

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

Richard Zouches

«Iuris et iudicii fecialis explicatio»

und seine Quellen

Einer der charakteristischen Züge der Rechtswissenschaft des 17. Jahrhunderts ist es, dass aus dem gemeinen Recht, wie es aus der Kommentierung der Rechtsquellen des Corpus Iuris entstanden war, neue rechtswissenschaftliche Disziplinen herauswachsen und sich verselbständigen. Das bekannteste Beispiel für diese Entwicklung ist das *Ius Publicum*. Während das Mittelalter Fragen, die die moderne Systematik dem Staatsrecht oder Verwaltungsrecht zuweisen würde, im Rahmen der allgemeinen Auslegung und Anwendung des Corpus Iuris gelöst hatte, entwickelt sich nun insbesondere im Deutschen Reich eine besondere Disziplin des Staatsrechts. Dass eine solche Disziplin sich verselbständigt, bedeutet nicht die völlige Loslösung von der Wissenschaft vom römischen Recht. Textstellen aus dem Corpus Iuris, Argumente aus den Quellen oder ihrer Kommentierung spielen nach wie vor im Staatsrecht eine bedeutende Rolle, aber sie haben diese Bedeutung nur neben anderen Elementen und so entsteht langsam eine neue Teilwissenschaft der Jurisprudenz, während die Beschäftigung mit den Quellen des Corpus Iuris allmählich zur Domäne des Privatrechts und des Prozessrechts wird. Diese Entwicklung, die sich sehr deutlich auch am Vorlesungsprogramm der juristischen Fakultäten in Europa ablesen lässt, hat sich über Jahrhunderte erstreckt. Sie beginnt im 16. und ist völlig abgeschlossen im 18. Jahrhundert.

Zu den Disziplinen, die sich in dieser Weise von der einheitlichen legistischen Wissenschaft, wie sie sowohl die Kommentatoren wie die Humanisten verstanden hatten, lösen, gehört auch das internationale Recht, das Völkerrecht. Das Werk, mit dem

diese Disziplin sich jedenfalls in den Augen der Autoren des 17. und 18. Jahrhunderts klar als selbständiger Zweig der Wissenschaft konstituiert, ist **HUGO GROTIUS'** «*De Iure Belli ac Pacis*»; aber neben **GROTIUS'** Werk stehen eine Reihe von zeitgenössischen Büchern, die entscheidend zu der Verselbständigung des Völkerrechts als Disziplin beigetragen haben. Ich erwähne hier die Werke von **ALBERICUS GENTILIS** und seines Oxforder Schülers **RICHARD ZOUCHE**. Das völkerrechtliche Hauptwerk des letzteren soll den Gegenstand der folgenden Analyse bilden. Es ist ein Werk mit dem Titel «*Iuris et Iudicii Feialis Explicatio*», erschienen 1650.

Die Forschung hat bisher diese frühen grundlegenden Werke des Völkerrechts vor allen Dingen im Hinblick auf ihre philosophischen Grundlagen analysiert. Dabei ist die Aufmerksamkeit der Forschung lange durch die Frage festgehalten worden, ob bei diesen Autoren, insbesondere bei **GROTIUS** selbst, eine originale Leistung vorläge oder ob das wesentliche Verdienst der Entwicklung der neuen Disziplin den Theologen und Juristen der spanischen Schule des 16. Jahrhunderts zukomme ⁽⁵⁾. Diese Fragestellung soll hier nicht aufgegriffen werden. Unsere Analyse ist vielmehr von einer anderen Problematik bestimmt. Es ist die Frage nach dem Zusammenhang der neuen Disziplin des internationalen Rechts mit dem bisherigen gemeinen Recht ⁽²⁾. Wenn es richtig ist, daß die mittelalterlichen Kommentatoren Probleme, die wir heute als völkerrechtliche bezeichnen, in ihren Kommentaren zum *Corpus Iuris*, ihren Gutachten und Traktaten behandelt hatten, dann stellt sich die Frage, wieweit führen die Autoren, welche nun die Verselbständigung der Disziplin des internationalen Rechts herbeiführen, die Argumente der mittelalterlichen Kommentatoren einfach weiter, wieweit bauen auch sie primär auf den römischen Quellen auf oder, wenn dies nicht der Fall ist, welches sind die neuen Quellen, die sie heranziehen und aus denen sie im einzelnen

C¹) Vgl. dazu **ARTHUR NÜBBAUM**, *Geschichte des Völkerrechts* (1960), S. 78 ss., S. 126.

