel. Origines, histoire et enjeux contemporains* (L'Univers des normes), Rennes: PU Rennes 2016, 228 S., ISBN 978-2-7535-4911-1

schreitenden Entwicklung, obwohl noch viele Fragen offenstünden – »mais de nombreuses questions restent de suspens«, »ainsi les cours d'appels appréhendées dans leur rôle juridictionnel et jurisprudentiel depuis leur création jusqu'à l'heure présente« (10).

Die Arbeit ist in vier Hauptabschnitte gegliedert: Ursprünge der Appellation, die Rolle des Berufungsgerichts bei der Erzeugung von Rechtsätzen, ihr Platz in der gerichtlichen Organisation und die Umgestaltungen in der Moderne.

Die Struktur des Buches könnte allerdings Gegenstand methodologischer Kritik sein. Um die Berufungsgerichte, ihre Natur und ihre Funktionen zu verstehen, hätte man zeitlich früher ansetzen können, gewissermaßen von einem früheren Konzept der Appellation aus. Wie wird ein Urteil angreifbar? Welche prozessualen Mittel werden zugelassen? Hat das Prinzip von *trium conformium sententiarum* einen Platz? Wenn ja, was war der etablierte hierarchische Charakter? Welche Wirkungen zeitigt das eingelegte prozessuale Mittel? War die Gerichtsbarkeit des Richters a quo ausgesetzt? Hatte es devolutive Wirkung? Wer hatte die Legitimation eine Berufung einzulegen? Welche Art von Rechtsmitteln gab es bzgl. des angefochtenen Urteils? War es möglich, Appellationen gegen Zwischenurteile einzulegen? Was war der Zweck der Appellation? Welche Voraussetzungen hatte sie? War es möglich, von einem gerichtlichen Ermessen in der Berufungsfrage zu sprechen? Viele von diesen Fragen werden nicht aufgeworfen.

Die Arbeit beginnt mit einem ersten Teil, der sich auf die Ursprünge der Appellation aus einer Perspektive der politisch-institutionellen Analyse und nicht auf eine verfahrensrechtliche Sichtweise konzentriert. Der Beitrag von Pierre-Anne Forcadet, »Origines de l'appel judiciaire et naissance de la souveraineté royale au XIII<sup>e</sup> siècle«, untersucht die Herkunft der Appellation, beginnend mit der Einführung der *apelation ordinaire* durch Ludwig IX. und ihre unzweifelhafte Bedeutung in der politischen und juristischen Geschichte. Sie ist an den Königshof gebunden, einem unauflösbaren Regierungsorgan, das schnell zum Parlament, zum Obersten Gerichtshof des Königreichs wird. Damit wird eine Reihe von permanenten Ressourcen für die Überprüfung der Entscheidungen verschiedenster Gerichtsbarkeit geschaffen.

Die *apelation ordinaire* war die Grundlage dafür, dass Ludwig IX. die »supériorité« seines Gerichts-

hofes bekräftigte und ihn über die »seigneurs et à l'Eglise« stellte. Forcadet befasst sich mit der Herkunft dieses Verfahrensmittels, das mit der Konsolidierung der souveränen Herrschaft verbunden ist. Die Instrumentalisierung der Rechtsprechung markiert den Beginn der Konsolidierung einer königlichen Legislative, »mais on peut affirmer néanmoins que ce n'est pas la souveraineté royale, par le biais d'une ordonnance autoritaire qui est à l'origine de l'appel, mais bien la supériorité judiciaire installée notamment grâce à l'appel qui est à l'origine de la souveraineté« (51).

C. Gauvard konzentriert sich mit seinem Beitrag »L'appel à la justice du roi au pénal. Formes et conflits aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles« auf die Struktur einer königlichen Gerechtigkeit, die parallel zur Appellation eine delegierte Gerechtigkeit und eine »behaltene Gerechtigkeit« mittels der *lettres de remission* (1304) in Strafsachen schafft. So entstehen eine delegierte Rechtsprechung und eine, die dem König vorbehalten bleibt und die er zunächst auch selbst entscheidet.

Louis de Carbonnières weist einen quellenfundierten Beitrag auf: »Le style, la coutume et la règle romaine ou l'irrésistible affirmation de l'appel en matière criminelle sous les premiers Valois«. Es geht um die Entwicklung der ersten Beschwerde in Strafsachen, als »instrument de liberté«, die anschließend von den Befürwortern des neuen revolutionären Modells angenommen wurde. Er unterstreicht die Rolle der Parlamente und den Ursprung einer königlichen Gerichtsbarkeit, die direkt mit der königlichen Macht verbunden ist. Daraus ergibt sich die interessante Analyse, wie und warum die Veränderung der Appellation »est devenu, grâce à l'action constante des magistrats et de leur jurisprudence, un moyen de droit et un élément primordial, permettant l'épanouissement des libertés fondamentales dans un état de droit issu de la procédure« (74). Letztlich kommt er zu dem Schluss, dass ein Recht auf Berufung unter dem ersten Valois eingerichtet wurde, und dass »le parlement a patiemment instauré une règle venue intangible dans la procédure criminelle: l'appel est un droit fondamental, et les exceptions sont tombées les unes après les autres, sans avoir eu besoin de texte de principe ou de déclaration tonitruante« (74).

