

FACULDADE DE LETRAS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
INSTITUTO DE ESTUDOS HISTÓRICOS DR. ANTÓNIO DE VASCONCELOS

Revista Portuguesa de História

TOMO XIV

HOMENAGEM AO DOUTOR PAULO MERÊA

VOLUME III



COIMBRA / 1974

Literaturgeschichtliche und vergleichende Anmerkungen zur portugiesischen Rechtsprechung im Ancien Regime

INHALT

Einleitung: Methode und Parallelen

I. Gerichte und forensische Literatur

1. Gerichte: Desembargo do Pago,
Casa da Suplicação,
Relação do Porto
2. Rechtsprechungssammlungen und Assentos

II. Form

1. Intentionen der Kompilatoren und gemeinrechtlicher Kommunikationsprozeß
2. Formenidentität und Quaestio-Schema

III. Motivationspflicht

1. Normen und Praxis in Portugal
2. Normen außerhalb Portugals
3. Gemeinrechtliche Diskussion

IV. Autorität der Rechtsprechung

1. Assentos und europäische Parallelen
2. Präjudizien und Dogmatik
3. Stufen jurisdiktionellen Ansehens

In der modernen rechtshistorischen Forschung setzt sich immer mehr die Erkenntnis durch, in Ablösung der überkommenen nationalen Geschichtsschreibung Einzelphänomene nicht nur isoliert, sondern auch vergleichend zu behandeln. Diese von Coing (*)

(*) Cf. **Helmut Coing**, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau*, in: *Ins Commune (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am*

präzisierte und wiederholt propagierte, etwa von Almeida Costa ⁽²⁾ kürzlich am Beispiel der *Adopção* praktizierte Forderung geht zu Recht von folgenden zutreffenden Überlegungen aus: Die neuzeitliche Rechtsentwicklung der europäischen Nationen stellt in Anbetracht der gemeinsamen Grundlagen, der festzustellenden Parallelen und zu beobachtenden gegenseitigen Beeinflussungen einen einheitlichen kulturellen Prozeß dar; sie ist—um die hierfür herangezogene Formulierung des englischen Historikers Toynbee⁽³⁾ zu gebrauchen — ein «intelligible field of study». Derartige Untersuchungen haben sich wiederum auf die neuere Privatrechtsgeschichte zu konzentrieren, weil gerade sie die für das Verständnis unserer Rechtsordnung unerläßlichen historischen Perspektiven abgibt, «pois é no domínio do direito privado que o peso da tradição se faz sempre sentir mais intensamente» (Braga da Cruz) ⁽⁴⁾.

Wer unter diesen Prämissen antritt, um etwa die Auswirkungen der Rechtsprechung in den Ländern zu studieren, die unter dem Einfluß der gelehrten Rechte des Mittelalters standen, sieht sich mit den allseits bekannten Schwierigkeiten konfrontiert. Im Gegensatz zu den Quellen des antiken römischen Rechts oder bestimmter mittelalterlicher Volks- und Stadtrechte sind die Zeugnisse der neuzeitlichen Praxis selbst im Vergleich zu den gleichzeitig erlassenen Gesetzen sowie der zeitgenössischen Rechtswissenschaft bisher wenig beachtet worden. Eine Antwort auf die Frage nach dem historischen Stellenwert der Rechtsprechung — die Bedeutung dieses Forschungsziels wurde erst kürzlich beim «VIII^e Congrès International du Droit Comparé» in Pescara (Italien) ⁽⁵⁾ erneut

Main) 1 (1967) 1-33 und Coing, Einleitung zu: Coing (ed.), Handbuch der Quellen und "Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte I, München 1973, p. 1 ss.

(2) Mário Júlio de Almeida Costa, A Adopção na História do Direito Português, in: Revista Portuguesa de História 12 (1969) 95-120, insbesondere pp. 95-96; Almeida Costa stellte — unter Bezugnahme auf A. J. Boyé — seine Untersuchung ausdrücklich unter das Konzept von einer methodologischen Annäherung der Rechtsgeschichte an die Rechtsvergleihung.

(3) Coing bezieht sich auf Arnold Joseph Toynbee, A study of history. Abridgement I, New York 1947, p. 1.

(4) Guilherme Braga da Cruz, A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro, in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo 50 (1955) 32.

(5) Pescara, 29.8. — 5.9.1970; Veranstalter: «Académie internationale de droit comparé».

unterstrichen ⁽⁶⁾ — kann folglich erst dann gegeben werden, wenn hierfür die Voraussetzungen geschaffen wurden. Mit anderen Worten: es ist unmöglich, ein so bedeutsames Problem anzugehen, solange über die Texte, die die Rechtsprechung jener Tage reproduzieren, Unklarheit besteht. Naturgemäß haben dabei die publizierten Gerichtsentscheidungen im Vordergrund zu stehen; sie allein vermochten, einen größeren Kreis Interessierter über die von einem Tribunal vertretene Rechtsansicht zu informieren und infolgedessen in den anerkannten Regelkanon einzugreifen.

Es mag zu einem nicht unbeträchtlichen Teil auf die letztlich der Aufklärung zu verdankende Prävalenz der Kodifikationsidee mit ihren Ausstrahlungen auf die Erforschung der historischen Grundlagen unseres Rechts zurückzuführen sein, daß erst in jüngster Zeit Arbeiten über die Judikatur verschiedener Länder, insbesondere aber deren Rechtsprechungssammlungen jener Epoche vorgelegt wurden. Hier ist an erster Stelle die bahnbrechende Untersuchung von John P. Dawson *The Oracles of the Law* (Ann Arbor 1968) zu nennen; er zeigte in vergleichender Sicht anhand englischer, französischer und deutscher Quellen die Rolle der Rechtsprechung im Gesamtgefüge der Rechtsordnung auf. Daneben sind eine Reihe von Studien über die «*Grandi Tribunali*» Italiens des 16. bis 19. Jahrhunderts aus der Feder des Italieners Gorla⁽⁷⁾ zu erwähnen;

⁽⁶⁾ Cf. Helmut Coing, *Origine et autorité des recueils de jurisprudence* (**Bericht für den «VIII^e Congrès international du droit comparé», Pescara 29.8 — 5.9.1970; im Druck**), Abschnitt VI 8: «**Il est vrai que nous n'avons pas encore sur le continent une doctrine élaborée qui reflète l'influence de la jurisprudence... Dans la théorie générale des sources du droit, le poids donné à la théorie de la séparation des pouvoirs paraît être encore trop grand. Mais des analyses pertinentes ne manquent pas**» — Coing bezieht sich auf: Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, ²Tübingen 1964 — «**et il est à espérer qu'elles serviront comme base pour une nouvelle théorie des sources de droit, dans laquelle la jurisprudence trouvera sa place. Puisse ce rapport historique être un encouragement à l'entreprendre**». Ich danke meinem verehrten Lehrer dafür, daß er mir das Vortragsmanuskript zur Verfügung stellte.

⁽⁷⁾ Seit 1967 leitet Gino Gorla ein Forschungsprogramm unter dem Titel «*La giurisprudenza come fattore del diritto*» im Rahmen des Consiglio Nazionale delle Ricerche. Von den einschlägigen Arbeiten Gorlas sind zu nennen: *Lo Stile delle sentence: ricerca storico-comparativa e testi commentati*, in: *Quaderni del Foro Italiano* 1967-1968, 351-354 und 367-374; *Giurisprudenza*, in: *Fnciclopedia del diritto*, Milano, 1969, §§ 13-20; *Die Bedeutung der Präzedenzentscheidungen der Senate von Piemont und Savoyen im 18. Jahrhundert, Rechtsvergleichende Bemerkungen*, in: *lus*

er zog zum Vergleich französische und englische Verhältnisse heran. Schließlich ist noch der von Coing⁽⁸⁾ auf dem genannten Kongreß in Pescara erstattete Generalrapport unter dem Titel *Origine et autorité des recueils de jurisprudence* aufzuführen. Er stützte sich zum einen auf die Länderberichte von Georgescu und Sachelarie für Rumänien, Godding für Belgien, Gorla für Italien, van Holk für die Niederlande, Lora Saenz für Mexico, Rosas für Brasilien^(8a) und J. H. Smith für die Vereinigten Staaten bis 1776⁽⁹⁾; außerdem lagen ihm erste Ergebnisse einer im «Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte (Frankfurt am Main)» gebildeten Arbeitsgruppe zur Erforschung der französischen, deutschen, spanischen und portugiesischen Rechtsprechungs- und Konsiliensammlungen des **Anden Régime** vor⁽¹⁰⁾. Da aber Coing nur die portugiesischen Gegebenheiten

privatum gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969, I: Rechtsmethodik und internationales Recht (herausgegeben von Ernst von Caemmerer, Soia Mentschikoff, Konrad Zweigert), Tübingen 1969, pp. 103-125; I «Grandi Tribunali» italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia, in: *Il Foro Italiano* 92 (1969) 629-652; *Civilian judicial decisions — an historical account of italian style*, in: *Tulane Law Review* 44 (1970) 740-749; *L'origine e l'autorità delle raccolte di giurisprudenza*, in: *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* 44 (1970) 4-23.

⁽⁸⁾ Coing, *Origine* (N. 6).

^(8a) Roberto Rosas (Universidade de Brasilia), *Origem e autoridade dos repertórios de jurisprudência. Trabalho apresentado ao VIIIº Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado em Pescara, Itália, em setembro de 1970, como Relator nacional da Seção «Histoire du Droit et Ethnologie Juridique».*

⁽⁹⁾ Cf. die Übersicht der zugegangenen Beiträge bei Coing, *Origine* (N. 6), Abschnitt I; hiervon liegen meines Wissens gedruckt vor: L. E. van Holk, *L'origine et l'autorité des recueils de jurisprudence aux Pays-Bas*, in: *Netherlands reports to the VIIIth international congress of comparative law — Pescara 1970*, Deventer 1970, pp. 1-14; Philippe Godding, *L'origine et l'autorité des recueils de jurisprudence dans les Pays-Bas Méridionaux (XIII^e-XVIII^e siècle)*, in: *Rapports, belges au VIII^e congrès international de droit comparé*, Pescara 29 août-5 septembre 1970/Bruxelles 1970, pp. 1-37; und Gino Gorla, *L'origine e l'autorità delle raccolte di giurisprudenza*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* 44 (1970) 4-23.

⁽¹⁰⁾ Nunmehr abgedruckt in: Coing (ed.), *Handbuch* (N. 1) II 1, 4. Teil: *Rechtsprechung mit den Länder beitragen* von Mario Ascheri (Italien), Gerhard Walter (Frankreich), Johannes-Michael Scholz (Spanien, Portugal), Heinrich Gehrke (Deutsches Reich), Udo Wagner (Niederlande) und Klaus Luig (Schottland). Die Beiträge für Frankreich, die Niederlande und Deutschland stellen Auszüge aus folgenden, der juristischen Fakultät in Frankfurt am Main 1972 vorgelegten Dissertationen dar: Gerhard Walter, *Die französische Rechtsprechung des Anden Régime und ihre Sammlungen*; Udo Wagner, *Entstehung, Bedeutung und*

streifen konnte ⁽⁹⁾, bleibt im Ergebnis festzuhalten: bei den bisherigen Untersuchungen wurde Portugal nicht gebührend berücksichtigt; eine vergleichende Studie steht noch aus, da auch der erwähnte Beitrag des Verfassers über die portugiesische Rechtsprechungsliteratur — den Regeln des Arbeitsprojekts folgend — bewußt das komparative Moment außer acht läßt. Die anschließenden Ausführungen versuchen, diese Lücke zu füllen und damit gleichzeitig die einschlägigen portugiesischen Werke für den gemeineuropäischen Vergleich zu erschließen.

Im Anschluß daran werden eine Reihe von Aspekten zu berühren sein, die in engstem Zusammenhang zu derartiger forensischer Literatur stehen: wir werden auf die Frage der Urteilsbegründung zu sprechen kommen, um uns am Ende der Autorität der höchstgerichtlichen Rechtsprechung Portugals in ihrer geschichtlichen Entwicklung zuzuwenden. Dabei wird es stets das Ziel der Arbeit sein, die portugiesischen Phänomene im Rahmen des gemeineuropäischen Kontexts zu sehen.

Nicht zuletzt soll hiermit Paulo Merêa, dem Nestor der portugiesischen Rechtsgeschichte, gedankt werden. Er gab im Jahr 1923 mit seinem Aufsatz *Die Erforschung der nationalen Rechtsgeschichte in Portugal* — erschienen in der von Leonhard Adam herausgegebenen *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*⁽¹²⁾ — den deutschen Rechtshistorikern die Forschungsmittel an die Hand, derer er bedarf, um sich mit der geschichtlichen Entwicklung des portugiesischen Rechts vertraut zu machen.

I

Das Auftauchen von Rechtsprechungssammlungen ist in Europa aufs engste mit einem wohlorganisierten Gerichtswesen verknüpft. Wie Coing ⁽¹³⁾ in dem oben zitierten zusammenfassenden Bericht

Publikationsformen der Rechtsprechung im Anden Régime. Das Werk der belgischen und niederländischen Arretisten (16. bis 18. Jahrhundert); Heinrich Gehrke, Die Rechtsprechungs- und Konsilienliteratur Deutschlands bis zum Ende des alten Reichs.

⁽⁹⁾ Cf. Coing, *Origine* (N. 6), Abschnitt V 3 und V 8c.

⁽¹²⁾ Paulo Merêa, *Die Erforschung der nationalen Rechtsgeschichte in Portugal*, in: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft einschließlich der ethnologischen Rechts- und Gesellschaftsforschung* 40 (1923) 339-354.

⁽¹³⁾ Coing, *Origine* (N. 6), Abschnitt V 2.

von Pescara hervorhob, basiert die Flut gesammelten, für die Öffentlichkeit bestimmten Spruchmaterials, die mit dem 16. Jahrhundert in den verschiedensten europäischen Staaten einsetzte, essentiell auf einer Stabilisierung der Gerichtsorganisation. Abgesehen von der Kirche, dem französischen Königreich, Burgund und den Territorien der englischen Krone — die bereits vorher über voll ausgebildete Zentralgerichte verfügt hatten—, kristallisierten sich beispielsweise im heutigen Italien die «*Grandi Tribunali*», im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation das Reichskammergericht und der Reichshofrat erst zu Beginn des *Anden Régime* heraus. Wenn also einem kursorischen Überblick über die portugiesischen Rechtsprechungssammlungen eine Skizzierung des zeitgenössischen Gerichtsaufbaus und der Kompetenzen vorangestellt wird, so ist das nicht nur dem Verständnis dieser und der sich anschließenden Fragen förderlich, sondern von der Sache her geboten.

1. Alberto dos Reis ⁽¹⁴⁾ zufolge war bei Erscheinen der zweiten Redaktion der *Ordenações Manuelinas* im Jahr 1521 ⁽¹⁵⁾ der Prozeß der territorialen und funktionalen Differenzierung des *Tribunal da Corte* ⁽¹⁶⁾, der zu Beginn des 14. Jahrhunderts eingesetzt hatte, im wesentlichen abgeschlossen. Bei der sich allmählich abzeichnenden Desintegration des königlichen Gerichts sind zwei Vorgänge voneinander zu trennen: zunächst begann innerhalb der *Curia Regia* eine gewisse personelle Gliederung des jurisdiktioneilen Bereichs insoweit, als die sogenannten *Sobrejuizes da Suplicação* sich getrennt von der *Mesa do Paço* versammelten; hierauf folgte etwa um 1355

⁽¹⁴⁾ Alberto dos Reis, *Organização judicial. Lições feitas ao curso do 4.º anno jurídico de 1904 a 1905*, Coimbra 1905, Nr. 18 und 19.

⁽¹⁵⁾ Cf. zu dieser Sammlung und ihrer Vorgeschichte: Mário Júlio de Almeida Costa, *Temas de história do direito (Ordenações: 3. Ordenações Manuelinas)*, in: *Boletim da Vacuidade de Direito* (Universidade de Coimbra) 44 (1968) 264-267 und 269-270 (Literaturangaben).

⁽¹⁶⁾ Zur *Curia Regia portuguesa* — insbesondere als oberstes Gericht — im 12. und 13. Jahrhundert cf. Claudio Sánchez-Albornoz, *La Curia Regia portuguesa. Siglos XII y XIII*, in : Claudio Sánchez-Albornoz, *Investigaciones y documentos sobre las instituciones hispanas*, Santiago de Chile 1970, p. 381 ss. (413-436); zum folgenden cf. weiterhin: Marcello Caetano, *Lições de história do direito português. Feitas ao curso do 1º ano da Faculdade de Direito, em 1961-1962*, Coimbra 1962, Nr. 77.

die Abspaltung der *Casa do Cível* ⁽¹⁷⁾, der Appellationsinstanz gegen königliche Entscheidungen. Sie unterschied sich von dem weiter bestehenden Hofgericht insbesondere dadurch, daß es nicht wie jenes den König auf seinen Reisen begleitete, sondern zunächst alternierend in Lissabon und Santarém, später allein in Lissabon seine Sitzungen abhielt. Die Kompetenzen waren nicht eindeutig festgelegt, wenn auch davon gesprochen werden kann, daß die *Casa do Cível* vorwiegend Zivil—, der andere Spruchkörper vor allem Kriminalsachen entschied. Aus diesen Anfängen heraus erwuchsen die drei bedeutendsten rechtsprechenden Organe Portugals zur Zeit des *Ancien Régime* : die *Mesa dos Desembargadores do Paço*, die *Casa da Suplicação* und die *Relação do Porto*. Einmal in ihren Grundzügen angelegt und später nur noch leicht abgewandelt, bestanden sie bis zum Dekret Nr. 24 vom 16. Mai 1832 fort. Die damit statuierte Neuorganisation entsprach den in der Verfassung von 1822 und der *Carta Constitucional* von 1826 ⁽¹⁸⁾ fixierten Gewaltenteilung und der Einführung der Geschworenengerichte — um nur die zwei fundamentalsten Änderungen im Vergleich zum überkommenen System anzuführen.

In dem vorausgehenden, drei Jahrhunderte umspannenden Zeitraum stellten sich die aufgeführten und für unsere Belange besonders wichtigen Institutionen wie folgt dar. An erster Stelle muß hierbei auf den *Desembargo do Paço* eingegangen werden. Trotz der Heterogenität seiner Aufgaben galt er den Zeitgenossen als «*Tribunal Superior*» ⁽¹⁹⁾, unbeschadet der Eingangsworte der *Orde-*

⁽¹⁷⁾ Cf. hierzu Marcello Caetano, *Casa do Cível*, in: *Verbo — Enciclopédia luso-brasileira de cultura* IV, Lisboa 1966, I 287-1 288.

⁽¹⁸⁾ *Carta Constitucional da Monarchia portuguesa decretada e dada pelo Rei de Portugal e Algarve s D. Pedro IV Imperador do Brasil aos 29 de abril de 1826* (benützte Ausgabe: Lisboa 1855) Artigo 118-131 (*Do poder judicial*). Einen guten, wenn auch knappen Überblick zur nunmehr einsetzenden Entwicklung findet sich bei: Francisco J. Duarte Nazareth, *Elementos de processo civil* I 1, 3Coimbra 1863, pp. 89-90: Nota final ao titulo I (Conclusão).

⁽¹⁹⁾ Cf. *Avará* vom 23.11.1612 (Abgedruckt in: Joaquim Ignácio de Freitas (ed.), *Collêção chronologica de Leis extravagantes posteriores á nova compilação das Ordenações, que daquellas, se ff'erão e inserirão na edição Vicentina destas do anno 1747 e seu Appendix do de 1760 ...* (Collêção da legislação antiga e moderna do Reino de Portugal, Parte II: *Da legislação moderna*) I, Coimbra 1819, p. 189) und Decreto vom 17.8.1729 (Text bei: Freitas (ed.), *Collêção* (N. 19) V 322).

nações Filipinas: «Como a Casa da Supplicação seja o mayor Tribunal da justiça de nossos Reynos, em que as causas de mayor importância se vem a apurar, e decidir ...»⁽²⁰⁾. Der **Desembargo do Paço** erhielt seine erste Verfassung mit dem **Regimento dos Desembargadores do Paço** von 1564; den erklärten Motiven des Gesetzgebers zufolge befanden sich die entsprechenden Vorschriften bis zu diesem Zeitpunkt «em diversas provisões, e não starem todas assentadas, nem juntas em hum regimento, pela ordem que devem»⁽²¹⁾. Die Anordnungen von 1564 wurden 1582 durch ein neues, den Zeitumständen angepaßtes und den bisherigen Erfahrungen gerecht werdendes **Regimento** ersetzt⁽²²⁾; auf Befehl des Königs nahm man es als Anhang des ersten Buches in die **Ordenações Filipinas** auf⁽²³⁾. João IV bestätigte es in dieser Form nach der Wiederherstellung der portugiesischen Unabhängigkeit im Jahr 1643. Mit **Decreto** vom 3. August 1833 aufgehoben⁽²⁴⁾, wurde der **Desembargo do Paço** endgültig durch den mit Gesetz vom 19. Dezember 1843 organisierten **Supremo Tribunal de Justiça** abgelöst⁽²⁵⁾. Während des gesamten **Anden Régime** oblag es dieser Institution — zunächst noch unter dem Vorsitz des Königs, seit Sebastião (1557-1578) unter einem von ihm ernannten Präsidenten—, neben ihrer Rechtsprechungs-

⁽²⁰⁾ *Ordenações Filipinas* 11.pr. (benützte Ausgabe: *Ordenações, e leys do Keyno de Portugal confirmadas e estabelecidas pelo Senhor Rey D. loão IV., e agora impressas por mandado do muyto alto, e poderoso Key D, Pedro II,* Lisboa 1695; speziell zu dieser Ausgabe wie auch generell zu den *Ordenações Filipinas* mit weiterführender Literatur: Mário Júlio de Almeida Costa, *Temas de História do direito* (Ordenações: 4. *Ordenações Filipinas*), in: *Boletim da Faculdade de Direito* (Universidade de Coimbra) 44 (1968) 267-270.

⁽²¹⁾ *Regimento dos Desembargadores do Paço* vom 2.11.1564 (Text bei: Duarte Nunez do Lião (ed.), *Leis extravagantes (Collecção da legislação antiga e moderna do Reino de Portugal*, Parte I: *Da legislação antiga*, Coimbra 1796) 1.4.1 pr.

⁽²²⁾ *Regimento novo dos Desembargadores do Paço* vom 27.7.1582 (abgedruckt bei: *Ordenações Filipinas* (N. 20) 1 in fine pr.

⁽²³⁾ *Regimento novo* vom 27.7.1582, *ibidem*, 123.

⁽²⁴⁾ Nach: Paulo Merêa, *JELvolución del recurso de «Revista» en el derecho portugués*, in: *Revista de derecho privado* (Madrid) 31 (1947) 565-579 (576).

⁽²⁵⁾ Abgedruckt in: *Novissima reforma judiciaria contida no Decreto de 21 de Maio de 1841 segundo a auctorisação concedida ao governo pela Carta de Lei de 28 de Novembro de 1840*, Coimbra 1888, *Appendix*: Lei de 19 de Dezembro de 1843 (Regula a competência do Supremo Tribunal de Justiça enquanto aos recursos de revista, e estabelece outras providencias), pp. 411-417.

tätigkeit die verschiedensten Regierungsgeschäfte wahrzunehmen, Petitionen zu bescheiden, Adoptionen zu bestätigen etc. ⁽²⁶⁾. Die Mannigfaltigkeit seiner Funktionen zeigt sich besonders instruktiv in dem *Ahará* vom 7. Januar 1750, in der für die hier aufgezählten Obliegenheiten eine höhere Gebühr angesetzt wurde ⁽²⁷⁾. Aus der Vielzahl seiner Tätigkeiten seien nur zwei hervorgehoben, denen im Hinblick auf die Gerichtsorganisation in Portugal und den dortigen Zivilprozeß besondere Bedeutung zukam: die *Mesa do Paço* besaß unter anderem die Kompetenzkompetenz für die *Casa da Suplicação* in Lisabon und die *Relação da Casa do Porto* ⁽²⁸⁾; sie entschied darüber, ob die *Revista* eingeräumt oder versagt wird. Die *Revista* war immer ein außerordentliches Rechtsmittel. Sie geht zurück auf ein Gesetz des Königs Dinis aus dem Jahr 1340, das in den *Ordenações Afonsinas* ⁽²⁹⁾ Aufnahme fand. Hier war im Keim die gesamte Entwicklung angelegt: fehlerhafte Beweismittel oder die besondere Gnade des Königs eröffneten eine weitere Instanz. In den *Ordenações Afonsinas* (3.108.6) wurde — in Ergänzung früherer Gesetze — zum ersten Mal ausdrücklich von der *Revista* gesprochen und zwischen einem Rekursverfahren in den gesetzlich aufgezählten Fällen und denjenigen Revisionen unterschieden, die «per graça especial» ermöglicht wurden. Obwohl die Einräumung der *Revista* — um mit Paulo Merêa ⁽³⁰⁾ zu sprechen — stets ein Akt königlicher Gnade blieb, war das Verfahren in Wirklichkeit an den *Desembargo do Paço* übertragen und der Ablauf minutiös geregelt worden. Legt man den Betrachtungen

⁽²⁶⁾ Cf. *Ordenações Filipinas* (N. 20) 1.3 und den *Regimento novo dos Desembargadores do Paço* vom 27.7.1582 (abgedruckt als Anhang zu den *Ordenações Filipinas* (N. 20) 1).