(2) Das Problem ist grundsätzlich allgemein angeschnitten in dem Aufsatz von **KARL-HEINZ ZIEGLER**: *Die römischen Grundlagen des europäischen Völkerrechts*, erschienen in: *Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, Frankfurt/Main, 4 (1972) 1 ss.

die Rechts s ätze gewinnen, füt die sie nun Geltung als Völkerrechts s ätze oder als S ätze des internationalen Rechts in Anspruch nehmen. Diese Fragestellung ist selbstverständlich sehr viel elementarer als die Frage nach den allgemeinen philosophischen Grundlagen des damaligen Völkerrechts. Sie muss aber meines Erachtens gestellt und beantwortet werden, wenn man die Stellung des internationalen Rechts im Rahmen der Entwicklung der gesamten Rechtswissenschaft Europas bestimmen und wenn man sich darüber Klarheit verschaffen will, wieweit hier Traditionen fortgeführt worden sind, wieweit wirklich ein völliger Neuansatz Platz gegriffen hat. Diese Frage lässt sich nur beantworten, wenn man die einzelnen Thesen der Internationalrechtler des 17. Jahrhunderts auf ihre Quellen hin analysiert. Selbstverständlich kann die Untersuchung des Werkes von Zouche hier nur ein erster Anfang sein. Es scheint mil aber, daß diese Analyse doch bereits gewisse Rückschlüsse auf die Stellung des internationalen Rechts in der Entwicklung der gesamteuropäischen Wissenschaft zuläßt.

I

Zunächst einige Bemerkungen zu Person und Werk des Autors **RICHARD ZOUCHE**. **RICHARD ZOUCHE** (1590-1661) entstammte einer Familie der englischen Gentry. Er wurde in Oxford erzogen und studierte dort das römische gemeine Recht. **ZOUCHE** erwarb den Grad des Doktor of Civil Law 1619 und wurde Regius Professor des Civil Law and der University of Oxford (1620). Er hatte gleichzeitig, wie die meisten der englischen Civilians, eine Reihe von Ämtern in der Praxis und des Staates und der anglikanischen Kirche inne. Er war u. a. Richter am High Court of Admiralty (seit 1641). Im englischen Bürgerkrieg stand **ZOUCHE**, wie die meisten seiner Berufsgenossen, den englischen Civilians, auf Seiten des Königs. Er blieb aber nach dem Sturz König **KARLS I.** in England. Mit der Restauration 1660 wurde er wieder in sein Amt als Richter am Admiraltätsgericht eingesetzt. Er starb aber schon 1661.

RICHARD ZOUCHE hat eine in vieler Hinsicht außerordentlich interessante Enzyklopädie verschiedener Teile des Civil Law geschrieben. Diese Enzyklopädie besteht aus einer Art Allgemeiner

Rechtslehre, den «*Elementa Iurisprudentiae*» (1629) und sechs Monographien über alle Spezialgebiete, in denen das Civil Law noch in England Bedeutung hatte; dazu gehört z.B. eine Monographie über Seerecht. In der Reihe dieser Monographien steht auch sein Völkerrecht: «*Iuris et Iudicii Feialis Explicatio*». Denn auch im Internationalen Recht richtete man sich in England nach dem Civil Law bzw. nach den Grundsätzen des neu aus dem Civil Law entwickelten Völkerrechts. Das internationale Recht, in ZOUCHES Ausdruck das *Ius Feiale*, war also eines jener Rechtsgebiete, in denen das Civil Law in England noch Geltung hatte und in denen die Vertreter der Legistik in England, die sogenannten *Civilians*, Verwendung fanden. Das Werk ist eine knappe Behandlung von Fragen des Völkerrechts, aufgebaut nach einzelnen Problemen, die sich im Völkerrecht stellen. In vielen Teilen folgt es bis in die Einzelheiten GROTIUS' Werk «*De Iure Belli ac Pacis*», jedoche ist GROTIUS keineswegs der einzige zeitgenössische oder (im Sinne von ZOUCHE) moderne Autor, den er verwendet. Neben GROTIUS werden die völkerrechtlichen Arbeiten von ALBERICUS GENTILIS (1552-1608), Lehrer des Römischen Rechts in Oxford seit 1581, naturgemäß häufig herangezogen, insbesondere dessen Werk «*De Iure Belli*» (1588/89). Aber daneben stehen zahlreiche andere Autoren, so insbesondere die militärrechtlichen Werke von PETRINUS BELLUS und AYALA³⁾. Aber auch andere Autoren, insbesondere des öffentlichen Rechts, wie BODIN, BESOLD und ARNISEUS, sind herangezogen, auch eine Reihe der großen privatrechtlichen Autoren erscheinen, so etwa COVARRUVIAS, die *Decisiones Burdegalenses* von BOËRIUS und die Kommentare des CHASSANAEUS. Das Werk beruht also nicht nur auf den «Internationalrechtlern» der Zeit, sondern auf der breiten Basis der gemeinrechtlichen Literatur des 16. und 17. Jahrhunderts. Auch die Kommentatoren sind berücksichtigt, dies soll später noch genauer dargestellt werden.