Ohne eine vorherige Analyse der Zuständigkeitsstruktur, des Prinzips der Hierarchie zwischen Instanzen, der übernommenen Befugnisse oder der Art der Instanz, widmet sich der zweite Teil

der »umstrittenen« Rolle der Berufungsgerichte in der Schaffung von Recht, gewissermaßen als Quellen der Gesetzgebung.

Nach einer Analyse der »souverainen« Berufungsgerichte beschäftigt sich Laurence Soula mit »L'indépendance jurisprudentielle des cours d'appel au XIX<sup>e</sup> siècle«. Ausgehend vom *Code Civil*, insbesondere seines Artikels 4 und der Reform des Jahres 1837, zeigt sie die wesentliche Veränderung bereits 1830 auf: die Entwicklung des Berufungsgerichts zur »souveraineté en point de droit«. Die Abschaffung des *référé législatif* führte zur Anerkennung der Souveränität der Berufungsgerichte durch das Gesetz vom 1. April 1837, so Soula.

Unter der Überschrift »Macht des Richtens« stellt sie dar, dass entgegen den bisherigen Auffassungen die unterschiedlichen Argumentationsstränge der Appellationshöfe zu einem neuen Recht geführt hätten, das Labbè 1882 mit folgenden Worten beschrieb: »l'action bienfaisante de la Cour régulatrice (...) on ne tourne pas dans un cercle, on progresse«. Soula unterstreicht eine zentrale Veränderung in der Auffassung von Souveränität der Berufungsgerichte: eine kontinuierliche Weiterentwicklung der neuen Richter zu Akteuren oberster Gerichtsbarkeit, die weit entfernt von der ursprünglichen Ideologie des frühen 18. Jahrhunderts lag.

Jean-Pierre Allinne befasst sich in seinem Beitrag »La cour d'appel de Pau et la coutume, de la défiance à la reconnaissance« mit der wichtigen Rolle dieses Berufungsgerichts in Bezug auf Sitten und Gebräuche und deren Einbeziehung in das neue kodifizierte Recht. Pierre-Nicolas Barénot wiederum zeigt in seinem Artikel »La réception des arrêts des cours d'appel«, wie eine neue Rechtswissenschaft innerhalb des Verfassungsrahmens entsteht: ein interessanter Beitrag in Bezug auf rechtliche Einheitlichkeit und konsequenter Verwirklichung der Gleichstellung in Bezug auf die Rechtsanwendung.

Ein dritter Block, »La place des cours d'appel dans l'organisation judiciaire«, führt zur Analyse der Organisation der Berufungsgerichte. Unter dem Titel »Chronique d'une réduction annoncée. Les réformes projetées des cours d'appel, de l'an VIII à la crise des années 1930« analysiert Frédéric Chauvaud die monarchischen Vorstellungen der Modernisierung von 1814 seit der Einführung der Appellationsgerichte (Gesetz vom 18. März 1800) und zudem die zahlreichen seit 1870 vorgeschlagenen und zum Teil durchgeführten Reformen. Sylvie

Humbert stellt in ihrem Beitrag »La cour d'appel de Douai au XIX<sup>e</sup> siècle: une histoire vue par les magistrats lors des discours de rentrée aux audiences solennelles« die Entwicklung eines Berufungsgerichts in der wirren Zeit der Pariser Kommune dar. Ihr besonderes Augenmerk liegt auf der sozialen Frage und deren Einfluss auf die Berufungsgerichtsbarkeit: »Une société judiciaire face aux réalités de la vie sociale«. Im Rahmen einer soziologischen Analyse legt Mathieu Soula eine interessante Arbeit vor: »L'appel des chiffres. Les statistiques judiciaires en matière d'appels correctionnels, construction et usages (1825–1940)«. Die Ursprünge und Wirkungsgeschichte der Kolonialgerichte sind Untersuchungsgegenstand von Adrien Blazy in »Les cours d'appel coloniales«.

In einem letzten Block unter dem sinnigen Titel »L'irruption de la modernité au sein des cours d'appel« wird eine Reihe verschiedener Probleme analysiert, die solche der Vergangenheit und Gegenwart bezüglich der Berufung als Rechtsmittel verbinden. Ein kriminologischer Beitrag von Élise Fradet »Histoire de l'appel en matière d'application des peines« analysiert die Strafanwendung der Berufungsgerichte und ihre Entwicklung seit 1978 bis zur Schaffung neuer Gerichtsbarkeiten, wie z. B. ein eigenes Berufungsgericht in Strafsachen (TAP).