⁽²⁷⁾ *Ahará* vom 7.1.1750, Abschnitt: *Desembargo do Paço* (Text: Freitas (ed.), *Collecção* (N. 19) II 555-557).

⁽²⁸⁾ *Ordenações Filipinas* (N. 20) 1.3.13: «Havemos por bem, que quando se moverem algumas duvidas entre os Desembargadores da Casa da Suplicação, e os da Casa do Porto, sobre feitos, se pertencem a cada qual das Casas, os Desembargadores do Paço sejam disso Juizes».

⁽²⁹⁾ Cf. *Ordenações Afonsinas* 3.108.3 (abgedruckt in: *Ordenações do Senhor Rey D. Afonso V.*, livro III, in: *Collecção da legislação antiga e moderna do Reino de Portugal*, Parte I: *Da legislação antiga*, Coimbra 1786).

⁽³⁰⁾ Merêa, *Revista* (N. 24) 569.

die Vorschriften der *Ordenações Manuelinas* ⁽³¹⁾ und *Filipinas* ⁽³²⁾ zugrunde, dann ist zwischen zwei Phasen der *Revista* zu trennen: dem Verfahren um die Zulassung schloß sich bei positivem Ausgang die eigentliche Revision in der Sache selbst an. Für die Gewährung der *Revista* war der *Desembargo do Paço* zuständig; die erneute Überprüfung des normalerweise abgeschlossenen Rechtsstreits oblag der *Casa da Suplicação* ⁽³³⁾. Eine *Revista* konnte gegen rechtskräftige Urteile der *Casa da Suplicação* und der *Relação do Porto* beantragt werden. Verfahrensmäßig gesehen war ein entsprechendes Gesuch zunächst an den *Desembargo do Paço* zu richten, der es aufgrund zweier Voten seiner Mitglieder verwarf oder ihm stattgab. Wurde die *Revista* gewährt, dann verlangte ⁽³⁴⁾ er bei einer *revista de graça especial* zwei Gutachten von Richtern der *Casa da Suplicação* — denen man sich zumeist anschloß ⁽³⁵⁾. War zu Anfang des 16. Jahrhunderts die Streitwerthöhe bedeutungslos, gebot die immer größer werdende Zahl der anhängigen Revisionsverfahren, sie zu limitieren ⁽³⁶⁾. Die gleiche Motivation mag dem Gesetz vom 3. November 1768 zugrunde gelegen haben. Möglicherweise

⁽³¹⁾ Cf. *Ordenações Manuelinas* 3.78 (abgedruckt in: *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel*, livro III, in: *Collecção da legislação antiga e moderna do Reino do Portugal*, Parte I: *Da legislação antiga*, Coimbra 1787).

⁽³²⁾ *Ordenações Filipinas* (N. 20) 3.95.

⁽³³⁾ Cf. Ignacio Pereira de Sousa, *Tractatus de revisionibus... ad Ord. Lusit. lib. III tit. 95. juncto regimine Senatus Aulici. § 32 cum sequentibus*. authore Ignatio Pereira de Sousa, (Lisboa) 1672, 66 n 2: «... revisiones, de quibus noster sermo esc, nullibi, praeterquam in nostra Suprema supplicationis Domo expedientias esse».

⁽³⁴⁾ *Carta Régia* vom 21.8.1607 (Verpflichtung der Richter der *Casa da Suplicação* auf Gebote des *Desembargo do Paço*): «Poderão os Desembargadores do Paço commetter aos Desembargadores da Relação, que lhes parecer, sejam as petições e sentenças, de que as partes pedirem revista; e que lhes vão fazer Relação do que lhes parecer, e levarão sua tenção por escrito, como se costuma» (Text nach: Freitas (ed.), *Collecção* (N. 19) IV 3).

⁽³⁵⁾ Merêa, *Revista* (N. 24), p. 569.

⁽³⁶⁾ Cf. *Regimento do Paço* vom 27.7.1582 (N. 26) 34 und *Ordenações Filipinas* (N. 20) 3.95.8 und 10; eine weitere Erhöhung: *Avará* vom 26.6.1696, § 1 (abgedruckt in: Freitas (ed.), *Collecção* (N. 19) II 304-305); zur Geschichte und Motivation der Streitwerthöhenfestsetzung cf. Alvaro Vaz, ... *Avari Valasci ... decisionum; consultationum ac rerum judicatarum in Regno Lusitaniae I* (erste Auflage: Ulissipone 1588) Venetiis 1609, 51 n 4-5; eine ausführliche Darstellung findet sich bei Pereira e Sousa, *De revisionibus* (N. 33) 18 n 4-6.

unter französischem Einfluß ⁽³⁷⁾ beschränkte dieses Gesetz das letztinstanzliche Verfahren auf Fälle der «manifesta nullidade ou injusticia notoria» ⁽³⁸⁾. Wer sich heutzutage darüber informieren möchte, auf welche Weise die *Revista* vom *Desembargo do Paço* in engster Zusammenarbeit mit den Richtern der *Casa da Suplicação* konzidiert wurde und welche Regeln bei der anschließenden Revision des Prozesses zu beachten waren, dem sei neben dem grundlegenden Aufsatz von Paulo Merêa *Evolución dei recurso de «Revista» en el Derecho português* ⁽³⁹⁾ eine Reihe älterer Werke des 16. und 17. Jahrhunderts empfohlen. Es ist dabei an die bereits zitierten Arbeiten von Alvaro Vaz und Ignácio Pereira de Sousa zu denken ⁽⁴⁰⁾. Besonders informativ für die technischen Einzelheiten ist die von João Martins da Costa verfaßte, mit zahlreichen Beispielen aus der Urkundenpraxis versehene *Annotatio* 56 zu dem *Tratado da forma dos libellos e das allegações iudiciaes* des Lizentiaten Gregorio Martins Caminha aus dem Jahr 1549 ⁽⁴¹⁾.

Zur bereits öfters erwähnten *Casa da Suplicação* bleibt anzumerken, daß mit Gesetz vom 27. Juli 1582 festgelegt wurde, sie habe

⁽³⁷⁾ Merêa, *Revista* (N. 24), p. 572 Note 48.

⁽³⁸⁾ *Lei* vom 3.11.1768, § 1 (abgedruckt in: *Collecção das Leys, Decretos e Alvarás que comprehende o feliz reinado del Rey fidelissimo D. Jozé o L nosso Senhor desde o anno de 1766 até o de 1772*, tomo III, Lisboa 1770).

⁽³⁹⁾ Cf. N. 24.

⁽⁴⁰⁾ Cf. Vaz, *Decisiones* (N. 36) I 51; Alvaro Vaz oder Valasco: geboren 1526 in Evora, Doktorat in Coimbra, 1556 Institutionenlehrer, 1557 Lehrstuhl für Codex, später Advokat an der *Casa da Suplicação*, 1577 von Sebastião zum *Desembargador dos Aggravos* berufen, erneut Zivilrechtsprofessor in Coimbra, 1588: Publikation seiner *Decisiones* als *Desembargador dos Aggravos* (cf. Antonio Barnabé de Elescano Barreto de Aragão, *Derne trio moderno ou o bibliografo jurídico portuguez*, Lisboa 1781, liv. 3, cap. VII, pp. 134-135). Siehe Pereira de Sousa, *De revisionibus* (N. 33); Ignácio Pereira de Sousa oder Soiza: geboren in Lissabon, Doktor des kanonischen Rechts, *Desembargador dos Aggravos* (1668), gestorben 1676 in Lissabon (cf. Aragão, *Demetrio moderno*, ibidem, p. 140).

⁽⁴¹⁾ Gregorio Martins Caminha/ João Martins da Costa, *Tratado da forma dos libellos e das allegações iudiciaes, e do processo do juízo secular, e ecclesiastico, e dos contratos com glosas do Licenciado Gregorio Martins Caminha, reformado de novo com addições, e annotações copiosas... compostas pelo... Ioam Martins da Costa*, Lisboa 1680, *Annotatio* 56 (Erstdruck des Libelltraktats: Coimbra 1549; Ergänzungen durch João Martins da Costa (Advokat an der *Casa da Suplicação*) erstmals: Lisboa 1608; cf. Innocencio Francisco da Silva, *Diccionario bibliographico portuguez* III, Lisboa 1859, p. 164).

von nun ab permanent in Lissabon zu tagen ⁽⁴²⁾. Die Folge hiervon war der Auszug der *Casa do Cível* nach Porto (*delação do Porto*). Die *Casa da Suplicação* entschied über die Appellation (*appellações e agravos*) ⁽⁴³⁾ gegen Zivil- und Strafurteile der unteren Instanzen ihres Gerichtsbezirks ⁽⁴⁴⁾. Was das Verhältnis zur *Relação do Porto* anbetrifft, so war der Gerichtshof in Lissabon demjenigen von Porto übergeordnet; bei Prozessen mit einem Streitwert über 80 000 (unbewegliche Sachen) beziehungsweise 100 000 Reis⁽⁴⁶⁾ (bewegliche Sachen) konnte gegen das gefällte Urteil an die *Casa da Suplicação* in Lissabon rekuriert werden ⁽⁴⁶⁾. Daneben war es ihr — zwischen 1582 und 1769 auch den übrigen *Relações* ⁽⁴⁷⁾ — gestattet, in der Form von *Assentos* die königlichen Ordonnanzen verbindlich zu interpretieren — worauf noch näher einzugehen ist **(**)**. Nach der Anordnung vom 28. Mai 1568 war sie die Ausbildungsstätte für die Richter des *Desembargo do Paço* ⁽⁴⁹⁾.

Die 1582 gegründete *Relação da Casa do Porto* ⁽⁵⁰⁾ entsprach in der Besetzung dem Obergericht in Lissabon, für das es die Richter ausbildete; nach den *Ordenações Filipinas*⁽⁵¹⁾ hatten die gelehrten Juristen — bevor sie in die *Casa da Suplicação* berufen wurden — eine gewisse Zeit als Richter in Porto zu fungieren. Dieses Gericht

⁽⁴²⁾ Zur *Casa da Suplicação* gibt ein guten, knappen Überblick: Caetano, *Casa da Suplicação*, in *Verbo* — *Enciclopédia luso-brasileira* (N. 17) IV 1303-1304.

⁽⁴³⁾ Cf. *Ordenações Filipinas* (N. 20) 1.6 (Dos Desembargadores dos agravos, e appellações da Casa da Supplicação) und 3.68 (Form der *appellações* gegen die verschiedenartigsten Urteile).

⁽⁴⁴⁾ Zur Aufteilung der Gerichtssprengel siehe *Ordenações Filipinas* (N. 20) 1.6.12.

⁽⁴⁶⁾ Ein Real entsprach in der Zeit zwischen 1570 und 1641 0,0822 Gramm feinen Silbers (cf. zur portugiesischen Währung das einschlägige Kapitel und die aufschlußreiche Bibliographie bei: Frédéric Mauro, *Le Portugal et l'Atlantique au XVII^e siècle (1570-1670)*. *Étude économique*, Paris 1960).

⁽⁴⁶⁾ *Ordenações Filipinas* (N. 20) 1.6 pr. und 1.37.1-2.

⁽⁴⁷⁾ Guilherme Braga da Cruz, *História do direito português*, Coimbra 1955, Nr. 60 b.

⁽⁴⁾ Cf. unten IV 1.

⁽⁴⁹⁾ Text bei: Lião (ed.), *Leis extravagantes* (N. 21) 1.5.17.

⁽⁵⁰⁾ *Ordenações Filipinas* (N. 20) 1.35 ss.; zur Einführung siehe Nazareth, *Elementos* (N. 18) 11, pp. 82-83 (Nota final ao titulo I) und Reis, *Organização* (N. 14) Nr. 19 sowie Caetano, *Casa do Cível* (N. 17).

⁽⁶¹⁾ *Ordenações Filipinas* (N. 20) 1.5.1.

war grundsätzlich Appellationsinstanz für die Zivil- und Kriminalgerichtsbarkeit der nördlichen Bezirke Portugals⁽⁵²⁾.

Die überseeischen *Relações* von Goa (1568), Bahia (1609) und Rio de Janeiro (1751)⁽⁵³⁾ spielen für unser Thema ebensowenig eine Rolle wie die untergeordneten *Corregedores das Comarcas*^(M) und die diesen wiederum nachgeordneten Richter in den lokalen Gerichtsdistrikten (*Termos*)⁽⁵⁵⁾; wurden ihre Judikate in den Rechtsprechungssammlungen berücksichtigt, so ist dies atypisch.

2. Manuel António Coelho da Rocha, Professor der Rechte an der juristischen Fakultät der Universität Coimbra in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts⁽⁵⁶⁾, zählte bei seiner Darstellung der *Instituições de direito civil portuguez* die *Arestos* hinter dem römischen und kanonischen Recht zu den subsidiären Rechtsquellen. Es ist interessant zu beobachten, welche Literaturhinweise er dafür in diesem für die Studenten bestimmten Lehrbuch gab. Er beschränkte sich auf folgende kleine Anmerkung: «Os Arestos encontram-se dispersos pelas obras dos praxistas. Em Mendes a Castro, e no seu addicionador França acha-se uma pequena collecção»⁽⁵⁷⁾. Dieser Nachweis ist im Ansatz zwar zutreffend, in seiner Unvollständigkeit aber gleichzeitig ein Zeichen für die seit den achtziger Jahren des 18. Jahrhunderts geübte, wirksame Kritik an derartiger Literatur⁽⁶⁸⁾. Wir befinden uns hier an einem Punkt, von dem ab

⁽⁶²⁾ *Ordenações Filipinas* (N. 20) 1.6.12.

⁽⁶³⁾ Cf. die Hinweise bei Nazareth, (N. 18) p. 83 und Pascoal José de Melo Freire dos Reis, Paschalis Josephi Mellii Freirii... *institutiones juris civilis lusitanicumpublici tumprivati*, (erste Auflage: Lisboa 1779) Conimbricæ 1859, 1.6.

⁽⁶⁴⁾ *Ordenações Filipinas* (N. 20) 1.58, cf. Nazareth, *ibidem*, p. 84 und Reis, *Organização* (N. 14) Nr. 20.

⁽⁵⁶⁾ Hinweise bei Nazareth, *ibidem*, pp. 85-88 und Reis, *ibidem*, Nr. 21.

⁽⁵⁷⁾ Etwa 1793-1850, Doktorat in Coimbra (1818); weitere Hinweise auf Leben und Werk bei Innocencio Francisco da Silva, *Diccionario bibliographico portuguez* V, Lisboa 1860, pp. 360-361.

⁽⁵⁷⁾ Manuel Antonio Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil portuguez... para uso dos seus discipulos* I, Coimbra 1867, § 42.

⁽⁵⁸⁾ Cf. beispielsweise Pascoal José de Melo Freire dos Reis, Paschalis Josephi Mellii Freirii... *Historiae juris civilis lusitani liber singular is*, (erste Auflage: Lisboa 1788) 401isipone 1806; cf. weiterhin die eigene Kritik («confusão ordinaria nas obras dos praxistas») von Manuel Antonio Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal para servir de intro-*

die portugiesischen Rechtsprechungssammlungen des 16. bis 18. Jahrhunderts immer mehr dem Vergessen anheimfallen.

Es ist hier nicht der Ort, ihre bereits an anderer Stelle ⁽⁵⁹⁾ vorgenommene nähere Beschreibung zu repetieren. Der von Coelho da Rocha angedeuteten Klassifizierung folgend sind zwei Gruppen von Sammlungen zu unterscheiden.

Die erste zeichnet sich dadurch aus, daß die einzelnen **Arresta** jeweils von einer knappen, kommentierenden Einführung in den entschiedenen Rechtsstreit begleitet werden; vom Ausgang des Prozesses oder der Beurteilung einer bestimmten Rechtsfrage wurde entweder ein kurzer, leitsatzartiger Bericht gegeben, häufig auch die Originalurkunden (Urteile, Voten) teils vollständig, teils in Auszügen abgedruckt. Die Planmäßigkeit des Verfahrens ergibt sich bereits aus der äußeren Anordnung: die zusammengetragenen **«Arresta Senatus Supremi civilia»** (Febo) bilden einen separaten Teil eines größeren Werks. Manuel Mendes de Castro ⁽⁶⁰⁾ eröffnete den Anhang zu seiner berühmten **Practica lusitana** mit den Worten: «Arresta in causis civilibus quae non sunt in lectura». Bei diesen Publikationen fällt weiterhin auf, daß man sich hier im Unterschied zum lateinisch abgefaßten Hauptwerk des Portugiesischen und folglich der Gerichtssprache bediente. Auf den konkreten Rechtsstreit verweisen die Angaben über die Parteien und den judizierenden Richter. Besonders in der ersten nachweisbaren Sammlung dieser Art, derjenigen von Cabedo, fehlen aber solche Mitteilungen; angesichts der publizierten Urteile und Voten bei Cunha França kann man infolgedessen von einer fortschreitenden Hinwendung zum authentischen Zitat bei Abkehr von der gelehrten Bearbeitung sprechen. Zu diesen Arresta-Sammlungen sind zu zählen:

Cabedo, Jorge de: **Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatus Kegni Lusitaniae...** Georgio de Cabedo I-II, Olyssipone 1602-1604, Offenbachii 1610, Antverpiae 1619, 1620, 1635, Franco-

ducção ao estudo do direito patrio, (erste Auflage: Coimbra 1841) ⁴Coimbra 1861, § 190.

⁽⁵⁹⁾ Cf. den Bericht des Verfassers (N. 10), Abschnitt: I B.

⁽⁶⁰⁾ Zweite Hälfte des 16. Jahrhunderts, Zivilrechtsstudium in Salamanca, Bacchalaureus und Professor in Salamanca und Coimbra (1587), Anwalt in Madrid und Lissabon, Prokurator der Krone bei der *Casa da Suplicação* (cf. Aragão, *Demetrio moderno* (N. 40) liv. III, cap. VIII, pp. 167-168).

furti (1623), 1646, Antverpiae 1684, 1699, 1719, 1734 (*Arresta* im Anhang von I und II).

Febo (Phoebus, Phaebus, Febos, Febus), Belchior (Melchior): *Melchioris Phaebi... decisiones Senatus Regni Lusitaniae in quibus multa quae in controversia quotidie vocantur gravissimo illustrium senatorum iudicio deciduntur* I-II, I: Olyssipone 1619, 1623, II: Ulyssipone 1625, I-II: Ulissipone 1672 (mit Anmerkungen von José dos Santos Palma), 1713, Conimbricae 1736, Lisbonae 1760 (*Arresta Senatus* im Anhang)

Castro, Manuel Mendes de : *Practica lusitana* ab Emmanuele Mendes de Castro... *in quinque libros divisus ducentis, et quadraginta senatus decisionibus locupletatus...* I-II, Olyssipone 1619, 1621, 1639, 1641, Conimbricae 1680, 1696, 1736 (*Arresta* im Anhang von I).

França, Feliciano da Cunha: *Arrestos ou Decisiones dos Senados deste Rejno de Portugal, escriptas* por Feliciano da Cunha França ...I, Lisboa 1755, 1764, Anhang von: Feliciano da Cunha França, *Additiones aureaeque illustrationes ad quinque libros primae partis practicae lusitanae* Emmanuelis Mendes de Castro *scriptae* a Feliciano da Cunha França ... *quibus accedunt in fine arresta seu decisiones Senatus istius Regni Portugaliae ab eodem collectae*, Lisbonae 1765.

Die zweite Hauptgruppe von literarischen Arbeiten, die die höchst-richterliche Rechtsprechung widerspiegeln, zeichnet sich durch die rechtswissenschaftliche Bearbeitung des originären Materials aus. Wenn Coelho da Rocha ihre Autoren als «*praxistas*» charakterisierte, dann bediente er sich eines Ausdrucks, der bereits von Melo Freire hierfür verwandt worden war. «Pragmaticos inter, qui Consultationum, Decisionum, Dubitationum, Resolutionum Forensium, Allegationum, Observationum, Practicarum libros scripserunt...»⁽⁶¹⁾ — heißt es bei dem wohl bedeutendsten portugiesischen Juristen des Aufklärungszeitalters⁽⁶²⁾, bevor er knappe, aber wertvolle Angaben zu den unten bibliographisch nachgewiesenen Quellen gab. Wir glauben, die entsprechenden Schriften nicht unterschiedslos einem bestimmten Literaturtyp zurechnen zu können. Es ist

⁽⁶¹⁾ Melo Freire, *Historia* (N. 58), § 117.

⁽⁶²⁾ 1738-1798, Doktorat in Coimbra (1757), ab 1781 Lehrstuhlinhaber in Coimbra, Richter an der *Casa da Suplicação* (1785), königlicher Berater; zu Leben und Werk von Melo Freire cf. Mário Júlio de Almeida Costa, *Temas de história do direito (Melo Freire)*, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 44 (1968) 16-19 (mit einer guten bibliographischen Übersicht).

vielmehr zu differenzieren: *Decisiones* — Sammlungen enthalten Abhandlungen auf der Grundlage konkreter, im einzelnen aufgeführter Rechtsfälle ; Leitmotiv der Entscheidungsliteratur, die wir als Kompilationen von *Quaestiones forenses* bezeichnen, sind schwierige, in der Gerichtspraxis heftig umstrittene Rechtsfragen. Gaben die Autoren der *Decisiones* generell an, wie der Rechtsstreit ausging, und gingen sie bei der Erörterung der anstehenden Problematik auch auf andere Prozesse ein, so tritt bei den *Quaestiones forenses* die Spruchfähigkeit der portugiesischen Gerichte stark hinter einer umfangreichen gelehrten Diskussion der zugrunde liegenden Rechtsfrage zurück. Der Rechtshistoriker, der beispielsweise dogmengeschichtlich arbeitet und dafür nach den Ansichten der zeitgenössischen Praxis fragt, hat sich der Mühe zu unterziehen, auch die Abschnitte dieser Werke zu analysieren, um die Haltung der Rechtsprechung transparent zu machen. Mag das Quellenmaterial auf den ersten Blick unübersichtlich erscheinen, durch seine problemorientierte Gliederung ist es gerade für den dogmengeschichtlich Interessierten eine Fundgrube zahlloser richterlicher Entscheidungen speziell der oben näher bezeichneten Tribunale. Zu den *Decisiones* gehören:

Gama, António da: Antonii da Gamma ... *decisionum Supremi Senatus Lusitaniae centuriae IV*, Olyssipone 1578, Barcinone 1597, Francofurti 1598, Cremonae 1598 (cum annotationibus Blasii Diaz Flores de Mena), Francofurti 1599, Vallisoleti 1599, Venetiis 1600, Olyssipone 1603, 1610, Venetiis 1610 (ohne Anmerkungen von Flores de Mena), Matriti 1621, Antverpiae 1622, 1650 (mit Anmerkungen von Flores de Mena), 1652, Hamburgo 1655, Antverpiae 1683, 1699 (mit Anmerkungen von Flores de Mena), 1731, 1735.

Cabedo, *Observationes* I-II ⁽⁶³⁾ (hier ist an die Hauptteile des zweibändigen Werks gedacht).

Pegas, Manuel Alvares : Emmanuelis Alvarez Pegas ... *resolutiones forenses practicabiles* I-IV, Olyssipone 1608 (?), 1628 (?), 1672, 1682, 1702, 1721, 1723, 1734, 1735, 1736.

Febo, *Decisiones* I-II ⁽⁶⁴⁾ (im Hauptteil : *Decisiones*, im Anhang : *Arresta*).

Castro, Francisco de Caldas Pereira de / Castro, Gabriel Pereira de (ed.): *Decisiones Supremi... Senatus Portugaliae ex gravissimis*

⁽⁶³⁾ Cf. oben p. 108-109.

⁽⁶⁴⁾ Cf. oben p. 109.

patrum responsis collectae a ... Gabriele Pereyra de Castro, Ulyssipone, 1621, 1626, 1674, Conimbricæ 1745.

Den *Quaestiones forenses* sind vor allem zuzurechnen:

Vaz (Valasco, Velascus), Alvaro: D. Alvari Velasci ... *decisionum, consultationum ac rerum judicatarum in Regno Lusitaniae* I-II, I: Ulyssipone 1588, 1591, 1595, Spirae Nemetum 1597, 1598, I-II: (Francisco Vaz de Gouvea, ed.) Olyssipone 1601, Francofurti 1608, 1609, Veneriis 1609, Antverpiae 1621, Francofurti 1650, Conimbricæ 1730.

Castro, Francisco de Caldas Pereira de: ... Francisci de Caldas Pereyra et Castro ... *receptarum Sententiarum seu quaestionum forensium et controversiarum civilium* I-II, Francofurti 1612, 1660.

Reinoso, Miguel de: *Observationes practicae in quibus multa, quae per controversiam in forensibus judicijs adduncuntur ... pertractantur ...* Michaele de Reynoso ..., Olyssipone 1625, Conimbricensis 1675, Ulyssipone 1725.

Sousa, António da Silva e: *Quaestions forenses* I-II, s.a.s.l. (Nach Diogo Barbosa Machado *Bibliotheca lusitana historica, critica, e chronologica* I, Lisboa 1741, p. 391) etwa aus der Zeit von 1650).

Macedo, António de Sousa de : *Decisiones Supremi Senatus Justitiae Lusitaniae et Supremi Consilii Visci*, Ulyssipone 1660, 1665, 1699, Conimbricæ 1734 (mit Anmerkungen von Francisco Antonio Xaverio de Almeyda).

Aboym, Diogo Guerreiro Camacho de: *Decisiones seu quaestiones forenses ad amplissimo integerrimoque Portuensi Senatu decisae: partim exarratae, partim collectae ...*, Ulyssipone 1738, 1759.

Aber auch andersartige juristische Literatur ist in diesen Kreis einzu beziehen. Es sei hier auf den vierzehnbändigen Kommentar des Manuel Alvares Pegas (1635-1696) ⁽⁶⁵⁾, eines Advokaten an der *Casa da Suplicação*, aufmerksam gemacht. Der Titel «Emmanuelis Alvarez Pegas ... *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae* (Ulyssipone 1699-1703) ⁽⁶⁶⁾ steht für Erläuterungen der *Ordenações Filipinas* und ihnen beigefügte, wörtlich abgedruckte einschlägige Urteile der *Casa da Suplicação*, denen teilweise die authentisch repro-

⁽⁶⁵⁾ Cf. Aragão, *Demetrio moderno* (N. 40), liv. III, cap. VII, pp. 156-157; Innocencio Francisco da Silva, *Diccionario bibliographico portugue%* V, Lisboa 1860, pp. 353-354.

⁽⁶⁶⁾ Einzelnachweise bei Diogo Barbosa Machado, *Bibliotheca lusitana historica, critica, e chronologica* III, Lisboa 1752 (Nachdruck: Coimbra 1966), pp. 175-176.

duzierten Entscheidungen der Untergерichte vorangestellt wurden⁽⁶⁷⁾.

Zum Abschluß der Quellenübersicht sei noch auf die Veröffentlichungen von **Assentos** hingewiesen, die zwar eher als Akte der Gesetzgebung zu verstehen sind, ohne deren Erwähnung aber das Bild von den Gerichten Portugals in jener Zeit unvollständig bliebe. Wir beschränken uns hier auf den Nachweis der bibliographischen Daten; ihre Geschichte und Bedeutung soll erst anläßlich der Frage erörtert werden, welche Autorität die portugiesische Rechtsprechung im **Anden Regime** genoß⁽⁶⁸⁾. Die ersten beiden Publikationen dieser von den Obergerichten ausgesprochenen amtlichen Interpretationen der königlichen **Ordenações** ist der Privatinitiative zweier portugiesischer Juristen des 17. und 18. Jahrhunderts zu verdanken:

Costa, João Martins da (ed.): **Assentos da Relaçam do livro ultimo, que se chama o 'Livro Verde, que mandou assinar, e numerar o Regedor da Casa da Supplicação, Joam da Sylva, pelo Doutor Heitor de Pina, em Evora, 22. de Mayo de 1573**, an: Costa, **Domus Supplicationis Curiae lusitanae ulyssiponensis magistratus styli, Supremique Senatus consulta**, ... Joanne Martin a Costa, Olisipone 1622, Ulyssipone 1692 (cf. pp. 119-158).

Botelho, Francisco de Almeida e Amaral: **Discurso juridico XII. a Orden(ações) liv(ro) I. Tit(ulo) V. § V, e ley de 18. de agosto de 1769. % 1, e seguintes. Sobre os Assentos da Cayu da Supplicação e suas decisçpens, e espíritos**, Lisboa, 1789, in: Botelho, **Discursos jurídicos II**, Lisboa 1790.

Staatlich autorisierte Editionen beruhen auf der berühmten **Lei da Boa Rayao** von 18. August 1769⁽⁶⁹⁾ und der königlichen **Resolução** vom 2. September 1786:

Collecção chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação, e do Cível,

(⁶⁷) Typisch: Pegas, *Commentaria VI ad Ord. Fit. 1.78.14* n 79: «Et ut nihil intactum relinquamus libet hic transcribere multas sententias latas super explanatione Regiminum, et Articulorum gabellarum, et explicationem nostri textus, et illorum, ad hoc, ut facilius judicetur, et defendatur controversia circa illorum materiam»; es folgen wörtlich abgedruckte Urteile bei n 80-482.

(⁶⁸) Cf. unten p. 138 ss.

(⁶⁹) *Carta de Lei* para se julgar pela *Ordenação do Reino*, e Leis Pátrias vom 18.8.1769, genannt: «Lei da Boa Razão», § 4: «Quanto á outra Ordenação do mesmo Livro primeiro Titulo quinto, Paragrafo quinto:» — gemeint: *Ordenações Filipinas* 1.5.5. — «Mando, que a Disposição delle estabeleça a praxe inviolável de julgar sem alteração alguma, qualquer que ella seja: E que os

por resolução de S. Magestade de 2 de Setembro de 1786, Coimbra 1791, in: *Colecção de legislação antiga e moderna do Reino de Portugal*, Coimbra 1792.

Collecção chronologica dos assentos das Casas da Suplicação e do Civel. Segunda edição, augmentada com 33 assentos, e diligentemente emendada dos frequentes erros e faltas da primeira ... por resolução de S. Magestade de 2 de Setembro de 1786, Coimbra 1817.

Terceiro, quarto, quinto appendix à collecção dos assentos das Casas da Suplicação e do Civel para as duas edições de 1791 e 1817, Coimbra 1817 (70).

Damit sind die Quellen vorgestellt, auf die sich die anschließenden vergleichenden Bemerkungen stützen, soweit sie Portugal betreffen.

II

Wer die überzeugenden Studien von Mário Júlio de Almeida Costa über die Accursianische Glosse und die Schriften des Bartolus in ihrem Verhältnis zur portugiesischen Rechtswissenschaft und Praxis des *Anden Régime* kennt ⁽⁷¹⁾, dem drängt sich wie von selbst die Frage nach etwaigen übernationalen Vorbildern bei der Ausarbeitung der Sammlungstexte auf. Es geht im folgenden also darum, in welchem Maß die äußere Gestalt dieser Werke sie als Zeugnisse eines umfassenden Kommunikationsprozesses im Zeitalter des gelehrten Gemeinen Rechts ausweist.

1. Zu diesem Zweck ist notwendigerweise von den Intentionen der Verfasser auszugehen. Mit anderen Worten: der Schluß auf

Assentos já estabelecidos, que tenho determinado, que sejam publicados; e os que se estabelecerem daqui em diante sobre as interpretações das Leis ; constituição Leis inalteráveis para sempre se observarem como taes debaixo das penas abaixo estabelecidas» (abgedruckt in : *Collecção das Leys, Decretos e Alvarás, que comprehende o feliz "Reinado del Key ... Jozê o L nosso Senhor desde o anno de 1766 até o de 1772, tomo III, Lisboa 1770).*

⁽⁷⁰⁾ Die Editionen von 1817 sind zitiert bei Eduardo Alves de Sá, *Bibliotheca juridica portugalisensis*, Fase. II, Lisboa 1898, Nr. 605-608 (pp. 188-189).

⁽⁷¹⁾ Mário Júlio de Almeida Costa, *Romanisme et Bartolisme dans le droit portugais*, in: *Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario I*, Milano 1961, pp. 313-334 und *La présence d'Accurse dans l'histoire du droit portugais*, in: *Atti del Convegno internazionale di studi Accursiani*, Bologna 21-26 **Ottobre** 1963, vol. III, Milano 1968, pp. 1 053-1 066.

formale Parallelen zwischen den Rechtsprechungssammlungen Portugals und denjenigen anderer europäischer Länder hält nur dann kritischer Überprüfung stand, wenn sich zeigen läßt, daß sich die Autoren dessen bewußt waren.

Dafür liefert die Lektüre der Sammlungen von Gama und Cabedo zwei beredte Beispiele. Jorge de Cabedo — *Desembargador* an der *Casa da Suplicação* und später *Desembargador do "Paço*, einer der Redaktoren der *Ordenações Filipinas (J²)* — gab im Vorwort unmißverständlich zu erkennen, welchem Modell er nachzueifern trachtete: «Illud autem maxime in his Decisionibus curandum duxi, ut clarae essent, nec multis Doctorum allegationibus obscurae fierent, alioquin potius confusiones, quam decisiones dici possint; Sic namque in doctissimis dominorum de Rotta decisionibus factum videmus, sic et in aliis, Egidii de Bellamera, Cassadori, Guidonis Papae, et Matthaei de Afflictis ,quibus sine controversia, omnes nostri primum locum concedunt» ⁽⁷³⁾. Er war demnach bei der Abfassung seines Manuskripts bestrebt, sich an den Rechtsprechungssammlungen der *Rota Romana* von Aegidius de Bellamera ⁽⁷⁴⁾ und Guillelmus Cassador ⁽⁷⁵⁾, den gedruckten Entscheidungen des *Conseil delphinal* und späteren *Parlement* zu Grenoble von Guy Pape ⁽⁷⁶⁾ sowie der Kompilation der Sprüche des *Sacro Real Consiglio* des Königreichs Neapel durch Matteo d'Afflito ⁽⁷⁷⁾ zu orientieren. Gleiches gilt für Antonio da

⁽⁷²⁾ Gestorben 1604; zu Leben und Werk: Innocencio Francisco da Silva» *Dicionario bibliographico portugue% IV*, Lisboa 1860, pp. 161-162.

⁽⁷³⁾ Jorge de Cabedo, *Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae ...* Georgio de Cabedo I, Francofurti 1646, fol. IV.

⁽⁷⁴⁾ Erste Druckausgabe: *Decisiones Aegidii Bellemerae*, Romae 1474; als Rotarichter war er 1374 und 1375 offiziell mit dem Sammeln der *decisiones* betraut worden; er veröffentlichte eine Sammlung von 107 und eine von 700 *Decisiones* (cf. Gero Dolezalek — Knut Wolfgang Nörr — Carl Blell, *Die Rechtsprechungssammlungen der mittelalterlichen Rota*, in: Helmut Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte I*, München 1973, 4. Teil, II.

⁽⁷⁵⁾ Guillelmus Cassador (f 1528), *Decisiones S. Rotae Romanae*, Venetiis 1540 (cf. Ascheri, *Italien* (N. 10), Abschnitt: I. *RechtsprechungsSammlungen, Quellen*).

⁽⁷⁶⁾ Guy Pape oder Guido Papae (um 1402-1485 oder 1487), *Decisiones gratiopolitanae*, authore Guidone Papae ..., Grenoble 1490 (cf. Walter, *Französische Rechtsprechung* (N. 10), pp. 188-189).

⁽⁷⁷⁾ Mattaeus Afflictus oder Matteo d'Afflito (1448-1528), *Decisiones S. R. Consilii Neapolitani*, Napoli 1499 (zu weiteren Auflagen cf. Ascheri, *Italien* (N. 10), Abschnitt: I. *Rechtsprechungssammlungen, Quellen*).

Gama, einem Zeitgenossen Cabedos. Wie Francisco de Caldas Pereira, Advokat bei der *Casa da Suplicação*, im Vorwort betonte, begann Gama seine Arbeit in dem Bewußtsein, hiermit einen Beitrag zur Rechtssicherheit **zu** leisten und dabei Wege einzuschlagen, die ihm gleichartige französische und italienische Kompendien höchstrichterlicher Entscheidungen gewiesen hatten ⁽⁷⁸⁾. Wenn man bedenkt, daß Gama von 1546 bis 1549 dem spanischen Kolleg der Universität Bologna angehörte und danach sein Doktorat an der heimischen Universität Coimbra ablegte ⁽⁷⁹⁾, so liegen die Zusammenhänge offen zutage. Betrachtet man überdies die Tabelle der angeblich von Pereira de Sousa benutzten juristischen Schriften, die seinem Traktat über das Revisionsverfahren vorausgeht ⁽⁸⁰⁾, so bestätigen die angezeigten vierhundert Namen und Titel das bisher gewonnene Ergebnis: einem portugiesischen Praktiker des 17. Jahrhunderts war das gesamte kasuistisch-forensische Schrifttum Europas bekannt.

Was bei den Portugiesen zu beobachten ist, entspricht den Feststellungen, wie sie unschwer anhand einer Reihe mehr oder weniger bekannter Autoren der praxisorientierten Gemeinrechtswissenschaft getroffen werden können. Charles Lefebvre wies bereits beim XII^e «Congrès international des sciences historiques» (Wien 1965) darauf hin, daß die Sammlungstätigkeit bei der *Rota Romana* den Anstoß gab, die Entscheidungen der Rotae von Genua, Lucca, Siena und Bologna wie auch der Senate von Turin und Mailand zu kompilieren⁽¹⁾. Guy Pape, der Autor der ältesten französischen Rechtswissenschaftssammlung, kann als weiteres Beispiel dafür herangezogen werden, wie die angedeutete Entwicklung verlief. In der *Praefatio* zu seinen 1444 begonnenen *Decisiones Senatus gratianopolitani* deckte er die befolgte Methode auf: «...duxi in scriptis redigendum prout infra per modum questionum, ritum decisionum Rotae Curiae Romanae

⁽⁷⁸⁾ António da Gama, Antonii da Gamma ... *decisionum Supremi Senatus Lusitaniae centuriae IV*, Venetiis 1610, fol. I: «... et denique certa regula, in caussarum emergentium decisionibus observaretur. Hinc alij Tholosanae Capellae: alij Neapolitani Senatus decreta: alij Burdegalensis consilij: alij Pedemontani: alij Parlamenti Parisiensis arresta, diligenter collegerunt...».

⁽⁷⁹⁾ Cf. Aragão, *Demetrio moderno* (N. 40), liv. III, cap. VII, pp. 137-138.

⁽⁸⁰⁾ Cf. Pereira de Sousa, *De revisionibus* (N. 33), fol. IX^r-XV^v.

⁽⁸¹⁾ Cf. Charles Lefebvre, *Juges et savants en Europe (13^e-16^e s.)*. *U apport des juristes savants au développement de l'organisation judiciaire*, in: *Ephemerides iuris canonici* 22 (1966) 113-114.

insequendo»⁽⁸²⁾. Das große Vorbild war die *Rota Romana*, ihre Sammlungen und der dabei beobachtete Stil. Dieser Maxime fühlte sich auch Francisco Jerónimo de Leon verpflichtet. Er fungierte zu Anfang des 17. Jahrhunderts als Richter an der 1506 errichteten *Real Audienda* des Königreichs Valencia. In der Einleitung zu den von ihm geschriebenen, 1620 bis 1625 erstmals aufgelegten *Dedsiones Regiae Audientiae Valentinae* galt seine besondere Aufmerksamkeit der *Rota Romana*: «Rotae auctoritas in tam illustri, et excelso loco posita est, ut ab recedere nefas quodam modo videatur ...»⁽⁸³⁾. Die damit anerkannte Autorität schlug sich jedoch nicht nur materiellrechtlich nieder, sondern auch in formellen Dingen. Als Léon in diesem Rahmen etwa achtzig, [aus seiner Sicht jedenfalls musterhaft konzipierte Rechtsprechungswerke unterschiedlichster Provenienz angab⁽⁸⁴⁾, dann stellte er wie selbstverständlich die berühmten Sammlungen der Rota Romana an die Spitze.

Solche Verzeichnisse verdienen für die hier angeschnittenen Fragen erhöhte Aufmerksamkeit. Sie bezeugen zum einen, daß die Welt der gelehrten Juristen speziell in der Frühzeit der Sammlungstätigkeit— also im 16. und 17. Jahrhundert — die Entscheidungssammlungen aus den verschiedensten europäischen Territorien trotz aller Unterschiede im Detail als einen bestimmten Typ juristischer Literatur begriff. So fällt auf, daß die meisten Aufstellungen übernational angelegt sind. Hierzu gehört die Liste bei dem deutschen Juristen Bernhard Greven in dessen *Practicae conclusiones*⁽⁸⁵⁾ genannten Anmerkungen zu den *Observationes* des Reichskammergerichtsassessors und Reichshofrats Andreas Gail (1526-1587)⁽⁸⁶⁾, in dem neapolitanischen *Repertorium* von Leitsätzen des Johann Baptista de

⁽⁸²⁾ Guy Pape, *Dedsiones Senatus grattonopolitani opera ... Guidonis Papae collectae...*, Grenoble 1549, Praefatio (p. 3); zu Guy Pape die Hinweise unter N. 76.

⁽⁸³⁾ Francisco Jerónimo de Leon, *Decisiones Sacrae Regiae Audientiae Valentinae* I, Matriti 1620, fol. VII^r.

⁽⁸⁴⁾ Leon, *ibidem*, fol. VIII^r-VIII.

⁽⁸⁵⁾ Bernhard Greven, *Practicae conclusiones iuris singulis Dn. Andreae Gaillii ... observationibus practicis, et serie continua respondentes ... auctore Bernhardo Greven*, Francofurti 1603, fol. III^v.

⁽⁸⁶⁾ Andreas Gail (Gaill, Geil, Geyll), *Practicarum observationum, tam ad processum iudicarium, praesertim imperialis camerae, quam ad causorum decisiones pertinentium, libri duo*, Köln 1578 (für weitere Auflagen cf. Gehrke, *Rechtsprechungs- und Konsilienliteratur Deutschlands* (N. 10), p. 175).

Thoro (+1655) ⁽⁸⁷⁾ und in der Vorrede des Allgemeinen Juristischen Oraculums, das die «Hochteutsche Rechtsgelahrte Societät» zum Verfasser hat ⁽⁸⁸⁾. Ausnahmsweise sind die Übersichten rein national ausgerichtet. Hier ist der *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit que se jugent dans les différents tribunaux du royaume* von Barthélemi-Joseph Bretonnier (1651-1722) zu erwähnen. Er beschränkte sich darauf, die französischen Arrêtisten dem jeweiligen Parlement zuzuordnen, von dem ihre Sammlung handelt, ihre Werke zu beschreiben und dabei vor dem Leser eine Fülle bibliographischer Daten auszubreiten ⁽⁸⁹⁾.

Zum anderen bieten derartige Verzeichnisse erste Ansätze für eine chronologische Differenzierung des sich auf den ersten Blick als Einheit darstellenden Kommunikationsprozesses; dabei ist es ratsam, den Schlußfolgerungen außerdem noch Daten über die Auflagenhöhe und den Verlagsort portugiesischer Rechtsprechungssammlungen zugrunde zu legen. Sieht man die Tafeln bei Greven ⁽⁹⁰⁾, de Thoro ⁽⁹¹⁾ und Léon⁽⁹²⁾ auf portugiesische Quellen hin durch, dann zeigt sich, daß von der forensischen Literatur Portugals die Arbeiten von Gama, Vaz und Cabedo allgemein bekannt waren. Das sind aber gerade die Sammlungen mit der höchsten Ziffer einheimischer und ausländischer Druckauflagen (Gama: 19, Cabedo: 11

⁽⁸⁷⁾ Johannes Baptista de Thoro, *Aureum compendium omnium decisionum Regni Neapolitani*, Neapoli 1620 (erste Auflage: Neapoli 1615), Praefatio (p. 5); zu diesem Werk und seinem Verfasser cf. Ascheri, *Italien* (N. 10), Abschnitt: I. *Rechtsprechungssammlungen, Quellen*.

⁽⁸⁸⁾ Allgemeines Juristisches Oraculum, oder des Heil. Römisch Teutschen Reichs Juristen-Facultät, welche das Römische-Teutsche Bürgerliche und Peinliche Recht nach denen im *Corpore Juris Civilis Romani* befindlichen Büchern und Titeln ... abhandelt, und durch *Responsa, Consilia, Anunciata, Decisiones, Observationes*, Arbitragen, Parere und rechtliche Bedencken erläutert I, Leipzig 1746, Vorrede, fol. VIII^r-IX^r («*Specificatio consiliorum et decisionum*»); eine Werkbeschreibung findet sich bei: Gehrke, *Rechtsprechungs- und Konsilienliteratur Deutschlands* (N. 10), p. 138.

⁽⁸⁹⁾ Barthélemi-Joseph Bretonnier, *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit, que se jugent dans les différents tribunaux du royaume. Avec des réflexions pour concilier la diversité de la jurisprudence, et la rendre uniforme dans tous les tribunaux, augmentée* ... par Boucher d'Argis, (erste Auflage: Paris 1718) Paris 1783, pp. XIII-XC.

⁽⁹⁰⁾ Greven, *Conclusiones* (N. 85, fol. VIII^v).

⁽⁹¹⁾ de Thoro, *Compendium* (N. 87), Praefatio, p. 5.

⁽⁹²⁾ Leôn, *Decisiones* I (N. 83), fol. VHP.

und Vaz: 7). Im Allgemeinen Juristischen Oraculum fehlt dagegen jeder Hinweis auf Portugal. Führt man sich zusätzlich vor Augen, daß im 18. Jahrhundert — im Gegensatz zu den vorausgegangenen hundert Jahren — diese portugiesischen Werke außerhalb Portugals nicht mehr neu aufgelegt wurden, dann folgt hieraus : die aufgezählte Praktikerliteratur des portugiesischen Königsreichs geriet selbst bei den literarhistorisch interessierten Juristen Europas in Vergessenheit. Das konstatierte Phänomen wird dann begreiflich, wenn man in ihm ein Beispiel für die in Europa ab dem 18. Jahrhundert verstärkt um sich greifende juristische Provinzialisierung erblickt — und darin wiederum einen Abschnitt aus dem bereits seit dem Spätmittelalter kontinuierlich fortschreitenden Prozeß der Auflösung der *«unità del diritto»* (Gualazzini) ⁽⁶³⁾.

2. Übereinstimmung in der Form war den Verfassern portugiesischer Rechtsprechungssammlungen nicht nur Programm. Die Imitation Vorgefundener Formelemente — gleichgültig, aus welchem Land sie stammten — läßt sich bei einer Untersuchung der Struktur derartiger Literatur und beim Vergleich ihrer Gesamtkonzeption mit der ausländischer Beispiele wiederholt feststellen.

So kommt es nicht von ungefähr, daß Cabedo bei der Einleitung zu seinen *Arresta Senatus* (gemeint: *Casa da Suplicação*) auf die höchstrichterlichen Entscheidungen Frankreichs — die *arrêts* — anspielte ⁽⁹⁴⁾. Denn: versucht man die durch Cabedo, Febo und Mendes de Castro ⁽⁹⁵⁾ zusammengestellten *Arresta* des Obertribunals in Lissabon zu charakterisieren, kann man hierfür die Formulierungen heranziehen, die jüngst ⁽⁹⁶⁾ für die anonym herausgegebenen *Arresta tam Parisius quam Tolose in parlamento prolata* ⁽⁹⁷⁾ und die zeitgenössischen *Arrests notables du Parlement de Toulouse* des Tolosaner Rich-

⁽⁶³⁾ Ugo Gualazzini, *Considerazioni in tema di legislazione statutaria medievale*, Milano 1958.