Die Arbeiten von Praktikern bereichern den Band, da sie auch aus praktischer Sicht die Berufungsgerichte behandeln. Gilbert Cousteaux nimmt in seinem interessanten Beitrag mit dem Titel »L'accélération du temps judiciaire devant la cour d'appel: dislocation ou téléportation« eine subtile Analyse der aktuellen Rechtslage vor und mahnt eine notwendige Verfahrensgeschwindigkeit der zweiten Instanz ein, herausgefordert durch die Empfehlungen verschiedener europäischer und nationaler Foren. Der Aufsatz von Jean-Paul Jean »Les nouveaux défis pour les cours d'appel« unterstreicht die aktuellen Herausforderungen an die Appellationsinstanzen und stellt neue Trends in Europa dar. Franck Lafossas wirft in seinem Beitrag »Exemple de traitement d'une question nouvelle: l'union de personnes de même sexe« zu Recht die Frage eines Vergleichs mit europäischen Regelungen auf, besonders im Hinblick auf die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare und deren Behandlung in Rechtsmittelwegen. Der Block schließt mit dem Beitrag von Richter Denis Salas: »Qui écrit le récit du droit?« Dieser schlussfolgert: »Mais on s'aperçoit vite que la loi est victime de son propre monopole« (219).

Das Buch lässt den Leser nicht gleichgültig zurück. Es unterscheidet sich von der traditionellen Analyse eines Gerichtsmodells der »zweiten Instanz«. Ausgehend von einer Untersuchung der Funktionen der Berufungsgerichte, ihrem Beitrag zur Justizgeschichte und ihrer Anerkennung als schöpferische Quellen der Gesetze wirft die Monographie eine Frage auf. Trotz der revolutionären Veränderung des neuen politischen Modells 1789

und der dort propagierten Prinzipien, die die Rechtsprechung beeinflussten: Gab es wirklich den Bruch mit der früheren Tradition, ihrem territorialen und gerichtlichen Rahmen, mit dem Wesen der delegierten Justiz, ihrer Ziele? Wohl nicht ganz, wenn man die Ergebnisse aller Beiträge zusammenfasst.



**Caspar Ehlers**

## Hansische Forschungsgeschichte als Methodenproblem\*

Die Freiburger rechtswissenschaftliche Dissertation widmet sich der Forschungsgeschichte zum Hansischen Recht seit dem Alten Reich des 17. Jahrhunderts bis zum Jahre 2001, in dem Ernst Pitz seine Monographie zur Verfassung der Hanse vorlegte. Sie beschränkt sich dabei auf deutschsprachige Werke, wohl wissend, dass die »Hanse ein europäisches Phänomen« war (22). Diese zeitliche wie sprachliche Einschränkung ist legitim, wenn auch der Untertitel der »Forschungsgeschichte« demnach eine deutsche ist. Zudem ist das Buch eine juristische Qualifikationsschrift, was ebenfalls die vorgenommene Konzentration auf ein zweifellos großes Feld rechtfertigt.

Die Studie ist stringent chronologisch anhand fünf zeitlich geordneter Abschnitte aufgebaut (B: »Altes Reich bis 1806«, C: »Hansisches Recht in Sartorius' Geschichte des Hanseatischen Bundes«, D: »19. und beginnendes 20. Jahrhundert«, E: »Zeit des Nationalsozialismus«, sowie F: »Bundesrepublik und DDR«). Diese sind ihrerseits im Schema stets gleich angelegt (»Publikationen und Strukturen der Werke und ihrer Autoren«, »Themen«,

»Methoden und Prämissen« sowie »Zusammenfassung«).

Neben dem durch Groths kenntnisreiche Darstellung der Forschungsgeschichte gewonnenen wissenschaftsgeschichtlichen Nutzen bietet die Arbeit aber auch einen bemerkenswerten methodischen Ansatz, auf den unbedingt eingegangen werden muss.

Denn auch das Literaturverzeichnis ist den chronologischen Abschnitten B bis F der Untersuchung entsprechend angepasst worden (I. »Bis 1800«; II. »1800–1869«; III. »1870–1932«; IV. »1933–1945«; V. »Ab 1946«) und nicht alphabetisch nach Verfassern geordnet. Es funktioniert daher wie ein Quellenverzeichnis für die Abschnitte von Groths »Forschungsgeschichte« (die genutzten Archivalien werden gesondert auf S. 295 nach Fundorten nachgewiesen). Die naheliegende Frage ist, wo sich die Literatur finden lässt, die gerade nicht aus dem jeweils bezogenen Zeitabschnitt stammt, sich aber nur mit diesem beschäftigt, ohne eine Quelle im obigen Sinne zu sein – also Literatur beispielsweise über Georg Friedrich Sartorius

\* CARSTEN GROTH, Hanse und Recht. Eine Forschungsgeschichte (Freiburger rechtsgeschichtliche Abhandlungen N.F. 74. Abt. B, Abhandlungen zur deutschen Rechtsgeschichte), Berlin: Duncker & Humblot 2016, ISBN 978-3-428-14912-4