⁽⁹⁴⁾ Cabedo, *Observationes* (N. 73) II, *Arresta* pr.: «Quoniam, ut audio, arresta posita in prima parte nostrarum decisionum legentibus non displicuerunt, alacriori animo haec, in secunda hac parte adiungimus ... Sunt autem Arresta, sententiae supremi senatus, quo vocabulo Doctores Gallici in hoc sensu frequenter utuntur».

⁽⁹⁵⁾ Cf. die Titel auf p. 108-109.

⁽⁹⁶⁾ Walter, *Französische Rechtsprechung* (N. 10), pp. 105-106.

⁽⁹⁷⁾ Anonymes Werk; erste Auflage: Paris 1525 (cf. Walter, *ibidem*, p. 116).

ters Bernard de La Roche-Flavin (1552-1627) ⁽⁹⁸⁾ verwandt wurden; die frühe portugiesische Entscheidungsliteratur dieser Art wie die beispielhaft genannte französische zeichnen sich gleichermaßen durch eine konzise Reproduktion des gerichtlichen Ergebnisses bei weitgehender Vernachlässigung des konkreten Sachverhalts aus. In beiden Fällen steht die geraffte Darstellung der durch den Gerichtshof für gut befundenen rechtlichen Lösung im Vordergrund; die Kommentierung des Kompilators nimmt dagegen nur einen unbedeutenden Rang ein.

Auch die Gruppe der mit *Decisiones* bezeichneten Werke eines Gama, Cabedo, Pegas oder Febo (") findet — sieht man vom Inhalt ab — bezüglich der formellen Ausprägung des tradierten Rechtsprechungsmaterials ihre ausländischen Parallelen. Analog strukturiert sind zum Beispiel: die *Decisiones* der aragonesischen Obergerichte von Sessé y Pinol⁽¹⁰⁰⁾ und des katalanischen Senats von Xammar⁽¹⁰¹⁾; die neapolitanische Sammlung von *Controversiae forenses* des Francesco Merlino Pignatelli ⁽¹⁰²⁾; die *Decisiones quaestionum illustrium* von Jacob Thoming (1518-1576), eines Ordinarius der Leipziger Juristenfakultät und Assessors am dortigen Schöppenstuhl ⁽¹⁰³⁾; der Codex savoyardischer Entscheidungen des Antoine Favre (1557-1624) ⁽¹⁰⁴⁾ und die *Decisiones burdegalenses* des in Bor-

⁽⁹⁸⁾ Auflagen zwischen Toulouse 1617 und Toulouse 1745 (cf. Walter, *ibidem*, pp. 173-174).

(") Cf. die Titel auf p. 110-111.

⁽¹⁰⁰⁾ José de Sessé y Pinol (1563-1629), Iosephi de Sesse ... *decisionum Sacri Senatus Regii Regni Aragonum et Curiae Domini Justitiae Aragonum causarum civilium et criminalium* I-IV, Caesaraugustae 1610-1624.

⁽¹⁰¹⁾ Juan Pablo Xammar (f 1668), *Rerum iudicatarum in Sacro Regio Senatu Cathaloniae sub diversis definitionibus cum rationalibus seu ... allegationibus a Joanne Paulo Xammar ...* I-II, Barcinone 1657; cf. zu derartigen spanischen Entscheidungssammlungen den Beitrag des Verfassers (N.10), Abschnitt I B 3a (mit weiteren bibliographischen Angaben).

⁽¹⁰²⁾ Franciscus Merlinus (f 1650), *Controversiae forenses ... cum definitionibus Supremorum Tribunalium*, Neapoli 1634 (cf. hierzu: Ascheri, *Italien* (N. 10), Abschnitt: I. *Rechtsprechungssammlungen, Quellen*).

⁽¹⁰³⁾ Erste Auflage: Leipzig 1579; weitere Einzelheiten zu diesem Literaturtyp mit dem Nachweis weiterer sieben deutscher Sammlungen dieser Art bei: Gehrke, *Rechtsprechungs- und Konsilienliteratur Deutschlands* (N. 10), pp. 85-86, 170-173.

⁽¹⁰⁴⁾ Antonius Faber, *Codex Fabrianus definitionum forensium et rerum in sacro Sabaudiae Senatu tractatarum...*, Genf 1606 (weitere Hinweise: Walter, *Französische Rechtsprechung* (N. 10), pp. 158-159).

deaux in der ersten Hälfte des 16. Jahrhunderts amtierenden Gerichtspräsidenten Nicolas Boyer ⁽¹⁰⁵⁾; schließlich die *Dissertationes iuris* des seit 1608 als Advokat beim Rat von Brabant tätigen Johannes Deckher ⁽¹⁰⁶⁾.

Die portugiesische *Quaestiones forenses-Literatur* (Vaz, Caldas Pereira de Castro, Reinoso, Sousa, Macedo, Aboym) ⁽¹⁰⁷⁾ ist literaturtypisch gesehen in einem Atemzug mit folgenden Werken zu nennen: den *Decisiones* der Chancilleria von Granada, bearbeitet von Juan Bautista Larrea⁽¹⁰⁸⁾; den *Decisiones* des Senatus Cathaloniae aus der Feder des angesehenen katalanischen Juristen Juan Pedro Fontanella (1576-1680?) ⁽¹⁰⁹⁾; der von Cristóbal Crespi de Valdaura aufnotierten und unter dem Titel *Observationes* publizierten Rechtsprechung der Obertribunale des aragonesischen und valencianischen Königreichs ⁽¹¹⁰⁾; den italienischen Sammlungen von Johannes Aloysius Riccius^(m) und Johannes Baptista Bilotta⁽¹¹²⁾; den *Observationes iudicij imperialis camerae* von Joachim Mynsinger von Frundeck (1514-1588), eines Assessors am Reichskammerge-

⁽¹⁰⁵⁾ Nicolaus Boerius, *Decisiones supremi senatus burdegalensis ...*, Lyon 1544 (cf. Walter, *ibidem*, p. 217); eine Beschreibung dieses Literaturtyps für französische Verhältnisse erfolgte bei Walter, *ibidem*, pp. 107-108.

⁽¹⁰⁶⁾ Johannes Deckher, *Dissertationum juris et decisionum super illis factarum in magnis supremisque Consiliis suae Maiestatis in Belgio qua in privato, qua in magno Mechliniensi, qua in supremo Brabantiae, qua in aliis libri duo*, Brüssel 1631 (cf. Wagner, *Belgische und niederländische Arretisten* (N. 10), pp. 118-120).

⁽¹⁰⁷⁾ Einzelheiten siehe oben p. 111.

⁽¹⁰⁸⁾ Juan Bautista Larrea, *Novarum decisionum Sacri Regii Senatus Granatensis Regni Castellae I-II*, Lugduni 1626.

⁽¹⁰⁹⁾ Juan Pedro Fontanella, *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae auctore Ioanne Petro Fontanella I-II*, Barcinone 1639-1645; die Wertung wurde übernommen aus: Rafael Gibert, *Ciencia juridica espanola. Sumario de un curso*, Granada 1971, p. 17.

⁽¹¹⁰⁾ Cristóbal Crespi de Valdaura, *Observationes illustratae decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilij Sanctae Crucatae, et Regiae Audientiae Valentinae I-II*, Lugduni 1662; zu diesem Literaturtyp in Spanien cf. den Beitrag des Verfassers (N. 10), Abschnitt I B 3 b.

^(m) Johannes Aloysius Riccius (Riccio G. L., ca. 1570-1643), *Praxis rerum fori ecclesiastici et variae decisiones nedum Curiae Archiepiscopalis Neapolitanae ...*, Neapoli 1620.

⁽¹¹²⁾ Johannes Baptista Bilotta (Bilotta G. B., f 1636), *Decisiones causarum civitatis Beneventi ... ac decisivae consultationes*, Neapoli 1645; zu Italien cf. Ascheri, *Italien* (N. 10), Abschnitt: I. Rechtsprechung B 3b und Quellen.

riert ⁽¹¹³⁾; den *Questions* des Advokaten Jean-Baptiste Furgole (1690-1761), die **zu** schenkungsrechtlichen Problemen die Rechtsprechung des *Parlement de Toulouse* vermerken ⁽¹¹⁴⁾; den *Decisiones Curiae Brabantiae* des Ratsherrn Petrus Stockmans (1608-1671) ⁽¹¹⁵⁾.

Wie man neueren Untersuchungen ⁽¹¹⁶⁾ entnehmen kann, stellen die **zum** Vergleich herangezogenen Titel nur einen Bruchteil der über ganz Kontinentaleuropa verbreiteten Entscheidungsliteratur dar. Obwohl hier die einzelnen Territorialstaaten lediglich mit einer, höchstens mit zwei Sammlungen repräsentiert sind, wird auch aus dieser Aufzählung offenbar: die Mehrzahl der angesprochenen portugiesischen Werke (*Decisiones, Quaestiones forenses*) geben — unter einem komparativen Blickwinkel betrachtet — Beispiele für eine spezifische Gattung juristischer Literatur ab; sie sind — und darauf kommt es an — nicht einer nationalen Sonderentwicklung zu verdanken, sondern stehen in der gemeineuropäischen Tradition. Die Benutzung literarischer Vorlagen — wie sie oben nachgewiesen wurde — ist zwar ein Aspekt, um die aufgezeigten Parallelen verständlich zu machen. Eine solche Betrachtungsweise reicht jedoch nicht aus, die Duplizität der Literaturformen hinreichend zu erklären. Sie wird aber dann einsichtig, wenn man obendrein zwei Momente in Rechnung stellt. Einmal erwies sich bei der Einzelanalyse sowohl der portugiesischen als auch der außerportugiesischen Rechtsprechungssammlungen die juristische Denkfigur der *Quaestio* als tragendes Strukturelement; zum zweiten zeigen letzte Forschungsergebnisse auf dem Gebiet des Rechtsunterrichts ⁽¹¹⁷⁾, daß sich methodologisch gesehen die universitäre Ausbildung der portugie-

⁽¹¹³⁾ Nach Gehrke, *Rechtsprechungs- und Konsilienliteratur Deutschlands* (N. 10), p. 174, handelt es sich um eine der berühmtesten Spruchsammlungen des *Ancien Régime*; Titel: *Singularium observationum iudicij imperialis camerae (uti vocant) centuriarum quatuor*, Basel 1563 (erste Auflage), Köln 1697 (letzte Auflage).

⁽¹¹⁴⁾ Jean-Baptiste Furgole, *Questions remarquables sur la matière des donations, avec plusieurs arrêts du Parlement de Toulouse*, Toulouse 1733; zu dieser Literaturgattung in Frankreich cf. Walter, *Französische Rechtsprechung* (N. 10), p. 109.

⁽¹¹⁵⁾ Petrus Stockmans, *Decisionum Curiae Brabantiae sesquicenturia ...*, Brüssel 1670 (cf. Wagner, *Belgische und niederländische Arretisten* (N. 10), pp. 121-128).

⁽¹¹⁶⁾ Cf. die unter N. 10 genannten Arbeiten.

⁽¹¹⁷⁾ Cf. Helmut Coing, *Die juristische Fakultät und ihr Lehrprogramm*, in: Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* II 1 (*Das Zeitalter des gemeinen Rechts*), München 1974, 1. Teil, 1. Abschnitt, V 2.

sischen und nichtportugiesischen Juristen zur Zeit des 16. und 17. Jahrhunderts weitgehend gleich, da die gemeinsame Bezugsgröße noch immer das mittelalterliche Studiensystem Bologneser Schule war.

Das *Quaestio-Schema*, wie es die mittelalterlichen Wissenschaften entwickelten, um exegetische Probleme vertieft zu behandeln, ist letzten Endes auf folgende Grundpositionen zurückzuführen: Fall (*casus*), Rechtsfrage (*quaestio* im engeren Sinne), Argumente *pro* und *contra*, Entscheidung (*conclusio, solutio, decisio*)⁽¹¹⁸⁾. Man darf nicht erwarten, daß sich die Autoren in jedem Fall streng hieran hielten. Ansatzpunkt jeder Darstellung portugiesischer Rechtsprechung ist in den *Decisiones*-, *Quaestiones forenses*- und *Arresta-Sammlungen* das Rechtsproblem, was zumeist in einer Frage fixiert (*Arresta* ⁽¹¹⁹⁾), *Quaestiones forenses* ⁽¹²⁰⁾J, das aber auch mit einer Schilderung des Ausgangsfalles in Verbindung gebracht wurde (*Decisiones*) ⁽¹²¹⁾. Eine ausführliche Diskussion des Für und Wider findet sich insbesondere bei den *Decisiones* und *Quaestiones forenses* — wobei gerade hier zu beachten ist, daß die Grenzen zwischen beiden fließend sind. In den *Arresta* hingegen beschränkt sich die Stellungnahme des Verfassers auf eine knappe Kommentierung. Das Ergebnis des Willensbildungsprozesses des judizierenden Richterkollegiums befindet sich am Ende der Einzelabhandlungen von *Decisiones- und Quaestionesforenses-Sammlungen*; bei den *Arresta* wie auch den *Assentos—die übrigens* die umstrittene Interpretation, ebenfalls in Frageform gekleidet, voranstellen ⁽¹²²⁾—steht die Problemlösung im Mittelpunkt.

⁽¹¹⁸⁾ Eine besonders für den Juristen interessante Gesamtdarstellung findet sich nunmehr bei Norbert Horn, *Die legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreitung des gelehrten Rechts*, in: Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte I (Mittelalter)* München 1973, 1. Teil, 3. Abschnitt, II B 2 a.

⁽¹¹⁹⁾ Für Einzelheiten cf. den Bericht des Verfassers (N. 10), I B 2 und den dortigen Hinweis auf die *Practica* des Manuel Mendes de Castro, *Arresto* VI.

⁽¹²⁰⁾ cf den Länderbericht des Verfassers (N. 10), I B 3b.

⁽¹²¹⁾ Zum Beispiel: Gama, *Decisiones* (N. 78) 107 pr.: Nach der Vorstellung der Parteien und der Sachstandsschilderung heißt es «Dubitatum fuit, an is contractus validus esset...».

⁽¹²²⁾ Cf. zum Beispiel *Assento* I in: *Collecção chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação, e do Cível...*, in: *Colecção de legislação antiga e moderna do Reino de Portugal, Parte II: Da legislação moderna*, Coimbra 1786: «Aos dias do mez de Agosto de 1603 diante do Regedor Fernão Telles de Menezes se pôs em duvida se a Ordenação Lib. I .Tit. 5 § 9. devia haver lugar nas interlocutorias, postas

Trotz aller vordergründigen Vielfalt der Formen gilt nach neueren Forschungsberichten gleiches für einen Großteil nichtportugiesischer Rechtsprechungskompilationen. So sind etwa die aragonesischen Decisionensammlungen eines Sessé y Pinol⁽¹²³⁾, León⁽¹²⁴⁾ und Xammar⁽¹²⁵⁾ in diesem Sinn aufgebaut; war die **Quaestio** methodisches Grundschema der den mittelalterlichen **consilia** ähnelnden Berichte, die ein Rota-Richter seinen Kollegen vom anhängigen Rechtsstreit zu geben hatte, diese aber wiederum Basis für die umfangreichen Rechtsprechungssammlungen des bedeutendsten Zentralgerichts⁽¹²⁶⁾. Für das alte Deutsche Reich beweisen die von Gehrke an den Mynsingerschen **Observationes** vorgenommenen Stilanalysen, daß sie wie auch die Mehrzahl deutscher Sammlungen auf dieser Textanordnung basieren⁽¹²⁷⁾. Im Falle Frankreichs ist an die oben zitierten Bemühungen von Guy Pape zu erinnern, den Rota-Stil und damit letztlich die Gliederung nach Art der **Quaestio** zu imitieren⁽¹²⁸⁾. Aber auch noch später — im 17. und 18. Jahrhundert — richteten die namhaftesten Arrêtisten ihre Prozeßberichte gedanklich an diesem Maßstab aus, liegt doch stets folgende Gliederung zugrunde : Frage — Sachbericht — Ansichten der Parteien zu Rechts- und Tatfragen — Ausgang des Rechtsstreites⁽¹²⁹⁾.

Der festgestellte formale Gleichklang findet seine letzte Erklärung in der Ausbildung, die spätere Autoren portugiesischer Rechtsprechungssammlungen erfuhren. Zu diesem Zweck sei ein kurzer Blick auf die Statuten der Universität Coimbra aus den Jahren 1559 und 1591 geworfen. Beide Ordnungen enthalten eigene Abschnitte

pelos Desembargadores do Aggravo, em que huns fossem de parecer, que se devião receber certos artigos, e certos não, e outros, que nenhum era de receber?»; es folgt die offizielle Interpretation.

⁽¹²³⁾ Cf. N. 100.

⁽¹²⁴⁾ Cf. N. 83.

⁽¹²⁶⁾ Cf. N. 101.

⁽¹²⁶⁾ Ascheri, *Italien* (N. 10), Abschnitt I B la aa; Coing, *Origine* (N. 6), Abschnitt V 7; Gorla, *Civilian judicial decisions* (N. 7), in: *Tulane Law Review* 44 (1970) 741-742.

⁽¹²⁷⁾ Gehrke, *Rechtsprechungs- und Konsilienliteratur Deutschlands* (N. 10), pp. 87-90, Beispiele: pp. 174-199 (46 Titel!).

⁽¹²⁸⁾ Cf. oben p. 115; Coing, *Origine* (N. 6), Abschnitt V 7.

⁽¹²⁹⁾ Cf. Walter, *Französische Rechtsprechung* (N. 10), pp. 99-104; entgegen Walter (p. 100) sehen wir eine strukturelle Verwandtschaft zwischen der «mittelalterlichen quaestio» und den Prozeßberichten französischer Arrêtisten.

zur Methode der Vorlesungen im römischen und kanonischen Recht⁽¹³⁰⁾. Für unsere Belange ist es interessant, daß die Exegese der Legaltex-te den Unterricht beherrschte und die textzentrischen Vorlesungen der Methode nach dem von den Glossatoren entwickelten, von den Kommentatoren tradierten **Dectura-Schema**⁽¹³¹⁾ folgten. Damit war aber eine Verfahren vorgeschrieben, wie es all-erorts damals gang und gäbe war. Zum Beweis sei nur auf den insbesondere im 16. Jahrhundert an allen europäischen Studienorten verbreiteten Traktat **De methodo ac ratione studendi** des italienischen Protestanten Matteo Gribaldi Mofa (1500-1564) verwiesen. Er faßte die seit alters üblichen Schritte der Textauslegung in dem Distichon «premitto, scindo, summo, casumque figuro, perlego, do causas, connoto, objicio»⁽¹³²⁾ zusammen. Um das Verständnis einer solcherart vorgetragenen Exegese zu fördern, waren die Vorlesenden in Coimbra gehalten, die Schriften der großen Rechtslehrer heranzuziehen («corroborando com a autoridade dos doctores antigos, e modernos, que no texto escreverem»⁽¹³³⁾). Das bedeutete nach der Rechtsquellenlehre des Königsreichs Portugal vor allem die «glosas de Acursio», vor der «opinião de Bartolo»⁽¹³⁴⁾.

Im Ergebnis kam also der Rechtsstudent mehrfach mit dem

(130) cf. *Statutos da Universidade de Coimbra* (1559), cap. 30-31, abgedruckt in: *Estatutos da Universidade de Coimbra (1559). Com introdução e notas históricas e críticas* de Serafim Leite, Coimbra 1963; *Estatutos da Universidade de Coimbra. Confirmados por el Rei. Dom Phelippe primeiro deste nome, nosso Senhor: Em o anno de 1591*, Coimbra 1593, 3.11.12.

(131) Eine knappe, treffende Übersicht zum *Lectura-Schema* in Vorlesung und Rechtsliteratur nunmehr bei Horn, *Kommentatoren* (N. 118) II B la; speziell zur mittelalterlichen Vorlesungsmethode: Helmut Coing, *Die juristische Fakultät und ihr Ehrprogramm*, in: Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Eiteratur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte I (Mittelalter)*, München 1973, 1. Teil, 1. Abschnitt, V 5.

(132) Matteo Gribaldi Mofa, Matthei Gribaldi mophe ... *De methodo ac ratione studendi libri tres*, in: *Tractatum ex variis iuris interpretibus collectorum I*, Lugduni 1549, 1.24 (fol. 396^r); eine Übersicht der Sekundärliteratur, mit einer Ankündigung der Edition dieser wichtigen Unterrichtsschrift bei: Hans Erich Troje, *Graeca leguntur. Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte 18)*, Köln-Wien 1971, p. 122^f.

(133) *Estatutos da Universidade de Coimbra*, 1591 (N. 130), 3.12.1.

(134) Cf. *Ordenações Filipinas* (N. 20) 3.64.1; zu diesem Punkt der Rechtsquellenlehre: Almeida Costa, *Accurse* (N. 71), pp. 1 061-1 062.

Verfahren der **Quaestio** in Berührung. Einmal formulierte der Vortragende nach der reinen Texterklärung eine Reihe von Fragen und handelte sodann die teilweise der Praxis entlehnten Fälle methodisch nach dem **Quaestio-Schema** ab⁽¹³⁵⁾; zum anderen begegnete der künftige Richter während seines Studiums gerade durch die Lektüre der Kommentare des Bartolus⁽¹³⁶⁾ auf Schritt und Tritt dieser, seit den Glossatoren fach juristisches Denken auszeichnenden Ordnung⁽¹³⁷⁾. Es überrascht folglich nicht, ihn später bei der eigenen schriftstellerischen Tätigkeit hierauf zurückgreifen zu sehen; mit anderen Worten: der in der Ausbildungszeit geprägte Denkstil spiegelt sich zwangsläufig in der von gelehrten Richtern und Advokaten konzipierten forensischen Literatur wider. Wenn es hierfür noch eines Beweises bedarf, sei in diesem Zusammenhang an den Partikularrechtskommentar von Manuel Alvares Pegas⁽¹³⁸⁾ erinnert; so wie in den Kommentaren des Bartolus oder Baldus einer ersten Interpretation der römischrechtlichen Quellen zur Vertiefung die **quaestiones de facto** folgen⁽¹³⁹⁾, so schließen sich bei dem Portugiesen der Auslegung der **Ordenações Filipinas** zur weiteren Erläuterung eine Reihe einschlägiger erst- und letztinstanzlicher Urteile an.

III

Garcia-Gallo ist der Ansicht, in Kastilien habe im Gegensatz zu den Territorien der Krone von Aragón das Interesse gefehlt, Gerichtsurteile zu sammeln, da hier die Richter nicht verpflichtet gewesen wären, ihre Entscheidungen zu motivieren⁽¹⁴⁰⁾. Aber

⁽¹³⁶⁾ *Statutos da Universidade de Coimbra*, 1559 (N. 130), cap. 30, sprechen ausdrücklich von den «materias e questões» in den Vorlesungen der «cadeyras grandes»; Horn, *Kommentatoren* (N. 118) II B la, weist auf den engen Zusammenhang von *materia* und *quaestiones* bei Glossatoren und Kommentatoren hin (*quaestio* als Behandlung der *materia legis*).

⁽¹³⁶⁾ Cf. Almeida Costa, *Bartolisme* (N. 71).

⁽¹³⁷⁾ Cf. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuheit*, ²Göttingen 1967, p. 68.

⁽¹³⁸⁾ Cf. oben p. 111.

⁽¹³⁹⁾ Hierzu: Horn, *Kommentatoren* (N. 118) II B la.

⁽¹⁴⁰⁾ Alfonso Garcia-Gallo de Diego, *Manual de historia del derecho español*, I: *El origen y la evolución del derecho*, ³Madrid 1967, Noten 392-393.

nicht nur wegen der hiermit angedeuteten Zusammenhänge widmen wir dieser Frage unsere gesteigerte Aufmerksamkeit. Es kommt hinzu, daß notwendigerweise da, wo die Judizierenden gehalten waren, die *rationes decidendi* schriftlich festzuhalten und zu publizieren, die Rechtsprechungssammlungen hiervon geprägt sein müssen. Nur dort, wo die Kompilatoren der Spruchpraxis über originale Entscheidungsgründe verfügten, konnten sie diese reproduzieren — und uns damit ein authentisches Bild vom Willensbildungsprozeß vermitteln. Schließlich gilt es einer allgemein verbreiteten Meinung entgegenzutreten, die Motivation der richterlichen Entscheidungen sei eine Errungenschaft der Französischen Revolution. Daran ist allein soviel richtig, daß von nun ab die Idee der Öffentlichkeit, der Kontrolle durch das Volk die Niederschrift und Verkündung der Urteilsgründe trägt, vorher dagegen rein pragmatische Erwägungen einschlägige Anordnungen bestimmten. Selbst wenn aus Platzgründen dem letzten Problem hier nicht nachgegangen werden kann ^(U1), zeigen die angerissenen Aspekte die Bedeutung der Motivationspflicht.

1. Die portugiesische Prozeßrechtsgeschichte des *Anden Régime* kennt zwei Regelungen ⁽¹⁴²⁾, die alle Rechtsprechenden anhält, ihre EntschlieÙung zu begründen. Das erste Gebot dieser Art enthalten die *Ordenações Manuelinas*:

Mandamos, que daqui por diante todos os Nossos Desetm barguadores, Corregedores das Comarcas, e todos os Ouvidores, e Juizes de Fóra, posto que cada huum dos subreditos Letrados nom sejam, e quaesquer outros Julgadores, que Letrados forem, que sentenças (assi na primeira instancia, como na causa d'apelaçam, ou agravo, ou na causa da revista) a causa,

⁽¹⁴¹⁾ Der Verfasser beschreibt die Problematik in seinem Bericht *Motiva sunt pars sententiae. Urteilsbegründung in Aragón (16.-18. Jahrhundert)*, Abschnitt I 2, anläßlich des III. *Congreso internazionale della Socie tà Italiana di Storia del D ir it to*, Firenze 25.-29. April 1973 (im Druck).

⁽¹⁴²⁾ Für die Nichtexistenz weiterer Vorschriften spricht, daß Joachim José Ferreira Gordo (*Fontes proximas da Compilação Filippina, ou indice das Ordenações, e Fxtravagantes de que proximamente se derivou o Codigo Filippino*, Lisboa 1792, p. 76) keine Hinweise auf einschränkende oder erweiternde Gebote nennen konnte.

ou causas, per que se fundam a condenar, ou absolver, ou revogar, dizendo especificadamente o que he, que se prova, e por que causas do feito se fundam a darem suas sentenças ⁽¹⁴³⁾.

Seit der Zeit König Manuels bestand demnach sowohl für die Untergerichte als auch für die höchsten Instanzen die Pflicht, ihren Spruch mit Gründen zu versehen. Unter Philipp II. von Portugal wurde diese Verpflichtung erneuert und dabei präzisiert:

E para as partes saberem se lhes convém apellar, ou agravar das sentenças deffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, porque os Juizes inferiores se movem a condemnar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, hora sejam Letrados, hora o não sejam, declarem especificadamente em suas sentenças deffinitivas, assi na primeira instancia, como no caso da appellação, ou agravo, ou revista, as causas em que se fundarão a condemnar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar ⁽¹⁴⁴⁾.

Danach mußten die Richter der Eingangsgerichte ihre Erwägungen vor allem deswegen offenlegen, um den Parteien die Möglichkeit zu geben, hiergegen erfolgreich Rechtsmittel einlegen zu können; den Richtern, die über die angefochtene Entscheidung zu befinden hatten, sollte damit ermöglicht werden, das umstrittene Urteil des Untergerichts besser zu verstehen. Diese Vorschrift galt bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts und wurde dann abgelöst von Spezialregelungen im **Código Commercial** von 1833 ⁽¹⁴⁵⁾ und der mit Dekret vom 21. Mai 1841 eingeleiteten Reform des Gerichtswesens (**Novíssima Keforma Judiciaria**) ⁽¹⁴⁶⁾.

⁽¹⁴³⁾ *Ordenações Manuelinas* (N. 31) 3.50.6.

⁽¹⁴⁴⁾ *Ordenações Filipinas* (N. 20) 3.66.7.

⁽¹⁴⁵⁾ Art. 1 108: «A sentença commercial deve conter a exposição substancial do pedido, defesa e provas, os nomes dos litigantes, e a menção explicita do artigo do codigo, em que se funda a decisão, ou na falta d'elle a lei, estylo, uso ou jurisprudência, que se tomou por fundamento do julgado»; benützte Auflage: *Código commercial portuguez seguido de um appendice que contem a legislação que tem alterado alguns de seus artigos*, Coimbra 1871.

⁽¹⁴⁶⁾ «A sentença será sempre fundamentada, escripta e publicada pelo proprio juiz», Art. 277.1; ähnlich: Art. 288.2; benützte Auflage: *Novissima*

Will man sehen, wie die gesetzlichen Vorschriften in die Tat umgesetzt wurden, geben bereits die genannten Sammlungen erste Eindrücke. Danach war es in der Rechtspraxis üblich, die von den Richtern in die Beratung eingebrachten Voten schriftlich abzufassen (Cabedo : «per vota in scriptis — per tenções — seu per deliberatione» ⁽¹⁴⁷⁾). Anhand der bei Feliciano da Cunha França ⁽¹⁴⁸⁾ wortwörtlich abgedruckten Voten läßt sich eine prinzipielle Übereinstimmung mit den zeitgenössischen Schriftsätzen der Advokaten (*allegações*) beobachten; bei beiden fällt die Vielzahl der Allegationen aus dem heimisches (*Ordenações*) und Gemeinen Recht auf. «In praedictis votis allegant senatores de iure, confirmando suam sententiam» (Cabedo) ⁽¹⁴⁹⁾. Die Applikation der in den *Ordenações Filipinas* statuierten Verpflichtung in den Urteilen (*sentenças*) die Beweggründe darzutun, ist besonders gut in dem Kommentar von Manuel Alvares Pegas ⁽¹⁵⁰⁾ und der soeben zitierten Kompilation von Cunha França zu verfolgen. Dabei fällt ins Auge, daß auch hier rechtliche Argumente wiedergegeben, auf Allegationen allerdings verzichtet wurde. Es ist interessant, was der Kommentator der weithin bekannten, für die juristische Aufklärung in Portugal typischen *Fei da Boa Raão* vom 18. August 1769 ⁽¹⁵¹⁾ hierzu anmerkte. José Homem Corrêa Telles (1780-1849) ⁽¹⁵²⁾ schilderte nämlich bei der Erläuterung der zentralen Vorschriften über die Anwendung des subsidiären römischen Rechts die verschiedenen modi, richterliche Entscheidungen zu motivieren: «Assim não só os Advogados nas suas allegações, mas também os Desembargadores nas suas Tenções, costumão citar Leis Romanas, e dotrinas dos DD. em

Reforma judiciaria contida no Decreto de 21 de Maio de 1841 segundo a autorisação concedida ao governo pela Carta de Lei de 28 de Novembro de 1840, Coimbra 1888.
Gute Zusammenfassung bei: Nazareth, *Elementos* (N. 18) I 1, § 507.

⁽¹⁴⁷⁾ Cabedo, *Observaciones* (N. 73) I 10 n. 1.

⁽¹⁴⁸⁾ Cf. oben p. 109.

⁽¹⁴⁹⁾ Cabedo, *ibidem*.

⁽¹⁵⁰⁾ Cf. den Titel auf p. 111.

(iii) püf den Text cf. N. 69; einen Überblick gibt Braga da Cruz, *História* (N. 47), Nr. 68a.

⁽¹⁶²⁾ Studium des kanonischen Rechts in Coimbra, Advokat, Deputierter bei den verfassungsgebenden *Côrtes* von 1821; Angaben zum Leben und für die portugiesische Rechtsgeschichte bedeutsamen Werk dieses Juristen bei: Silva, *Diccionario* (N. 72) IV 368-369.

confirmação das Leis Patrias, e sómente se não usa citar aquellas Leis, e autoridades nos Accordãos, e Sentenças» (153). Bestätigt diese Äußerung die von uns angestellten Beobachtungen und Schlüsse, ist eine andere Passage anlässlich der Kommentierung der Bestimmungen über die *Assentos* (154) für das Verhältnis von begründeten Voten **zu** den Urteilsgründen aufschlußreich: «Muitas vezes as Sentenças das Relações omitem os fundamentos, em que os Ministros se fundarão, referindo-se ao ponderado nas Tenções. Isto a meu ver he abuso. As Tenções não se copeão nas Sentenças, que passão pella Chancellaria: por tanto ainda que nas Tenções haja interpretações abusivas, não póde o Chancelier supprir com a sua glosa o erro dos Ministros, conforme este §. Ihe encarrega» (155). Offensichtlich kam es also bei den Obergerichten von Lissabon und Porto häufig vor, sich mit einer Bezugnahme auf die erstatteten Voten zu begnügen, was bei ihrer generellen Nichtveröffentlichung letzten Endes jede Kontrolle ausschloß. Andererseits umfaßte die Begründungspflicht grundsätzlich alle richterlichen Entscheidungsakte. Besondere Erwähnung verdient dabei das Revistaverfahren. Aufgrund einer Spezialregelung des Jahres 1582 (*Regimento Novo dos Desembargadores do Paço*) waren die von der *Mesa do Paço* um ihre Meinung angegangenen Richter der *Casa da Suplicação* gezwungen, ihre Entscheidung über die Gewährung der Revision «non solum voce ... coram Senatoribus aulicis» zu begründen, «sed etiam per deliberationes scriptas in processu, de quo agitur, apponant, ac exprimant» (156 * * * * *). Selbst wenn in der Gerichtspraxis diese Anordnungen von Fall zu Fall umgegangen wurden, bleibt doch im Ergebnis festzuhalten: die portugiesischen Richter des *Anden Régime* waren verpflichtet, die Motive für ihre Entscheidungen zu eröffnen.

(153) J_{os} é Homem Correia (oder Corrêa) Telles, *Commentario critico á Lei da Boa Razão em data de Agosto de 1769*, Lisboa 1824, Anmerkung 43 zu § 9.
(164) Cf. pp. 112-113, 138 ss.

(155) Teiles, *Commentario* (N. 153), Anmerkung 15 zu § 2.

(16e) Zitat nach: Pereira de Sousa, *De revisionibus* (N. 33) 65 n 1; cf. ebenfalls: Annotatio 56 von João Martins da Costa, in: Gregorio Martins Caminha/João Martins da Costa, *Tratado* (N. 41); die angesprochene gesetzliche Regelung (*Regimento Novo*, cf. N. 22, § 34 in fine) lautet: «... Desembargadores que virem o feito de revista, e nelle poserem seu parecer por escrito, hora seja em se conceder a revista, ou em se negar».

2. Von Portugal her gesehen mag es scheinen, als ob solche prozeßrechtliche Regeln für das **Anden Régime** typisch wären. Verläßt man aber die Ebene nationaler Geschichtsschreibung zugunsten einer komparativen Betrachtungsweise, so tritt zutage, daß sich für den in Portugal gesetzlich fixierten Begründungszwang in einem Teil der europäischen Territorien Parallelen aufzeigen lassen, in einem Großteil indessen die Urteils-motivation verpönt war.

Wie Ascheri aufgrund seiner Untersuchungen ⁽¹⁵⁷⁾ nachweist, waren im heutigen Italien eine Reihe von Gerichten statutarisch verpflichtet, ihre Judikate mit Gründen zu versehen. Beispielhaft seien hierfür aufgezählt: die besonderen Erscheinungsformen der Urteilsbegründung bei der **Rota Romana (Dedsio)** ⁽¹⁵⁸⁾; die Constitutiones der **Rota** von Bologna aus dem Jahre 1549, die für die Motivationspflicht wiederum bei einem alten Bologneser Statut von 1454 anknüpften ⁽¹⁵⁹⁾; die seit 1532 angeordnete Urteilsbegründung bei einer weiteren der **Rote minori**, der berühmten **Rota Florentina** ⁽¹⁶⁰⁾; und die Piemonteser Bestimmung von 1632, die den Senat von Turin anhielt, dann seine Urteile zu motivieren, wenn die Streitwerthöhe einen gewissen Betrag überschritt ⁽¹⁶¹⁾. Bleibt man im romanischen Rechtskreis, ist außerdem kurz von den an anderer Stelle ausführlich dokumentierten Verhältnissen in den unter der Krone von Aragón vereinigten Ländern zu sprechen ⁽¹⁶²⁾. Am Anfang steht hier das 1510 von Fernando el Católico erlassene, von den Cortes Generales bewilligte Motivationsgebot für den **Prindpado de Cataluna** ⁽¹⁶³⁾. 1547 folgte eine entsprechende Norm

⁽¹⁶⁷⁾ Den Forschungsstand schildert er im Abschnitt «Bemerkungen zum Prozeßrecht» (Ascheri, *Italien* (N. 10), Abschnitt I A 5).

⁽¹⁶⁸⁾ Ascheri, *ibidem*, Abschnitt I A 5a aa.

⁽¹⁶⁹⁾ Ascheri, *ibidem*, Abschnitt I A 5a bb.

⁽¹⁶⁰⁾ Die Vorschrift ist zu finden bei: L. Cantini, *„Legislazione toscana raccolta e illustrata I, Firenze 1800, pp. 42-47; einen guten Überblick bietet nun: Ascheri, ibidem, I 5d.*

⁽¹⁶¹⁾ Für Einzelheiten cf. Ascheri, *ibidem*, I 5c.

⁽¹⁶²⁾ Cf. den Bericht des Verfassers vor dem italienischen Rechtshistorikerkongreß (N. 141) und seinen Beitrag für das von Coing edierte *Handbuch* (N. 10) I A 8.

⁽¹⁶³⁾ Cf. *Constitutions y altres drets de Catalunya*, Barcelona 1704 (Nachdruck: Barcelona 1909), I 7.3.2: «... que tots los Jutges qui daran sententias diffinitivas en lo present principat de Catalunya, e Comtats de Rosello, y Cerdanya, en

für Aragón⁽¹⁶⁴⁾ und 1564 für die **Real Audienda** von Valencia ⁽¹⁶⁵⁾. Erst im 18. Jahrhundert anlässlich des von Felipe V. eingeleiteten, sich in den **Decretos de Nueva Planta** konkretisierenden, im Laufe der Jahre immer stärker durchsetzenden Zentralismus ergingen gegenteilige Verbote ⁽¹⁶⁶⁾.

qualsevol Cort, o Consistori que sien, encara que fossen en nostra Reyala Audientia, o de nostre Loctinent General, hajan, e sien tenguts de exprimir en las ditas sententias deffinitivas los motius quels hauran moguts per axí declarar, e diffinitivamente sententiar».

(i«4) cf. *Pueros y observandas del Keyno de Aragon*, Caragoça 1624, lib. VII (fol. 133): «Por ende su Alteza de voluntad de la Corte statuee y ordena, que todos los Consejeros y Assesores que han de aconsejar, y los Iuzes que han de juzgar, sean obligados al tiempo que votaren de dezir las causas y fundamentos principales, assi de Fuero, como de derecho, assi en lo civil como en lo criminal por donde se mueven a dar sus votos : los quales se hayan de assentar en el libro de consejo de tal Iuez...», cf. weiterhin die präzisierende Regelung von 1592: «... su Magestad de voluntad de la Corte estatuye..., que los votos, que se dieren en todas las causas, assi en la Audiencia Real, como en la Corte del Iusticia de Aragon, ayan de ser secretos: de manera que por ningun caso se pueda pedir, ni dar visura, copia, ni noticia dellos. Lo qual se entienda quanto a los nombres de los Iuezes: pero no quanto al numero de los dichos Iuezes. El quai, y los motivos dellos, tenga obligacion el Escrivano, ò Secretario del Consejo de dallos a las partes, que se los pidieren: manifestando el numero de los votos, que tienen en favor, ò contra: sin declarar los nombres de los que los dieron», abgedruckt in : *Pueros, y actos de Corte del Keyno de Aragon, hechos en las Cortes ... de Taraçona, el ano MDXCII*, Caragoça 1624 (nach: *Pueros*, N. 164), fol. 236^v.

⁽¹⁶⁶⁾ «Item que y haja en dita Real audiència libre de vots, lo quai estiga en poder del dit Regent dita Cancelleria, en lo quai se hajen de continuar y scriure per mans dels matexos jutges de dita real audienda, lurs vots respectivament ab calendari, ferma, e sotascrita de ses mans ab motius juridichs, e que publicada la sentencia, les parts litigants, si voldran, puixen veure y regonecer dits vots, y haver y pendre copia de aquells: la quai los ha ja de ser dinada per qualseuol scriva de manament, y que lo dit Regent y altres doctors de dita real audiència no y puixen fer obstacle ne impediment aigu.» (cap. XXXIII, in: *Purs, Capitols, Provisions e actes de Cort, fets y atorgats per... Key Don Philip...: en les Corts generais per aquell celebrades als regnicols de la ciutat y regne de Valencia, en la vila de Monço, en lo any M.D.LXIII*, Valencia 1565, in: *Fori Kegni Valentiae II*, Valencia 1607).

⁽¹⁸⁸⁾ Die beiden entscheidenden Anordnungen sind diejenigen für die *Audienda* von Cataluna (1742) und die *Audienda* von Mallorca (1778): «Tambien se arreglaràn al tenor de dicha Real Provision de treinta y uno de Octubre de mil setecientos treinta y seis, dando y pronunciando las sentencias, y Provisiones sin motivos algunos en hecho, ni en derecho» (*Ordenanças de la Keal Audienda*

Das Königreich Spanien bietet allerdings gleichzeitig ein anschauliches Beispiel dafür, wie die normativen Bestimmungen während des **Anden Régime** von Territorium zu Territorium divergierten. Was in Aragón geboten war, wurde in Kastilien verboten. Es existieren eine Reihe von Vorschriften, die sowohl den Mitgliedern des **Consejo Real** in Madrid als auch den Richtern der großen **Chancillerias** strengste Geheimhaltung auferlegten, insbesondere aber die Niederschrift der **rationes** untersagten ⁽¹⁶⁷⁾. Der Valencianer Jurist Lorenzo Mateu y Sanz faßte 1677 folgendermaßen zusammen: «... addi potest praxis universi Regni Castellae, cum adiacentibus, in quorum Tribunalibus tam Supremi quam infimis, sententiae proferuntur absque aliquo motivo, razione, vel causa...»⁽¹⁶⁸⁾. Es nimmt nicht Wunder, in den der spanischen Krone zuzurechnenden Königreichen von Neapel und Sizilien wie auch im Herzogtum Mailand analoge Verhältnisse anzutreffen. So wehrte man sich bei den höchsten neapolitanischen Gerichten bis zum Jahre 1774 erfolgreich mit dem Hinweis auf die Unantastbarkeit obrigkeitlicher Entscheidungen des Herrschers gegen die Einführung des Motivationszwanges ⁽¹⁶⁹⁾. Ähnlich ist die Lage in Frankreich. Nach der

*de el Principado de Cataluña mandadas imprimir por su Magestad, Barcelona 1742 tit. 6, ord. CXLV); Real Cédula Carlos' III vom 23.6.1778, abgedruckt in *Novísima Recopilación* Madrid 1805, 11.16.8: «Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica ,que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar à cabilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extension de las sentencias, que vienen á ser resúmen del proceso, y las costas que á las partes se siguen; mando, cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose á las palabras decisórias, como se observa en el mi Consejo, y en la mayor parte de los Tribunales del reyno; y que á exemplo de lo que va prevenido á la Audiencia de Mallorca, los Tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen motivar las sentencias, como hasta aqui, con los vistos y atentos, en que se referia el hecho de los autos, y los fundamentos alegados por las partes; derogando, como en esta parte derogo, el auto acordado 22. tit. 2. lib. 3 duda I.ª R., ú otra qualquiera resolucion ó estilo que haya en contrario».*

(W7) cf ^{zum} Beispiel: *Nueva Recopilación*, Madrid 1772, 2.4.5 und 2.5.42.

⁽¹⁶⁸⁾ Lorenzo Mateu y Sanz, ... Laurentij Matthaeu et Sanz ... *Tractatus de regimine Regni Valentiae, sive selectarum interpretationum ad principales foros ejusdem*, Lugduni 1677, III Caput XII § I n 26; zu Leben und Werk dieses spanischen Juristen cf. Rafael Gibert, *Historia general del derecho español*, Granada 1968, pp. 405-406.

⁽¹⁶⁹⁾ Cf. Ascheri, *Italien* (N. 10), Abschnitt I A 5 b aa-cc. Interessanterweise lagen die Verhältnisse in Sardinien anders.

grundlegenden Arbeit von Tony Sauvel (*Histoire du jugement motivé*)⁽¹⁷⁰⁾ konnte kein Zweifel mehr daran bestehen, daß die französischen Richter jener Epoche ihre Urteile den Parteien unbegründet übergaben. Jüngst publizierte Forschungsergebnisse können dieses Resultat zwar im Detail ergänzen, ansonsten aber nur bestätigen⁽¹⁷¹⁾. Was das deutsche Reich nach der Rezeption der gelehrten Rechte bis zum Jahre 1806 angeht, war die prozeßrechtliche Situation in diesem Punkt uneinheitlich. Soweit die Rechtslage beim Reichskammergericht und Reichshofrat in Betracht kommt, wurde zwar das Aufnotieren von Gründen im Einzelfall angeordnet, aber — und auf diese Feststellung ist entscheidendes Gewicht zu legen — das geschah grundsätzlich nur zur internen Unterrichtung der Beisitzer. Hierher gehören die Vorschrift, die obersten Gerichtssekretäre (Pronotarien) sollten im Falle eines Meinungsstreits zwischen den Richtern die Gründe der das Urteil tragenden Mehrheit des Kollegiums in das «Raths-Protocoll» eintragen (Reichskammergerichtsordnung von 1588, 1.28.3)⁽¹⁷²⁾, wie auch eine Verordnung von 1714, wonach die Parteien zwar das «factum» der richterlichen Relationen erhalten konnten, die vor dem Reichshofrat erstatteten Voten ihnen aber vorzuenthalten waren⁽¹⁷³⁾. In den deutschen Territorien kannte man ebenfalls die Protokollierung der Gründe; das Urteilsbuch diente jedoch allein dem internen Gerichtsgebrauch. Wenn der Jüngste Reichsabschied (§ 61) aus der Mitte des 17. Jahrhunderts festlegte, der *iudex a quo* habe für den Fall der Appellation dem Reichskammergericht seine *rationes decidendi* zuzuschicken — was in zahlreiche Partikularrechte für die Anfechtung untergerichtlicher Judikate einging—, dann spricht auch

⁽¹⁷⁰⁾ Tony Sauvel, *Histoire du jugement motivé*, in: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 61 (1955) 5-53.

^(m) Cf. John P. Dawson, *The Oracles of the law*, Ann Arbor 1968, p. 302; den besten Überblick bietet jetzt: Walter, *Französische Rechtsprechung* (N. 10), p. 55-62.

⁽¹⁷²⁾ Für *Decreta* auf *Supplicationes* in wichtigen oder auch «zweifelhaften Sachen» hatte bereits ein Reichsabschied von 1566 (§ 94) angeordnet, daß bei ihnen die *Motiva* aufgeschrieben werden sollten, damit sich die Beisitzer bei späteren, analogen Supplikationen «der vorigen Motive erinnern»; cf. *Neue und vollständige Sammlung der Reichs-Abschiede* III, Frankfurt am Main 1747, p. 211 ss.

⁽¹⁷³⁾ Cf. Nummer 11 der Verordnung Karls VI. «wegen des Reichs-Hof-Raths», abgedruckt in: *Sammlung der Reichs-Abschiede* (N. 172), Zugabe zu IV, p. 78 ss. (81).

hieraus der Grundsatz: die Motive mußten vor den Prozeßbeteiligten geheim gehalten werden. Als zu Anfang des 18. Jahrhunderts einige deutsche Staaten die Begründungspflicht für alle gerichtlichen Entscheidungen einführten, standen solche Anordnungen neben gleichzeitig ausgesprochenen Verboten⁽¹⁷⁴⁾.

3. Die unübersehbaren lokalen Divergenzen lassen für die Rechtswissenschaft, soweit sie sich dieser Frage annahm, gleiches erwarten. Und doch ist das Gegenteil der Fall. Während sich die Gesetzgebung der verschiedensten europäischen Staaten entweder für oder gegen die Motivationspflicht aussprach und es infolgedessen zu der geschilderten Mannigfaltigkeit kommen mußte, gelang es dem zeitgenössischen rechtswissenschaftlichen Verständnis, dieses Phänomen an einem Bezugspunkt zu messen. Es wird den Kenner der europäischen Rechtskultur jener Tage nicht erstaunen, von der Einheitlichkeit der durch geschulte Juristen geführten Diskussion zu erfahren. Trotzdem: Der heutige, zumeist auf das nationale Recht fixierte Betrachter sieht im Einzelfall stets aufs neue im Banne der Kommunikationsgemeinschaft der Länder, in denen die gelehrten Rechte dominierten. Der hier angeschnittene Problemkreis erweist ein weiteres Mal, wie es ihnen gelang, unter Rückgriff auf die legislatischen und kanonistischen Legaltexpte und das diesen immanente Arsenal allseitig anerkannter Argumente die partikularen Differenzen in größere Zusammenhänge zu stellen, um sie aus der Einheit der Rechtsordnung des *ius commune* zu rechtfertigen.

Wer die Rechtsliteratur hiernach befragt, stellt bald fest, daß die Debatte über die Notwendigkeit, gerichtliche Entscheidungen zu begründen, im wesentlichen um die Kapitel «Sicut nobis»⁽¹⁷⁵⁾ und «Cum Bertholdus»⁽¹⁷⁶⁾ im zweiten Buch des *Liber Extra* sowie das Ulpianfragment D 42.1.59 pr. kreiste. Als zentrale Stelle galt aber der Kanon «Sicut nobis», wonach sich Innozenz III. nicht gegen die an manchen Orten konstatierte Gewohnheit wandte, die das Urteil tragenden Gründe zu nennen. Er wie auch die spätere

⁽¹⁷⁴⁾ Hierfür nunmehr grundlegend: Gehrke, *Rechtsprechungs- und Konsilienliteratur* (N. 10), p. 45-60.

⁽¹⁷⁶⁾ X 2.27.16.

⁽¹⁷⁶⁾ X 2. 27.18.

kanonistische Prozeßrechtsdoktrin ⁽¹⁷⁷⁾ sahen letzten Endes die Rechtfertigung hierfür in der unantastbaren richterlichen Autorität. **Sedes materiae** dafür war X 1.9.6: «tanta sit iudicialis auctoritas, ut semper pro ipso praesumi debeat», was dem Satz «propter auctoritatem iudiciariam, praesumi debet omnia legitime processisse» in c. «Sicut nobis» entsprach. Folgerichtig schloß man, es sei töricht (fatuus), den Parteien mitzuteilen, welche Motive den Spruch bestimmten; der Hinweis auf die drohende Nichtigkeit des Urteils bei Nennung eines rechtlich anfechtbaren Grundes ließ die Richter nicht nur aus Bequemlichkeit auf die Angabe von Entscheidungsgründen verzichten. Damit sind bereits in etwa alle Argumente vorgestellt, die über Jahrhunderte das unter Mißachtung territorialer Grenzen zwischen den rechtswissenschaftlich Gebildeten geführte Gespräch prägten.

Die Argumentation verläuft zunächst im Prinzip dort kongruent, wo die Partikulargesetzgebung die Urteils-motivation verlangte. Dabei vergegenwärtigte man sich die gemeinrechtliche Ausgangssituation, um schließlich der heimischen Regelung aufgrund ihres statutarischen Charakteres den Vorzug zu geben. In der **Practica lusitana** des portugiesischen Advokaten Manuel Mendes de Castro (f 1623) lautet die entscheidende Stelle: «Judex in sententia debet exprimere causas, quibus nititur ad ita iudicandum ex nostra consuetudine lib. 3. tit. 66. § 7 (= **Ordenações Filipinas** 3.66.7) correcto in hoc jure communi in cap. cum Bertholdus de re jud. (X 2.27.18) quae jura communis opinio est non esse necessarium quod causa exprimat...»⁽¹⁷⁸⁾. Bei einigen aragonesischen Juristen liest man im Grunde ähnliches : José de Sessé y Pinol hielt der gemeinrechtlichen **communis opinio** die statutarische Vorschrift von 1547, Lluís de Peguera

⁽¹⁷⁷⁾ Cf. Guilelmus Durantis, Durandi ... *Speculum juris* ... Francoforti 1612, 2.3.5 n 13-14 und Francesco Vivio, *Communium opinionum doctorum utriusque censurae ... auctore ... Francisco Vivio ab Aquila ...*, in *Communes sententiae sive opiniones iurisconsultorum ...*, Lugduni 1567, v. «Iudex non tenetur exprimere causam in sententia»; beide Autoren wurden bewußt aus dem Kreis der einschlägigen Stimmen hervorgehoben, da Durantis als der große Kompilator der Prozeßrechtswissenschaft seiner Zeit anzusehen ist (cf. Knut Wolfgang Nörr, Die Prozeßliteratur (III: Guilelmus Duranti, in: Coing (ed.), Handbuch (N. 1) I, 5. Abschnitt) und der Italiener Francesco Vivio (1532-1616) beabsichtigte, Kontroversen und die herrschende Meinung darzustellen.

⁽¹⁷⁸⁾ Manuel Mendes de Castro, *Practica lusitana* ab Emmanuele Mendes de Castro... I, Olyssipone 1619, 3.17.

das «ius Cathalonie» mit der Konstitution von 1510 und Mateu y Sanz das anderslautende valencianische Foralrecht von 1564 entgegen⁽¹⁷⁹⁾. Auch in der Florentiner Rechtsprechungssammlung des Auditor Rotae Hieronymus Magonius (1530-1596) wird entsprechend argumentiert: «Motiva seu decisiones Florentiae sunt pars sententiae cum lex loci mandet motiva dari ...»⁽¹⁸⁰⁾.

In welchem Umfang hierbei die ausländische Literatur herangezogen und an der eigenen Ansicht gemessen wurde, zeigt sich besonders deutlich bei dem valencianischen Juristen Mateu y Sanz und seinem portugiesischen Zeitgenossen, dem für seine erschöpfende Zusammenstellung kontroverser, die Praxis interessierender Rechtsansichten bekannten Kanonisten Agostinho Barbosa (1590-1649)⁽¹⁸¹⁾. Ihre Übersichten zum Meinungsstand weisen einmal auf den Stellenwert der Motivationsdiskussion hin; im übrigen orientieren sie über Autoren, die in Territorien beheimatet waren, in denen die Urteilsbegründung nicht zur Pflicht erhoben wurde und die deshalb frei von lokalen Zwängen die in Rede stehende Problematik abhandeln konnten. Verfolgt man nämlich die beispielsweise bei Barbosa zitierten Allegationen in all ihren Verästelungen, dann zeigt sich: die vom Richter dem Tenor beigefügten Gründe wurden als Erklärung seiner Entscheidung verstanden. Wie die soeben angeführten Aragonesen den *motiva* deklarative Bedeutung zumaßen und ihnen deshalb den Status einer *pars sententiae* zuerkannten⁽¹⁸²⁾, so sah Barbosa gemäß den von ihm bei der

⁽¹⁷⁹⁾ Cf. José de Sessé y Pinol, Josephi de Sesse ... *decisionum Regii Regni Aragonum et Curiae Domini Iustitiae Aragonum causarum civilium et criminalium* III, Caesaraugustae 1624, 314 n 79 und 334 n 1; Lluís de Peguera, *Practica criminalis et ordinis iudicarii civilis... auctore ... Ludo vico a Peguera*, Barcinone 1603, Rubr. 24 n 5; Mateu y Sanz, *De regimine Regni Valentiae* (N. 168), III Caput XII § I n 21.

⁽¹⁸⁰⁾ Hieronymus Magonius, *Decisiones caussarum Rotae Florentinae ...*, Francofurti 1600, 54 n 1.

⁽¹⁸¹⁾ Zu Mateu y Sanz cf. N. 168, n. 21. Gemeint: Augustini Barbosa... *Collectanea doctorum tam veterum quam recentiorum in jus pontificium universum* I, Lugduni 1716, zu X 2.27.16 n 2; zu Barbosa und seinen kanonistischen Schriften cf. Johann Friedrich von Schulte, *Die Geschichte der Quellen und Fiteratur des canonischen Rechts*, III 1 : *Von der Mitte des 16. Jahrhunderts bis zur Gegenwart*, Stuttgart 1875 (Nachdruck Graz 1956), pp. 746-747.

⁽¹⁸²⁾ Cf. oben p. 137, insbesondere Sessé y Pinol, *Decisiones* (N. 100) 290 n 6 und 334 n 1 und den Bericht des Verfassers (N. 10), Abschnitt II.

Erläuterung von c. «Sicut nobis» herangezogenen juristischen Autoren etwa aus Italien (Antonius Thesaurus und Jacobus Menochius) und Deutschland (Berhard Greven) die Motivationsfrage als Unterfall des Problems an, wie weit es dem Richter gestattet sei, seinen oder dem Spruch anderer rechtsprechender Institutionen ergänzende Anmerkungen hinzuzufügen. Wenn Barbosa das Traktat *De poenis temperandis* von André Tiraqueau (1488-1558) ⁽¹⁸³⁾ erwähnte, dann wurde hiermit der zweite Aspekt angesprochen. Diese Stelle belegt hinreichend, wie man noch um die Mitte des 16. Jahrhunderts der schon bei Durantis ⁽¹⁸⁴⁾ anzutreffenden Argumentation verhaftet blieb. Sie bildet gleichsam einen Brückenschlag zu den Äußerungen eines Benedikt Carpzov (1595-1666) ⁽¹⁸⁵⁾ und Samuel Stryk (1640-1710) ⁽¹⁸⁶⁾. Den Hallenser Zivilrechtsprofessor Stryk, der mit seinem Hauptwerk *Usus modernus Pandectarum* einer ganzen Epoche rechtswissenschaftlichen Denkens ihren Namen verlieh, sieht man unter Bezugnahme auf Carpzov den Stichpunkt «De rationibus decidendi» noch mit den gleichen gemeinrechtlichen Argumenten behandeln, wie es bereits Jahrhunderte vor ihm Juristen vieler Länder Kontinentaleuropas taten.

IV

Mit der Frage nach der Autorität der von den höchsten portugiesischen Gerichten gefällten Entscheidungen wenden wir uns zum Abschluß dem wohl schwierigsten Problem zu. Eine solche Stand-

⁽¹⁸³⁾ Andreas Tiraquellus, *De poenis legum ac consuetudinum, statorumque temperandis, aut etiam remittendis, et id quibus, quoique ex causis*, in: Andreae Tiraquelli ... *tractatus varii*, Lugduni 1587, praefatio n 53 ss.; zu Leben und Werk des Kommentators der *Coutume de Poitou* cf. Jacques Bréjon, *Un jurisconsulte de la Renaissance – André Tiraqueau* (1488-1558), Paris 1937.

⁽¹⁸⁴⁾ Cf. oben p. 135 N. 177.

⁽¹⁸⁵⁾ Zu seinen Werken und seine Schriften cf. R. Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* II, München und Leipzig 1884, pp. 55-100.

⁽¹⁸⁶⁾ Samuel Stryk, *Introductio ad praxin forensem caute instituendam cum collegio practico*, Wittebergae 1733; zu Stryk cf. Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III 1, München und Leipzig 1898, pp. 64-70. Zur Entwicklung der hier besprochenen Diskussion im Deutschen Reich – bis hin zum Anfang des 19. Jahrhunderts – cf. Gehrke, *Rechtssprechungs- und Konsilienliteratur Deutschlands* (N. 10), pp. 56-59.

ortbestimmung kann — wie bereits angedeutet — beim heutigen Wissensstand noch nicht abschließend vorgenommen werden. Unsere Bemerkungen sind deshalb als ein Versuch zu sehen, in vergleichender Sicht einige Aspekte aus der weiten Thematik herauszuheben, damit die spezifische Bedeutung des Richterrechts innerhalb der portugiesischen Rechtsordnung des *Ancien Régime* zu erhellen und hiermit schließlich einen Beitrag zur noch nicht geschriebenen Geschichte des kontinentalen Präjudizwesens zu leisten.

1. Esser betonte unter Beachtung des historischen Entwicklungsprozesses, die Ausprägung von Rechtsgrundsätzen sei auf dem Kontinent kein einzelner legislativer Akt der höchsten Gerichte ; sie sei vielmehr ein stetig fortschreitender Vorgang, in welchem Präjudizien von engerer und weiterer Bedeutung allmählich zur Reife einer Grundsatzentwicklung, zur Anerkennung eines mit der stehenden Rechtsprechung zutage tretenden, der ferneren Modellierung unterworfenen materiellen Rechtsprinzips gebracht werden ⁽¹⁸⁷⁾. Andererseits erinnert sich gerade der deutsche Betrachter an einen Gesetzesentwurf aus dem Jahre 1931, das Reichsgericht zu ermächtigen, über streitige oder zweifelhafte Fragen des Reichsrechts bindende Rechtssprüche zu erlassen, welche die Reichsregierung ohne Begründung im Reichsgesetzblatt veröffentlichen sollte (§§ 1 und 4 Abs. 3 Gesetz zur Förderung der Rechtssicherheit) ⁽¹⁸⁸⁾. Die Rechtsgeschichte — und nicht zuletzt diejenige Portugals — lehrt überdies, daß aus dem gleichen Motiv (*ius certum*) eine Reihe analoger Lösungen in mehreren europäischen Staaten im hier in Betracht kommenden Zeitraum gesucht und erprobt wurden.

Für Portugal begründete der *Alvará* vom 10. Dezember 1518 das Verfahren authentischer Interpretationen umstrittener Rechtsregeln durch die vom König damit betrauten Obergerichte (*Assentos*):

E assi havemos por bem, que quando os ditos Desembargadores teverem alguma duvida em algũa nossa Ordenação do entendimento dela, em que sejam desvairados, vão com a dita duvida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os

⁽¹⁸⁷⁾ Esser, *Grundsatz und Norm* (N. 6), p. 279.

⁽¹⁸⁸⁾ cf. Blomeyer/Gerland/Zeiler, *Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Rechtssicherheit*, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 36 (1931) 1348-1351.

Desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que hi for determinado, se poerá sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em dúvida, que ao Regedor pareça que he bem de nola fazer saber, per a nós logo determinarmos, no lo fará saber, pera nós nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, serão suspensos atee nossa mercê ⁽¹⁸⁹⁾.

Die Regelung fand Aufnahme in den **Ordenações Manuelinas** (5.58.1) :

E assi avemos por bem, que quando os Desembargadores que forem no despacho d'algum feito, todos, ou algum déliés tiverem alguma duvida em alguma Nossa Ordenaçam do entendimento delia, vam com a dita duvida ao Regedor, o qual na Mesa grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que hi for determinado se poerá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo em duvida, que ao Regedor pareça que he bem de No-lo fazer saber, pera a Nós loguo determinarmos, No-lo fará saber, pera Nós nisso Provermos. E os que em outra maneira interpretarem Nossas Ordenações, ou derem sentenças em alguúm feito, tendo algum delles duvida no entendimento da dita Ordenaçam, sem hirem ao Regedor como dito he, seram suspensos atee Nossa Merce. E a determinaçam que sobre o entendimento da dita Ordençam se tomar, mandará o Regedor escrever no livrinho pera despois nom viir em duvida.

In den **Ordenações Filipinas** (1.5.5) wurde eine bis zum Jahr 1769 währende Übung konfirmiert: entstanden bei einem Prozeß bezüglich der Auslegung der königlichen **Ordenações** Schwierigkeiten, dann waren die Richter der **Casa da Suplicação** sowie der **Relações** von Porto,

⁽¹⁸⁹⁾ Cf. Henrique da Gama Barros, *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*, tomo I, ²Lisboa 1945, p. 137 Note 2. Der Text ist abgedruckt bei: João Pedro Ribeiro, *Dissertações chrono logicas e criticas sobre a historia e jurisprudência ecclesiastica e civil de Portugal publicadas por ordem da Academia Real das Sciendas de Lisboa* IV 1, ²Lisboa 1867, Appendice de Documentos N.X.

Bahia, Rio de Janeiro ⁽¹⁹⁰⁾ und Goa berechtigt, hierüber eine Plenarentscheidung (**Mesa Grande**) herbeizuführen und den anstehenden Rechtsstreit in diesem Sinne zu entscheiden; die autoritativen Interpretationen waren in einem speziellen Buch (**Livro Verde, Livro dos Assentos da Relação do Porto**) zu notieren, um in analogen Fällen herangezogen werden zu können. Die **Lei da Boa Razão** vom 18. August 1769 stellte klar, daß allen bisherigen und zukünftigen Assentos Gesetzeskraft zukomme ⁽¹⁹¹⁾, diese zu publizieren seien ⁽¹⁹²⁾ und von nun ab lediglich die **Casa da Suplicação** in Lissabon die **Ordenações Filipinas** auslegen dürfe ⁽¹⁹³⁾.

Von den zeitgenössischen Einrichtungen anderer Länder seien einige signifikante Beispiele ausgewählt, um sie im Anschluß daran mit den portugiesischen **Assentos** zu vergleichen. Aus dem Nachbarstaat — dem Königreich Spanien — sind jedem, der mit der **Nueva Recopilación** arbeitete, die **Autos acordados** des **Consejo Real de Castilla** ein Begriff. Der spätere Philipp II. gab auf den **Cortes** von Valladolid (1555) dem Drängen der Stände nach, die «cartas acordadas» des Real Consejo zu drucken; sie sollten ihren Platz in der «recopilación de las leyes» finden ⁽¹⁹⁴⁾. Die **Cortes** von

(19^o) Nach Roberto Rosas — Universidade Brasilia — *Origem*, cf. N. 8a, hatten die brasilianischen *Assentos* aus der Zeit zwischen 1769 und 1810 zumindest Geltungskraft in Brasilien.

(191) *Lei da Boa Razão* (N. 69) § 4: «(Os Assentos) constituão Leis inalteráveis para sempre...».

(192) Cf. oben die Ausführungen zu den *Assentos-Sammlungen*.

(193) Nach § 8 der *Lei da Boa Razão* (N. 69) waren die aufgezählten «Relações Subalternas» verpflichtet, ihre *Assentos* der «Suprema Relação de Minha Corte» (*Casa da Suplicação*) zur Bestätigung vorzulegen. Zu den *Assentos* cf. außerdem den Bericht des Verfassers (N. 10), Abschnitt I B 1.

(194) «Que se impriman ciertas cartas acordadas. Otrosi, suplicamos a V. M. que las cartas y provisiones que se despachan en en el vuestro real consejo y otros tribunales por cartas acordadas se impriman y esten de molde, para que esten publicas y notorias a todos: porque de no hazerse assi se siguen costas y gastos, y no todos saben que las ay, e ansi no se pueden aprovechar delo en ellas contenido. A esto vos respondemos, que se pondrán en la recopilación de las leyes que se haze las que pareciere que deven ser puestas y conviene esten impressas» ; abgedruckt als «petición VI» in : *Cortes de los antiguos Reinos de Castilla publicadas por la Real Academia de la Historia* V, Madrid 1903, p. 630; Manuel Danvila y Collado (*El poder civil en Lspana* II, Madrid 1885, p. 455) bemerkte hierzu: «La VI contiene el primer dato de elevarse à disposiciones legales los autos acordados del consejo, pidiendo se imprimiesen: el Rey contesto que en

Madrid (1576) mußten sich jedoch erneut hiermit beschäftigen⁽¹⁹⁵⁾. Ab 1723 bildete die Edition der bisher in einem besonderen Buch aufgezeichneten **Acuerdos**⁽¹⁹⁶⁾ einen eigenen, der **Kecopilación** beige-fügten Band⁽¹⁹⁷⁾. Inhaltlich gesehen handelt es sich hierbei um verschiedenartige normative Akte — insbesondere auch Gesetzesinterpretation—, die gesetzesgleiches Ansehen genossen⁽¹⁹⁸⁾. Sie gingen entweder eigenverantwortlich vom **Consejo** selbst oder aber auf seine Beratung hin vom König aus.

Einschlägiger ist hingegen die legislative Tätigkeit des **Justicia mayor de Aragon**, ab 1528 unterstützt von seinem **Consejo**⁽¹⁹⁹⁾. Anläßlich der Versammlung der **Cortes** von Aragón in Zaragoza im Jahr 1348 wurde beschlossen, daß alle Zweifelsfragen «de Foro, Privilegio libertatibus, usibus et consuetudinibus dicti Regni» von den Richtern und sonstigen Beamten an den **Justicia** heranzutragen seien⁽²⁰⁰⁾. Kraft seines ihm verliehenen Interpretationsmonopols

la recopilación de las leyes se insertarían los autos acordados del consejo que lo merecieran». Beide Angaben verdanke ich dem freundlichen Hinweis von Herrn Dr. Antonio Pérez Martín, zur Zeit Frankfurt am Main.

⁽¹⁹⁶⁾ «En muchos de los lugares destos reynos dexan de executarse las buenas y justas ordenes que vuestra Magestad ha mandado dar, por no tener noticia de lo que está provehido en muchas cosas y casos; por lo qual, será servicio de vuestra Magestad y beneficio público, que todas las cartas acordadas en vuestro Consejo, se impriman, y delias se haga un volúmen, para que pueda venir à noticia de todos lo que han de hazer y guardar, sin que sea necesario para ello acudir à esta córte. Suplicamos à vuestra Magestad asi lo mande.

Á esto vos respondemos: que mandamos á los del nuestro Consejo traten desto y nos consulten lo que en ello parecerá»; abgedruckt als «petición XII» in: *Actas de las Cortes de Castilla, publicadas por acuerdo del Congreso de los Diputados à propuesta de su comisión de Gobierno Interior V*, Madrid 1865, p. 40.

⁽¹⁹⁶⁾ Cf. *Nueva Kecopilación* (N. 166) 2.4.62.17.

⁽¹⁹⁷⁾ Bei der von mir benützten Ausgabe — Madrid 1772 — enthält Band III «... Autos acordados que contiene nueve libros por el orden de titulos de las leyes de Recopilación» (Titelblatt). Zu den *Autos acordados* cf. Jesús Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al derecho espanol*, Barcelona 1970, Nr. 288.

⁽¹⁹⁸⁾ Cf. Fritz Walsert (ed.: Rainer Wohlfeil), *Die spanischen Zentralbehörden und der Staatsrat Karls V. (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, philologisch-historische Klasse, Dritte Folge Nr. 43)*, Göttingen 1959, p. 207.

⁽¹⁹⁹⁾ Zu seiner Organisation im *Anden Régime* cf. Rafael Gibert, *Historia general del derecho espanol*, Granada 1968, p. 299, 307 und immer noch wertvoll: Carlos Riba, *El Consejo Supremo de Aragón en el reinado de Felipe II*, Valencia 1914, pp. XXII-XXIII.

⁽²⁰⁰⁾ *Qf Dueros y observandas del Keyno de Aragón*, Caragoça 1624, lib. I fol. 25^rv (Quod in dubiis non crassis Regens officium Gubernationis, et alij

gab dieser daraufhin jeden bindende Auskünfte. Diego Prudencio Franco de Villalba — Richter zu Anfang des 18. Jahrhunderts an der **Audienda** von Zaragoza — beschrieb ihre Wirkung in seinem Kommentar des aragonesischen Foralrechts mit «... consultatio seu responsio Cur(iae) Justitiae Arag(onum) pro Lege seu Foro habetur»; die gemeinrechtliche Rechtfertigung hierfür suchte und fand er in C 1.14.8 («Non ambigitur Senatium ius facere») ⁽²⁰¹⁾.

Im Fürstentum Piemont übertrug ein Erlaß von Carlo Emanuel I. aus dem Jahr 1582 dem Senat von Turin die Aufgabe, rechtliche Zweifel mit bindender Kraft für jedermann zu entscheiden: «Ordiniamo al Senato nostro, che sempre che gli occorrera caso controverso in ragione, che alcuni chiamano arbitrario, le due Classi unite Phabbiano à decidere». Gegen den Spruch des Senats gab es kein Rechtsmittel, er galt wie ein Gesetz: «... la qual decisione vogliamo che alPawenire, come Legge s'osservi, senza che piu s'habbia da mettere in dubbio, nè chiamar revisione alcuna o per simili questioni altri di nuovo venir in Giudicio». Aber bereits am 22. Januar 1619 widerrief Carlo Emanuel I. die Verordnung von 1582 und behielt sich selbst die Entscheidungsbefugnis vor: «La decisione de' casi arbitrij nelle Cause ardue, e dubbiose saranno, riservate à Noi..., mandandoci però il Senato il sue parere» ⁽²⁰²⁾.

Im Falle Frankreichs ist an die **Arrêts de reglement** zu denken. Die souveränen **Parlements** verkündeten sie in feierlicher Form;

officiales teneantur consulere Iustitiam Aragonum); eine knappe, aber gute Darstellung bei: Luis G. de Valdeavellano, *Curso de historia de las instituciones españolas — De los orígenes al final de la Edad Media*, Madrid 1968, pp. 571, 574-576. Für spätere Einschränkungen dieses allgemeinen Rechts der Anfrage an den Justicia cf. Miguel dei Molino, *Repertorium fororum et observantiarum Regni Aragonum*, Caesaraugustae 1513 (benutzte Auflage: Caesaraugustae 1585), v. «Consultatio».

⁽²⁰¹⁾ Diego Prudencio Franco de Villalba, *Fororum ac observantiarum Regni Aragonum Codex enodata methodica compilatio iure civili et canonico fulcita legibus Castellae conciliata atque omnigena eruditione contexta ... auctore ... Didaco Franco de Villalba*, Caesaraugustae 1727, lib. I, tit. «Quod in dubijs non crassis...» (pp. 91-92).

⁽²⁰²⁾ Die Erlasse sind abgedruckt bei: Giovanni Battista Borelli (ed.), *Fditti antichi e nuovi de Sourani Prencipe della Real Casa di Savoia dello loro Tutrici e de Magistrati di quà da' Monti*, Torino 1681, 1.27 in fine (p. 67). Hierauf hingewiesen haben: Gorla, *Präzedenzentscheidungen* (N. 7), p. 108 und Ascheri, *Italien* (N. 10) I A 4.

bezeichnenderweise trägt die Sammlung von Jacques de Montholon (1560-1622) den Titel «Arrests de la Cour prononcez en robes rouges»⁽²⁰³⁾. Sie beruhen zumeist auf juristischen Kontroversen, die anlässlich eines Einzelfalles erneut aufgebrochen waren und jetzt nach gemeinsamer Beratung der Senate in dem einen oder anderen Sinn all verbindlich entschieden wurden. Traf der französische König in einer späteren **Ordonnance** eine gleich- oder anderslautende Regelung, dann war das entsprechende **Arrêt de reglement** außer Kraft gesetzt; zeitlich jüngere **Arrêts** hoben ältere auf⁽²⁰⁴⁾.

Die unlängst veröffentlichte Abhandlung Mohnhaupts⁽²⁰⁵⁾ über die **Potestas legislativa im Anden Régime** rief die von dem deutschen Publizisten Johann Stephan Pütter (1725-1807)⁽²⁰⁶⁾ mehrfach analysierten **Decreta communia** des Reichskammergerichts⁽²⁰⁷⁾ in Erinnerung. Auch hier war legislative Macht im Ergebnis an ein Gericht delegiert worden — obwohl die im Auftrag des Kaisers und Reichstags tätigen Visitationskommissionen die für die «dubia cameralia» getroffenen Plenarentscheidungen noch am geltenden Reichsrecht zu messen hatten. Ein Beispiel aus dem Kurfürstentum Sachsen mag die Aufzählung beschließen. Wie aus der Entstehungsgeschichte der **Constitutiones Saxonicae** von 1572 — ein die Endstufe der Rezeption der gelehrten Rechte in Deutschland markierendes Landrecht — folgt, basierte dieses Gesetz weitgehend auf einer Übereinkunft der Mitglieder des Leipziger und Wittenberger Schöppenstuhls. Also auch hier waren es Richter, die letztlich streitige

(203) Es handelt sich um *Arrêts de règlement des "Parlement de Paris* aus der Zeit zwischen 1580 und 1621; Walter, *Französische Rechtsprechung* (N. 10), p. 185, gibt die erste der fünf Auflagen mit Paris 1622, die letzte mit Paris 1655 an.

(204) Neueste Übersicht bei Walter, *Französische Rechtsprechung* (N. 10), pp. 32-34; wichtig weiterhin Yves-Louis Hufteau, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi (Travaux et recherches de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris, série «Droit privé», Nr. 2)*, Paris 1965, pp. 15-16.

(205) Heinz Mohnhaupt, *Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Anden Régime*, in: *Ius Commune (Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main)* 4 (1972) 188-239 (insbesondere: 229).

(206) Johann Stephan Pütter, *Institutiones iuris publici Germanici*, Goettinae 1782, § 273 (mit weiteren Hinweisen); zu Leben und Werk Pütters cf. Landsberg, *Geschichte* (N. 186), insbesondere pp. 331-354.

(207) Zur Organisation und Verfassung des Reichskammergerichts cf. Hermann Conrad, *Deutsche Rechtsgeschichte, II: Neuzeit bis 1806*, Karlsruhe 1966, pp. 161-165 (mit weiteren Literaturangaben).

Rechtsfragen durch Vergleich ausräumten und deren Entscheidungen normative Kraft Zuwachsen sollte⁽²⁰⁸⁾.

Obwohl die Parallelität der aufgezeigten Phänomene augenfällig ist, seien zum Abschluß dieser Frage einige Momente unterstrichen. Zunächst ist es stets das gleiche Motiv der Rechtssicherheit, welches die geschilderten Einrichtungen initiierte. In Portugal wurden die **Assentos** gefällt und aufnotiert, «para depois não vir em duvida» (**Ordenações Filipinas** 1.5.5). Dementsprechend war auch jede spätere Änderung untersagt⁽²⁰⁹⁾, es sei denn «em algum caso houvesse nelles injustiça tão notoria, que sem grande damno e offensa da razão se não pudessem guardar»⁽²¹⁰⁾. Die kastilianischen Stände sahen ihre Forderung nach Druck der **Autos acordados** im Zusammenhang mit ihrem Postulat «Que se declaren ciertas leyes»⁽²¹¹⁾. Carlo Emanuel I. übertrug Teile seines Gesetzgebungsmonopols in der Hoffnung, die «dubbietà delle questionii» — die eine unerträgliche Häufung der Prozesse nach sich ziehe — sei hiermit zu beheben; der streitschlichtende Spruch des Senats sei für alle Zeit jeglicher Diskussion entzogen («... la ... decisione ... senza che piu s'habbia da mettere in dubio ...»). Die Beschwerde der Städte auf dem Landtag von 1565 über die «ungleichen UrteI» bewogen den Kurfürsten, die Arbeiten für die sächsischen Konstitutionen von 1572 einzuleiten⁽²¹²⁾.

Dagegen differiert der Gegenstand der Streitbeendenden, gesetzsgleichen Entscheidungen. Correa Teiles sah sich offensichtlich bei der Kommentierung der **Fei da Boa Ra^ao** (1769) von einer konträren Praxis zu der Feststellung genötigt: «Por tanto aos Ministros do maior Tribunal da Justiça he sómente permittida a interpretação doutrinal, se tiverem duvida sobre o entendimento de alguma Lei Romana, que a essas se não estende a determinação da

(208) cf. Wolfgang Kunkel, in: Wolfgang Kunkel — Hans Thieme — Franz Beyerle (ed.): *Quellen %ur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, I 2: Landrechte des 16. Jahrhunderts*, Weimar 1938, p. XXXV ss.

(209) cf. § 8 des *Regimento da Casa da Suplicação* vom 7.6.1605: «... e se faça disto Assento no livro da Relação, para dahi por diante se guardar assi, e se não tornar a dar na mesma duvida» (nach: Freitas (ed.), *Collecção* (N. 19) I 44).

(210) Cf. *Decreto* vom 4.2.1684, abgedruckt in: Freitas (ed.), *Collecção* (N. 19) I 203-204.

(211) *Petición V* der *Cortes* von Valladolid (für die Edition cf. N. 194).

(212) Die Zitate sind den oben nachgewiesenen Texten entnommen.

citada Ord.» (gemeint: *Ordenações Filipinas* 1.1.5)⁽²¹³⁾. *Assentos* existieren folglich nicht **zu** den Streitfragen des Gemeinen Rechts, sondern allein **zu** den *Leis Pátrias*. Insoweit hatte sich der König stets das Interpretationsmonopol Vorbehalten — selbst wenn er es deligierte —, was er beispielsweise den Richtern mit einer *Carta d*el Rei* aus dem Jahre 1616 in Erinnerung rief⁽²¹⁴⁾. Die Kompetenz des *Justicia major* in Aragon war in ähnlicher Weise auf das erst später unter dem Sammelbegriff aragonesisches Foralrecht zusammengefaßte Territorialrecht begrenzt. Bei den anderen Beispielen sind derartige Einschränkungen — sieht man von der allgemeinen Zuständigkeit des ansonsten rechtsprechenden Organs ab — nicht ersichtlich.

2. Jorge de Cabedo (f 1602)— Richter und *Chancelier* an der *Casa da Suplicação* und später *Desembargador do Paço*⁽²¹⁵⁾ — erörterte in seinen weitverbreiteten *Observationes* die Rechtsnatur und Wirkungskraft der *Assentos* y als er sich fragte: «An sententiis senatus standum sit ad similes causas decidendas»⁽²¹⁶⁾. Seiner Meinung nach handelt es sich bei der Bestimmung des Stellenwerts der *Assentos* innerhalb der Rechtsquellenlehre des portugiesischen Königreichs um einen durch die *Ordenações Manuelinas* (5.58.1) eindeutig statuierten Fall: die authentischen Interpretationen gelten «pro lege» und stellen sich damit als eine «limitatio» der Regeln über die präjudizielle Kraft höchstrichterlicher Entscheidungen dar⁽²¹⁷⁾. Cabedo ist einer der beiden portugiesischen Autoren, deren Diskussionsbeitrag zur

⁽²¹³⁾ Teiles, *Commentario* (N. 153), zu § 4 n 19.

⁽²¹⁴⁾ «Posto que tenho por certo, que sem vos fazer esta lembrança, a terieis vos grande de guardar, e fazer guardar inviolavelmente minhas Leis e Ordens, todavia volo hei aqui por mui encomendado ; advertindo, que ninguem tem auctoridade para dispensar nellas, por eu o ter reservado para mim; e que quando seja necessario alterar, interpretar, ou mudar alguma cousa da forma e substancia das ditas Leis e Ordens, o mandarei fazer; e assi o fareis saber particularmente a todos os Tribunaes» (Text nach: Freitas (ed.), *Collecção* (N. 19) IV 25).

⁽²¹⁶⁾ Cf. Silva, *Diccionario* IV (N. 72) 161-162.

⁽²¹⁶⁾ Thema von Decisio 212 in: Cabedo, *Observationes* (N. 73) I.

⁽²¹⁷⁾ Cabedo, *Observationes* (N. 73) I 212 n 6: «Ultima, limitanda est regula praedicta, quod non habeat locum, quando de intellectu alicuius ordinationis dubitatur, eo enim casu senatus cum praefecto praetorio, poterit praedictam legem interpretari, et quod interpretando constiterit, pro lege observabitur, ut disponit Ord. lib. 5. tit. 58 § 1».

Thematik «De autoritate rerum iudicatarum» ⁽²¹⁸⁾ national wie international größte Anerkennung fand. Der andere ist Antonio da Gama, der ebenfalls in der zweiten Hälfte der 16. Jahrhundert als Richter an den beiden höchsten Gerichten Portugals amtierte ⁽²¹⁹⁾. João Martins da Costa verwies 1608 in einer *Annotatio* zu dem Libelltraktat von Gregorio Martins Caminha für diese Rechtsfrage allein auf die Stellungnahmen von Gama und Cabedo⁽²²⁰⁾; und noch 1872 galten sie Ernesto Rodolpho Hintze Ribeiro als die Vertreter der um diese Frage ausgefochtenen Kontroverse ⁽²²¹⁾. Was die übernationale Bedeutung beider Autoren betrifft, genügt es, auf die kleine Abhandlung *De usu et autoritate juris civilis romanorum in dominia principum Christianorum libri duo* von Arthur Duck (1580-1648), einem Mitglied von Doctor's Commons, zu verweisen ⁽²²²⁾. In der 1648 publizierten Schrift, die bald europäischen Rang erringen sollte, allegierte er bei der Erörterung der Präjudizwirkung der *Decisiones Supremarum Curiarum* wiederholt und an entscheidender Stelle die Rechtsprechungssammlungen von Cabedo und Gama, um anhand ihrer Ansichten die Problematik aufzuzeigen; sie waren ihm jeweils die charakteristischsten Verteidiger der konträren Lager ⁽²²³⁾.

Gama berichtete aus der richterlichen Praxis, wenn er sich die Frage vorlegte: «Solet passim apud senatores in dubium verti an in causis iudicandis consideratio habenda sit sententiarum in senatu

⁽²¹⁸⁾ Thema von Caput IX bei: Arthur Duck, *De usu et autoritate iuris civilis romanorum per dominia principum Christianorum*, Londini 1689 (Nachdruck: Bologna 1971).

⁽²¹⁹⁾ Aragão, *Demetrio moderno*, (N. 40), liv. III, cap. VII, p. 137-138.

⁽²²⁰⁾ Cf. Caminha/Costa, *Tratado* (N. 41), *Annotatio* 44.

⁽²²¹⁾ «Da controversia, a este respeito levantada no foro, nos dão idéa Cabedo e Gama» (*Requisitos, natureza e efeitos do Caso Julgado, em face do Direito Portuguez, e da Philisophia do Direito – Dissertação defendida por Ernesto Rodolpho Hintze Ribeiro em Acto de Licenciatura de 8 de Fevereiro de 1872*, Coimbra 1872, pp. 91-92).

⁽²²²⁾ Benützte Auflage: Londini 1689 (Nachdruck: Bologna 1971); zur rechtsgeschichtlicher Bedeutung dieser Schrift cf. Norbert Horn, *Römisches Recht als gemeineuropäisches Recht* bei Arthur Duck, in: *Studien zur Europäischen Rechts geschichte* (herausgegeben von Walter Wilhelm), Frankfurt am Main 1972, pp. 170-180.

⁽²²³⁾ Duck, *De usu et autoritate juris civilis romanorum* (N. 218), 1.9. 1-3 und die einschlägigen Marginalnoten.

latarum in caussis similibus?»⁽²²⁴⁾. Er begründete seine positive Antwort⁽²²⁵⁾ zunächst mit einem Verweis auf den sicherlich angesehensten Kompilator neapolitanischer Rechtsprechung, Matteo d’Afflitto (1448-1528). Dieser informierte über einen Prozeß vor dem **Sacro Regio Consiglio** des Königreichs Neapel, bei dem zur Entscheidung auf ein früheres, einschlägiges Urteil des gleichen Gerichtshofes zurückgegriffen worden war. Seine Rechtfertigung hierfür lautete: «Ideo propter auctoritatem dicte sententie fuit per omnes votatum quod dicta sententia confirmetur»⁽²²⁶⁾. Wir stoßen hier ein weiteres Mal auf den für uns nur noch zu konstatierenden, letzten Endes unbegreiflichen, das Denken der mittelalterlicher Welt jedoch prägenden Begriff der «auctoritas». Andererseits heischte aber derselbe Topos eine Auseinandersetzung mit den römisch-rechtlichen Legaltexten. Gama konzentrierte deshalb seine Aufmerksamkeit auf das Argument der Gegner jeder über den Einzelfall hinausgehenden Bindung. Es ist der dem «texte fondamental» (Coing)⁽²²⁷⁾ der lex «nemo» (C 7.45.13) zugrunde liegende Gedanke «nom exemplis sed legibus iudicandum est» — Ausdruck des über alle Zweifel erhabenen, unantastbaren Monopols des römischen Kaisers, Normen zu setzen und folglich auch zu interpretieren (C 1.14.12.3). Wie Godding⁽²²⁸⁾ und Wagner⁽²²⁹⁾ nachwiesen — und ihre Feststellungen dürfen verallgemeinert werden — setzten sich die zeitgenössischen Juristen des heutigen Belgien (vean Tulden, Stockmans) ebenfalls vorwiegend mit dieser Textstelle auseinander. Sowohl in Portugal wie in den südlichen Niederlanden — wobei Gama und den niederländischen Arrêtisten exemplarische Bedeutung zuzumessen ist — wußte man der lex «nemo» die lex «Si imperialis maiestas» (C 1.14.12 pr.) entgegenzuhalten. «Se fondant sur

⁽²²⁴⁾ Gama, *Decisiones* (N. 78) 228 pr.

⁽²²⁵⁾ Gama, *ibidem*, n 1: «Sed verius est dicere, praedictas sententias semper reverenter observandas esse in decisione similium caussarum, ut inquit Math(eus) de Afflic(tis) decis(io) 45».

⁽²²⁶⁾ Matteo d’Afflitto, *Decisiones Neapolitanae ... Mat(thaei) de Affli(ctis)*, (erste Auflage: Napoli 1499) Lugduni 1537, 45 n 4; eine Übersicht der Druckauflagen mit weiteren Hinweisen nunmehr bei: Ascheri, *Italien* (N. 10), Abschnitt I (*Quellen*).

⁽²²⁷⁾ cf. Coing, *Origine* (N. 6), Abschnitt IV 8b.

⁽²²⁸⁾ Godding, *Origine* (N. 9), p. 30.

⁽²²⁹⁾ Wagner, *Belgische und niederländische Arrêtisten* (N. 10), p. 87.

la loi «Si imperialis majestas», ils assimilent ces arrêts (sc. les arrêts des Cours souveraines), rendus en dernier ressort au nom du Souverain, aux sentences impériales» (Godding) ⁽²³⁰⁾. Unter Anspielung auf C 1.14.12 pr. führte Gama aus: «Neque obstat dict. 1. nemo, quia illa non procedit in sententia superioris senatus vim et robur sententiarum principis obtinenti» ⁽²³¹⁾. Wenn er weiterhin auf den Wert höchstrichterlicher Urteile für die Auslegung der Rechtsquellen hinwies und aus D 1.3.38 den Grundsatz ableitete, im Zweifelsfall sei die lokale **consuetudo** oder eine konstante Rechtsprechung («... rerum perpetuo similiter iudicarum, auctoritatem vim legis obtinere debere») ⁽²³²⁾ heranzuziehen, dann kommt dieser Argumentation im Vergleich dazu lediglich sekundäre Bedeutung zu.

Cabedo setzte mit seinen Erörterungen ausdrücklich bei Gama und Matteo d’Afflito an. Er warf seinem Landsmann vor, bei der Auseinandersetzung mit der lex «nemo» nicht hinreichend zu differenzieren («... 1. nemo ... de cuius intellectu agit Gam(a) d. decis. 228 licet hos casus non distinguat» ⁽²³³⁾). Für Cabedo wie übrigens auch für Arthur Duck⁽²³⁴⁾ gehörte Gama im Gegensatz zu dem Piemontesen Antonio Tesauro (1526-1590) ⁽²³⁵⁾ zu der Gruppe von Juristen, die sich vorbehaltlos dafür ausgesprochen hatten, «sententias senatus pro lege observandas esse ad similes causas iudicandas» ⁽²³⁶⁾. Nach Cabedo hängt es aber von der Präsenz des Königs bei der Urteilsfällung ab, ob den Entscheidungen «vis legis» zuwächst ⁽²³⁷⁾ : «Si autem sententiae senatus proferantur per se, sine praesentia Regis, eo modo... quamvis sub nomine Regis exeant, ut de stylo regni fit, veluti, «Dom Philippe, etc.» et ad finem, «el Rey o mandou per N. do seu desembargo etc.» tunc per se sumptae vim legis non obtinent» ⁽²³⁸⁾. Urteilsformeln, die auf eine Rechtspre-

⁽²⁸⁰⁾ Godding, *ibidem*.

⁽²³¹⁾ Gama, *Decisiones* (N. 78) n. 2.

⁽²³²⁾ Gama, *ibidem*, n 1.

⁽²³³⁾ Cabedo, *Observationes* (N. 73) I 212 n 6.

^(a34) Duck, *De usu et autoritate juris civilis romanorum* (N. 218) 1.9.1.

⁽²³⁵⁾ Antonio Tesauro, *Novae decisiones Sacri Senatus Pedemontani Antonino Tessauro*, (erste Auflage: Aug. Taurinorum 1590) Hamburgi 1608, *Praefatio* n 32; zu dieser Sammlung cf. des näheren Ascheri, *Italien* (N. 10), Abschnitt I (*Quellen*).

^(23e) Cabedo, *Observationes* (N. 73) I 212 n 1.

⁽²³⁷⁾ Cabedo, *ibidem*.

⁽²³⁸⁾ Cabedo, *ibidem*, n 4.

chung im Namen des Herrschers hinweisen, ersetzen nach seiner Meinung nicht die königliche Unterschrift. Francisco Jerónimo de Leon, der bereits erwähnte Richter der **Audienda** in Valencia, legte offensichtlich nicht so strenge Maßstäbe an. Ihm zufolge galten die Gerichtsentscheidungen der **Real Audienda** wie Gesetze «praecipue si in persona Principis proferuntur»⁽²³⁹⁾. Er berief sich hierfür auf die **Practicae conclusiones** des Deutschen Bernhard Greven⁽²⁴⁰⁾, der bei seinen, das Reichskammergericht betreffenden Erläuterungen der Präjudizwirkung auf die eben analysierte Stelle in der Decisionsammlung des Portugiesen Gama Bezug nahm — womit sich der Kreis schließt. Inwieweit die allorts zu beobachtende Herausbildung des absolutistischen Staates solche Überlegungen trug, muß hier dahinstehen. Wir halten fest: die bei Cabedo festgestellte Einschränkung hat ihre Parallelen, wobei die Suche nach ihnen durch eine gleichstrukturierte, da gemeinrechtliche Argumentation erleichtert wird.

Mit einer weiteren Distinktion wurde Cabedo schließlich doch noch der eminenten Bedeutung der Obergerichte im Rechtsleben Portugals gerecht: «Hoc tamen limitandum est, nisi in eadem facti specie, ter, aut quater ita senatus iudicasset, tunc enim ad casus similes eadem erit observatio»⁽²⁴¹⁾. Sein Gewährsmann, der piemontesische Praktiker Tesauro, grenzte in der gleichen Weise ab: entscheidet der Senat von Turin «in classibus congregatis» (Plenarentscheidungen über umstrittene Rechtsfragen)⁽²⁴²⁾, dann kommt seinem Spruch Gesetzeskraft zu; drei oder vier kongruente, auf dem gleichen Sachverhalt fußende Urteile seien «non pro lege, sed pro stylo» zu halten⁽²⁴³⁾. So fanden analoge Institutionen in Piemont und Portugal dank des hier schon öfters beschworenen Kommunikationsprozesses ein und dasselbe rechtliche Verständnis.

Daß sich die von Cabedo propagierten Einschränkungen unter den portugiesischen Richtern und Advokaten durchsetzten, bezeugt

⁽²³⁹⁾ León, *Decisiones* (N. 83) I, «Ad Lectorem» fol. VII^v.

⁽²⁴⁰⁾ Greven, *Practicae conclusiones* (N. 85), *Prooemium* n 27-29: «quinimo decisiones Iudicii Impe. Camer. ... instar legis esse, et pro lege sequendas...».

⁽²⁴¹⁾ Cabedo, *ibidem*, n 5.

⁽²⁴²⁾ Cf. oben p. 142.

⁽²⁴³⁾ Tesauro, *Decisiones* (N. 235), *Praefatio* n 32 in fine.

das Standardwerk der damaligen Praxis, die *Practica lusitana* des 1623 verstorbenen Manuel Mendes de Castro ⁽²⁴⁴⁾. Er stimmte der von Cabedo aufgestellten, von Tesauro entlehnten Lehre über die als *stylus Curiae* anzusehenden Präzidenzien ausdrücklich zu. Wenn er darüber hinaus Übereinstimmung mit den «legibus, rationibus et Regni consuetudine» forderte, so konnte ein solches Argument den praktizierenden Juristen höchstens verunsichern; die rechtliche Diskussion wurde hiermit nicht vorangetrieben, da die Konvenienz des oder der Urteile mit den zu beachtenden Regeln des heimischen oder Gemeinen Rechts vorausgesetzt werden mußte, wollte man ihnen Präjudizcharakter zusprechen. Wer wie Mendes de Castro einer erneuten Überprüfung das Wort redete, öffnete der Rabulistik Tür und Tor und achlug damit der Rechtsunsicherheit eine Bresche.

3. Stand bisher das dogmatische Verständnis von der portugiesischen Rechtsprechung im Mittelpunkt der Betrachtungen, so soll abschließend nach ihrer Autorität gefragt werden. Anders formuliert: es ist in einem ersten Versuch zu eruieren, welches Ansehen die in den zitierten und beschriebenen Entscheidungssammlungen kompilierten Sprüche der obersten Gerichte Portugals genossen. Die interessantere Problematik der praktischen Auswirkung judiziell entwickelter Institutionen — das heißt eventueller richterlicher Rechtsfortbildung — muß beim heutigen Wissensstand hintanstellen. Derartige Resultate setzen Einzelanalysen voraus, die der Verfasser dieser kleinen Studie nicht zu leisten beabsichtigte, denen er vielmehr hiermit den Weg zu bahnen suchte.

Wer die Bedeutung der Rechtsprechung erfassen will, für den empfiehlt es sich, zuallererst die zeitgenössischen Auffassungen anhand der juristischen Literatur zu ermitteln. Und in der Tat lassen sich für Portugal an der Wende von der bartolistischen Jurisprudenz zu einer im wesentlichen durch Pascoal José de Melo Freire dos Reis (1738-1798) repräsentierten, methodologisch gesehen systematischen, bezüglich des materiellen Rechts vorwiegend am nationalen und naturrechtlichen Regelkanon orientierten Rechtswis-

⁽²⁴⁴⁾ Mendes de Castro, *Practica* (N. 178), Conimbricae 1696, p. 209: «Summa decisionum. De auctoritate decisionum Senatus, et quanta, et qualis illa esse debeat». Zum «Estilo» und seinen Voraussetzungen cf. auch Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*, Lisboa 1971, p. 407-413.

senschaft entsprechende Äußerungen konstatieren. Wir denken zunächst an bestimmte Studienanweisungen, wie sie die durch Gesetz vom 28. August 1772 erlassenen — mit dem Namen Pombais verknüpften (***Estatutos pombalinos***) — neuen Statuten für die Universität Coimbra aussprechen. Einschlägig sind von den Vorschriften für die juristische Fakultät diejenigen, die die «Lições de Historia do Direito Civil Romano e Portuguez» des ersten Studienjahres bis ins Detail hinein reglementierten. Danach war der Lehrer gehalten, den Rechtsstudenten die Perioden der «Jurisprudência Forense» einschließlich ihrer Nachteile vor Augen zu führen, um auf diese Weise die Einsicht für eine neue Art von Jurisprudenz zu wecken:

«(4) Distinguirá as tres diferentes idades de Jurisprudência Forense; ou os tres diversos caminhos, e methodos da applicação das Leis, que seguiram os Juristas Pragmaticos. E fara ver, que foi a Primeira a da Authoridade da Glossa; a Segunda a da Opinião communa dos Doutores; e a Terceira a da Observância, ou a das Decisões, Casos julgados, e Arestos. (5) Mostrará os manifestos abusos, que em todas ellas se tem commetido no exercicio da Jurisprudência, e na applicação das Leis aos casos occorrentes no Foro: Fazendo ver, que o verdadeiro, e legitimo meio da sólida, e exacta applicação das Leis ás causas Forenses, consiste precisamente na boa applicação das Regras, e Princípios do Direito aos factos» (245).

Im fünften Jahr des in den Statuten konzipierten Studiums stand die «Aplicação das Leis» im Vordergrund; dabei sollte nicht versäumt werden, die These von den drei Zeitaltern zu demonstrieren (246),

(246) *Estatutos da Universidade de Coimbra do anno 1772, Livro II que contem os cursos juridicos das Faculdades de Canones e de Leis, Lisboa 1773, II 3.8.4.*

(246) *Estatutos* (N. 245) II 6.8.10: «Ensinará: Que houve tempo, no qual, en lugar de se tomarem as Leis, e os Princípios de Direito, por norma constante, perpetua, e inalterável, á qual unicamente se recorresse para a resolução, e decisão dos factos, das Propostas, e das Causas Forenses; sómente servia de norma a autoridade da Glossa: Que houve tempo, no qual, desprezada a Glossa, so se adoptou para Regra e Opinião communa dos Doutores: Que houve tempo, no qual, deixada também a Opinião communa dos Doutores, se governáram os Juristas so pelos Exemplos, Casos julgados, Decisões, e Arestos.»

insbesondere aber die Mangelhaftigkeit der derzeit herrschenden Gerichtspraxis zu unterstreichen:

«Declarará as verdadeiras idades, e duração de todos os referidos tres tempos. Fará hum retrato vivo, e fiel dos gravissimos males, que em todos elles tem padecido a Jurisprudência. E mostrará, que o que mais a fez enfermar, tem sido a autoridade dos Casos julgados; e que esta he a que faz continuar, e ir sempre augmentando os estragos da boa Jurisprudência, por ser ainda hoje dominante no Foro.»⁽²⁴⁷⁾.

Melo Freire, Rechtslehrer in Coimbra, Vollstrecker der Pombalschen Universitätsstatuten und «verdadeiro padrão duma época» (Braga da Cruz) ⁽²⁴⁸⁾, widmete den «Forensis Jurisprudenciae aetates» in seiner 1788 erstmals in Lissabon gedruckten, für Juristengenerationen Portugals vorbildlichen *Historia Juris Civilis Lusitani* einen eigenen Abschnitt: «Jurisprudenciae forensis tria tempora distingui oportet, sed omnia tristia, miserrima, Glossae, Communium Doctorum opinionum, et rerum denique saepius judicatarum momenta, auctoritas, exempla» ⁽²⁴⁹⁾. Bei seiner allseitig bekannten Vorliebe für deutsches juristisches Denken des 18. Jahrhunderts ⁽²⁵⁰⁾ ist es nicht verwunderlich, ihn sich hierfür auf den Leipziger Pandektenprofessor Michael Heinrich Gribner (1682-1734) ⁽²⁵¹⁾ berufen zu sehen. Unter seinem Vorsitz hatte 1713 — also in den ersten Jahren der wissenschaftlichen Laufbahn Gribners — der Leipziger Advokat Georg Adam Behrmann für das Lizentiat eine Dissertation *De observantiis Collegiorum juridicorum* ⁽²⁵²⁾ vorgelegt. Beiden Texten sowie

⁽²⁴⁷⁾ *Estatutos* (N. 245) II 6.8.11.

⁽²⁴⁸⁾ Cruz, *Formação histórica* (N. 4), p. 47.

⁽²⁴⁹⁾ Melo Freire, *Historia* (N. 58) § 129 Note a.

⁽²⁵⁰⁾ Cf. beispielsweise: L. Cabrai de Moncada, O «século XVIII» na legislação de Pombal, in: Cabrai de Moncada, *Estudos de história do direito* I, Coimbra 1948, p. 103 Note 2; Mário Júlio de Almeida Costa, Melo Freire, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 44 (1968) 215: «Melo Freire tomou como modelos, quer no conteúdo quer na forma expositiva, os autores alemães da escola do «usus modernus Pandectarum».

⁽²⁵¹⁾ Landsberg, *Geschichte* (N. 186) III1,156-157 und III1 (Noten) 101-102.

⁽²⁵²⁾ Michael Heinrich Gribner/Georg Adam Behrmann ... praeside Mich. Henrico Gribnero ... *De observantiis Collegiorum juridicorum occasione* § XLIX.

den eingangs erwähnten Statuten von 1772 ist zu entnehmen: die Vorherrschaft der *communis opinio doctorum* wurde durch eine Praxis abgelöst, deren Richtschnur die Rechtsprechung der hohen Tribunale war; die letztgenannte Epoche suchte man in Portugal durch eine Reform der bisherigen Interpretationstheorie (*Lei da Boa Razão*) verbunden mit einer entsprechenden Neugestaltung des Rechtsterrichts (*Estatutos pombalinos*) zu überwinden.

Es muß weiterer Forschung Vorbehalten bleiben, den Prozeß der Minderung des Einflusses der *communis opinio* im einzelnen herauszuarbeiten. Für den Zeitpunkt jedenfalls, in dem die wichtigsten portugiesischen Rechtsprechungssammlungen (Gama, Cabedo) erschienen, kann dank eines Hinweises von Nuno J. Espinosa Gomes da Silva auf die *Decisiones* des António de Sousa de Macedo (f 1682) von einer eindeutigen Prävalenz dieses Theorems gesprochen werden: «Practica autem, cum sit lumen, et vera intellectrix legum ... communem opinionem superat, non solum attento jure communi sed etiam attento nostro Regio in Ordinat. Lib. 3 tit. 64 in princip.»⁽²⁵³⁾. Unterzieht man daraufhin die *Ordenações Filipinas* aus dem Jahre 1603 einer eingehenden Prüfung, dann erweist sich zwar die *communis opinio doctorum* als ein Korrektiv der Lehrmeinungen des Accursius und Bartolus, deren Werke nach der hier fixierten Rechtsquellentheorie hinter den *Leys do Reino* sowie dem römischen und kanonischen Recht zur subsidiären Rechtsquelle erhoben worden waren⁽²⁵⁴⁾. Sousa de Macedo rekurrierte jedoch

Res. Grav. d. Anno MDCLXI pro Licentia summos utriusque juris honores capessendi ad. d. XXXI. Jul. anno MDCCXIII publice disseret auctor Georg Adam Behrmann, Lipsiae 1718.

⁽²⁵³⁾ Zitat nach: Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *Humanismo e direito em Portugal no século XVI*, Lisboa 1964, p. 362 Note 8 (António de Sousa de Macedo, *Decisiones Supremi Senatus Justitiae Lusitaniae et Supremi Consilii Fisci*, Lisboa 1699, 12 n 5).

⁽²⁵⁴⁾ *Ordenações Filipinas* (N. 20) 3.64.1: «E se o caso de que se trata em practica, não for determinado por Ley de nossos Reynos, estilo, ou costume acima ditto, ou Leys Imperiaes, ou pelos Sagrados Canones, então mandamos que se guardem as glosas de Acurcio, incorporadas nas dittas Leys, quando por commum opinião dos Doutores não forem reprovadas, e quando pelas dittas glosas o caso não for determinado, se guarde a opinião de Bartolo, porque sua opinião comumente he mais conforme a rasão, sem embargo que alguns Doutores tivessem

zutreffenderweise auf die Einleitung des vierundsechzigsten Titels im dritten Buch der *Ordenações Filipinas*, wonach das heimische Recht jedem anderen vorzuziehen ist ⁽²⁵⁵⁾ ; Konfliktlösungen waren zunächst im geschriebenen und ungeschriebenen Recht Portugals zu suchen. Erinnert man sich der oben dargestellten Ansichten über die Rechtsnatur der portugiesischen Präjudizentscheidungen, dann leuchtet es ein, daß bei einer solchen Rechtsquellenhierarchie der ständigen Rechtsprechung lokaler Gerichte der Vorzug vor den — zumeist von italienischen Doktoren — als *communis opinio* festgestellten Lehren einzuräumen war. Angesichts der zur damaligen Zeit in verschiedenen Ländern Europas nachweisbaren Aufwertung der Rechtsprechung wäre es unseres Erachtens aber falsch, darin einen Beweis für eine nationale Absonderung zu erblicken. Richtigerweise ist in dem von den *Ordenações Filipinas* normierten, von Sousa de Macedo angerufenen Vorrang der höchstrichterlichen Entscheidungspraxis ein Beispiel für die damals allorts anzutreffende, profunde Kritik an der herrschenden Doktrin zu sehen, einem Tadel, der stets mit einer erwartungsvollen Hinwendung zur Judikatur kombiniert war. Der von Charles Lefebvre ⁽²⁵⁶⁾ für das 16. Jahrhundert beobachteten Mißbilligung der *communis opinio* sind nunmehr die von Mario Ascheri kürzlich unterbreiteten Forschungsergebnisse zur Seite zu stellen. Von seinen vielen, aus der italienischen Praxis des *Anden Régime* herrührenden, einschlägigen Nachweisen zur Autorität der Kollegialgerichte, ihrer Sprüche und folglich deren Sammlungen, soll lediglich Johann Baptista de Luca (1614-1683) zu Wort kommen. Nach de Luca nimmt der

o contrario, salvo se a commum opinião dos Doutores que depois d'elle escreverão for contraria». Zu dieser Funktion der *communis opinio* cf. Costa, *Barotolisme* (N. 71), p. 326.

⁽²⁵⁶⁾ «Quando algum caso for trazido em practica que seja determinado por alguma Ley de nossos Reynos, ou estillo de nossa Corte, ou costume em os ditos Reynos, ou em cada huma parte delles longamente usado, e tal que por Direito se deva guardar, seja por elles julgado, sem embargo do que as Leys Imperiaes acerca do ditto caso em outra maneira dispõem, porque onde a Ley, estillo, ou costume de nossos Reynos dispõem, cessem todas as outras Leys, e Direitos» (*Ordenações Filipinas* (N. 20) 3.64 pr.).

⁽²⁶⁶⁾ Charles Lefebvre, *Fes pouvoirs du juge en droit canonique. Contribution historique et doctrinale à l'étude du canon 20 et les sources en droit positif*, Paris 1938, pp. 300-301.

«receptus stylus iudicandi» des Gerichts, bei dem die Klage anhängig ist, den ersten Platz bei der Lösung gemeinrechtlicher Zweifelsfragen ein; er hielt es der verstärkt einsetzenden Applikation des Richterrechts zugute, wenn die während des 16. und zu Anfang des 17. Jahrhunderts auf dem Gebiet der *communes opiniones* herrschende Rechtsunsicherheit überwunden werden konnte⁽²⁵⁷⁾. Zwei Stimmen aus dem Königreich Aragon bestätigen die bisherigen Resultate. Juan Pablo Xammar (f 1668), einer der Bearbeiter der katalanischen Spruchpraxis, motivierte seine kompilatorische Tätigkeit mit «decisio Senatus in terminis anteponenda est communi opinioni et regulae, et est securior opinione communi»⁽²⁵⁸⁾. Und der schon mehrfach zitierte valencianische Richter Leon meinte «praeiudicia in dirimendis causarum, et litium controversijs praeferri debere omnium opinioni ...»⁽²⁵⁹⁾. Folgt man den Leónschen Gedankengängen, dann stellt sich dieser Satz als eine Schlußfolgerung aus der Behauptung dar, die Urteile seien von besonders befähigten Juristen gefällt, insbesondere «non unius, sed plurium oculis, huius, alterius perspicatius videntur, et revidentur, et acerrima censura Doctorum traditiones, quasi aurum igne, purgantur»⁽²⁶⁰⁾. Es kann dieser Frage hier nicht nachgegangen werden. Aber es ist auffällig, daß im gleichen Moment, in dem die Dominanz der Rechtsprechung immer deutlicher zutage trat, sich die Kritik an Urteilen von Einzelrichtern häufte und dieser Schelte ein Lob auf die gerechter urteilenden Richterkollegien auf dem Fuß folgte. So wußte der Chronist von der Gründung der *Audienda de Mallorca* im Jahre 1571 zu berichten: «Y la vida de cualquier hombre, asi principal como plebeyo, dependia de la voluntad de un hombre solo, pudiendo el tan facilmente enganarse; pero ahora se logra el descanso de cada cual, por juzgarse las causas con tanta solemnidad y no temerariamente como en otro tiempo se hacia, sino con maduro consejo

⁽²⁶⁷⁾ Ascheri, *Italien* (N. 10), Abschnitt I A 4, verweist auf: Johannes Baptista de Luca, *De iudiciis et de praxi Curiae Komanae*, in: de Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae sive decisivi discursus per materias, lib. XV, pars I, discursus 35*, Romae 1673, n 73 und 79.

⁽²⁶⁸⁾ Juan Pablo Xammar, *Kerum iudicatarum in Sacro Regio Senatu Cathaloniae sub diversis definitionibus cum rationalibus seu ... allegationibus* a Joanne Paulo Xammar ... I, Barcinone 1657, fol. I^v.

⁽²⁵⁹⁾ Leon, *Decisiones* (N. 83) I fol. VIF.

⁽²⁶⁰⁾ Leon, *ibidem*.

y voto de muchos, por términos y processos de Justicia, y según las reglas de derecho, en un Consejo Real, donde siempre concurren dos Oidores naturales del Reino» ⁽²⁶¹⁾. Die hier anklingenden Hochschätzung eines mit mehreren Richtern besetzten Gerichts entspricht gewissen Beobachtungen Gehrkes an dem im alten deutschen Reich üblichen Aktenversendungsverfahren. Dort baten die Gerichte im Laufe des 17. Jahrhunderts immer seltener einzelne Rechtskonsulenten um ein Gutachten, «weil die einzelne Dd. öfters verkehrte Urtheile gemacht haben, welches man von ganzen Collegiis nicht so leicht zu besorgen hat» ⁽²⁶²⁾ — so der deutsche Publizist Severin Theodor Neurod im Jahr 1752.

Wie der Verlauf der Dinge zeigt, trogen die Hoffnungen, war dem Problem der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auch auf diesem Weg nicht beizukommen. Die **Lei da Boa Ra%ao** vom 18. August 1769 und die Statuten der Universität Coimbra von 1772 sind als ein erneuter Versuch zu werten, dieses wohl letztlich unlös-bare Problem in den Griff zu bekommen. Beide legislativen Akte standen nach dem Urteil von Cabral de Moncada⁽²⁶³⁾ in einem tiefen Gegensatz zu der bisherigen forensischen Praxis. Genährt von den Gedanken der juristischen Aufklärung sollte hiermit ein Schlußstrich unter eine arbiträre, die Freiheit des einzelnen tangerende Rechtsprechung gezogen werden. Dabei bediente man sich eines altbekannten Instrumentariums ⁽²⁶⁴⁾. Die **Lei da Boa Raf(ão** sah einmal vor, den Kanon anwendbarer Normen drastisch zu beschränken; aus diesem Grund wurden die Richter zum wiederholten Mal auf die Applikation der «Ordenações do Reino, Leis Patrias e Usos dos Meus Reinos» verpflichtet ⁽²⁶⁵⁾; der Rekurs auf das **Corpus iuris civilis** war nur noch subsidiär zur Ermittlung der

⁽²⁸¹⁾ Cf. Carlos Alvarez-Novoa, *La Justicia en el antiguo Reino de Mallorca*, Palma de Mallorca 1971, p. 62.

⁽²⁶²⁾ Gehrke, *Rechtssprechungs- und Konsilienliteratur Deutschlands* (N. 10), p. 110 Note 319.

⁽²⁶³⁾ cf Cabral de Moncada, *Legislação de Pombal* (N. 250), p. 100.

⁽²⁶⁴⁾ Cf. Gottfried Teipel, *Zitiergesetze in der romanistischen Tradition*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)* 72 (1955) 245-287; soweit Teipel auf Portugal eingeht (pp. 276-280), sind eine Reihe von Korrekturen anzubringen (insbesondere: der Autor bemerkte nicht, daß es sich bei der sogenannten *Vicentina* um die sechste Auflage der *Ordenações Filipinas* von 1603, nicht jedoch um ein neues Gesetz handelt).

⁽²⁶⁶⁾ Cf. *Lei da Boa Ra%ão* (N. 69) § 9.

naturrechtlichen *recta ratio* (*boa razão*) erlaubt ⁽²⁶⁶⁾. Weiterhin war es untersagt, in Zukunft gemäß Accursius oder Bartolus zu richten, es sei denn, ihre Ansichten stimmten mit der *Boa Razão* überein:

«Mando, que as Glossas, e Opiniões dos sobreditos Acurcio, e Bartholo, não possam mais ser allegadas em juizo, nem seguidas na pratica dos Julgadores; e que antes muito pelo contrario em hum, e outro caso sejam sempre as boas razões acima declaradas, e não as authoridades daquelles, ou de outros semelhantes Doutores da mesma escola, as que hajão de decidir no foro os casos occorrentes; revogando nesta parte a mesma Ordenação, que o contrario determina.» ⁽²⁶⁷⁾.

Wie der Marquês de Pombal richtig erkannte, kann eine so tiefgreifende Reform nur dann von Erfolg gekrönt sein, wenn sie eine Erneuerung des Rechtsunterrichts einschließt. Analog den Statuten aus dem Jahr 1729 für die Universität Turin ⁽²⁶⁸⁾ hielt er eine praktische Ausbildung der Studenten im Rahmen des Unterrichts — abweichend von bisherigen Gepflogenheiten ⁽²⁶⁹⁾ — für unerlässlich :

«A Instrucção da Prática do Direito foi até agora reputada por impropria das Escolas; por se entender vulgarmente, que a Jurisprudência Prática sómente se póde aprender no Foro

(28«) Cf. Cruz, *Formação histórica* (N. 4), p. 39.

(267) *Ibidem*, § 13.

(268) *Kegolamenti dei Magis trato delia riforma per V Università di Torino*, (Torino 1729), angebunden an: *Costitu'ioni di sua Maestà per VUniversità di Torino*, Torino 1729, V 12: «Leurs Leçons devront aussi contenir les matièrres des Roiales Constitutions, suivant Tordre des Titres, en faisant voir en quoi elles s'accordent avec le Droit commun, en quoi elles lui servent de Déclaration, et en qui elles le corrigent; ils donneront de même une connoissance des Arrêts des Magistrats de ce Pais.» Wir entschieden uns für die französische Fassung, da hier deutlicher anklingt, in welchem Maß die Judikatur im Rechtsunterricht berücksichtigt werden sollte.

(269) Eine praktische Ausbildung außerhalb des Universitätsunterrichts war bereits mit *Decreto* vom 19.6.1649 gefordert worden (Text: Freitas (ed.), *Collecção* (N. 19) IV 115); der *Despacho* vom 31.8.1723 erneuerte und präziserte diese Vorschrift: einjähriges Praktikum für Legisten, zweijähriges für Kanonisten (Text: Freitas (ed.), *Collecção* (N. 19) V 309-310).

com o uso, e exercicio de applicar as Leis; e entre a expedição dos negocios, e das causas, que nelle se agitam. (2) Sendo porém necessario, para que os exercicios da Prática possam ser uteis; e para que as experiencias do Foro possam ser proveitosas; que os Juristas antes de sahirem das Aulas aprendam não só as Regras, que constituem a Theorica da mesma Prática; mas também façam nellas o tyrocinio dessa mesma Prática: Se observará ao dito respeito o seguinte.» **{Estatutos** von 1772 II 6.4.1) ⁽²⁷⁰⁾.

Der mit der «Instrução e Exercicios da Prática do Direito» betraute **Professor do Direito Patrio** hatte im fünften Studienjahr neben der Geschichte der portugiesischen Gerichtsverfassung die oben erwähnte Vorlesung über die drei Zeitalter forensischer Jurisprudenz zu halten — nachdem bereits im ersten Jahr das Aktenverwendungsverfahren in Deutschland bei der Darstellung der «diversos methodos, que para o mesmo fim se seguem, e observam hoje na Rota Romana, e nos Tribunaes, e nos Auditorios mais célebres das Nações mais polidas, e illuminadas do Mundo» ⁽²⁷¹⁾ behandelt worden war. Das Schwergewicht lag bei den schriftlichen Übungen. Es mußten Schriftsätze angefertigt und Voten sowie Urteile abgefaßt werden (Estatutos II 6.4.11 ss.). Außerdem waren die Studenten anzuweisen, wie sie als Richter oder Anwalt vor Gericht aufzutreten haben. Zu diesem Zweck mußten sich die Hörer in die Rolle einer bestimmten Gerichtsperson versetzen und an Prozeßspielen unter Aufsicht dieses Professors teilnehmen ⁽²⁷²⁾. Der auf diese Weise geschulte Richter oder Advokat war nach der

⁽²⁷⁰⁾ Cf. *Estatutos* (N. 245).

⁽²⁷¹⁾ Cf. *Estatutos* (N. 245) II 3.8.7.

⁽²⁷²⁾ Cf. *Estatutos* (N. 245) II 6.4.16-17: «(16) Depois de examinar, e corrigir os Libellos, mandarás: Que se autuem por hum Ouvinte, que sirva de Escrivão: Que se façam conclusos a outro, que sirva de Juiz para processallos : Que outros sirvam de Advogados para contrariar, replicar, treplicar: propôr, e contrariar excepções; formar os artigos necessarios; deduzir o Direito nas Allegações Juridicas; examinar as testemunhas, e documentos authenticos; e proferir a Sentença final. (17) Deste modo fará seguir este Processo na Aula não só na Primeira instancia, mas também na Segunda. A qual ordenará, como se fosse de Relação; para exercitar também os Ouvintes em tencionarem, e relatarem os Feitos: Examinando, corrigindo, e emendando todas as Composições, que Elles forem formando: E pedindo-lhes sempre as razões do que nellas executarem.»

Meinung der Zeit in der Lage, an einer Rechtsprechung mitzuarbeiten, die zum Wohle der Untertanen die Gerechtigkeit garantiert. Sieht man überdies die Neuorganisation des Rechtsunterrichts im Zusammenhang mit der seit 1778 begonnen Arbeit an einem **Novo Código** ⁽²⁷³⁾, so erweist sich die geschilderte portugiesische Entwicklung vom Ende des 18. Jahrhunderts als Musterfall konkretisierter Aufklärungsphilosophie. Indem man das Konfliktfeld juristischer Argumentation eindeutig determinierte und die angehenden Praktiker in diesem Sinn auf ihr Amt vorbereitete, glaubte man hier wie anderswo, eine Ära kontrollierbarer und damit gerechterer Judikatur einzuleiten.

JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ

⁽²⁷³⁾ Cf. Cruz, *História* (N. 47) Nr. 70.