Für unsere Analyse ist der Neudruck des Werkes benutzt, den THOMAS ERSKINE Holland 1911 in der Reihe «*The Classics of International Law*» herausgebracht hat. Dieser Neudruck beruht auf der Erstausgabe von 1650.

³⁾ PETRINUS BELLUS, *De re militari et bello tractatus*, Venedig 1563, und BALTHASAR AYALA, *De iure et officio bellico et disciplina militari libri duo*, Douai 1582.

II

ï. Versucht man sich zunächst einen Überblick darüber zu verschaffen, woraus unser Autor die einzelnen Sätze des Völkerrechts, die er aufstellt, ableitet, so ergibt sich ein überraschendes und außerordentlich buntes Bild. Neben dem Corpus Iuris selbst und der gemeinrechtlichen Wissenschaft des Mittelalters, auf deren Verwendung wir später im einzelnen eingehen wollen, erscheinen die folgenden Quellen:

- Antike Historiker und Dichter (etwa die römische Geschichte von **LIVIVS**, ferner **HERODOT** und **THUKYDIDES**), aber überhaupt antike Literatur;
- Die Bibel, und zwar insbesondere das Alte Testament, mittelalterliche und zeitgenössische Geschichtsdarstellungen, etwa die Mémoires von **COMMINES** (+1511) oder die Geschichte **EDUARDS VI.** von **HAYWARD** (1564-1627).
- Schließlich insbesondere im Kriebsrecht der moderne Kriebsbrauch oder der Mos inter Christianos.

2. Wie diese Quellen im einzelnen verwendet werden, dafür jetzt einzelne Beispiele. In I.}(⁴) stellt **ZOUCHE** die These auf, die Modi, mit denen politische Herrschaft (Imperium, Potestas in Personas, Territoria, Regna) erworben werden, seien im wesentlichen die gleichen, mit denen auch Res immobiles erworben werden.

Zum Beleg weist er zunächst darauf hin, daß ein Herrscher ein Territorium in Privateigentum haben könne. Hierzu führt er den Fall des Königs **EURYCLES** von Sparta an, der nach **STRABO VIII. 5.1.** die Insel Cythera in dieser Weise in privatem Eigentum besessen habe. Sodann wird ausgeführt, Herrschaft könne durch Okkupation von bisher herrschaftslosem Territorium erworben werden, wie das Privateigentum durch occupatio von res nullius. Hierzu verweist er auf die Teilung der Erde durch **NOAHS** drei Söhne **SAPHET**, **SHEMO**

(⁴) Das Buch ist in Partes und die Partes wieder in Sektionen gegliedert. Diese wieder zerfallen in bezifferte Abschnitte, zitiert wird I. 3. 1. d. h. Pars 1, sectio 3, Abschnitt 1.

und **CHAMO**. Aber auch die Ersitzung bilde eine Möglichkeit des Herrschaftserwerbes. Nach dem Buch Richter (IX, 26) hat nämlich **JEPHTIT** dem König der Amoniter, der bestimmte Länder am Jordan beanspruchte, die Ersitzung entgegengehalten. Ebenso ist Schenkung von Territorien möglich. So hat nach der Nachricht im 1. Buch der Könige **SALOMON** zwanzig Städte an den König der Phönizier geschenkt. Andererseits verspricht **AGAMEMNON** nach **HOMER** (Ilias IX, 141) dem **ACHILL** sieben Städte. Auch eine testamentarische Verfügung über politische Herrschaft sei möglich. So habe **ABRAHAM** über seine Herrschaft für den Fall, dass er kinderlos sterben solle, zugunsten **ELIESERS** verfügt. **ATTALUS**, König von Pergamon, habe sein Land nach **VALERIUS MAXIMUS** dem römischen Volke vermacht und **MITHRIDATES** durch Erbgang aufgrund Testamentes Paphlagonien erworben (nach einer Nachricht bei **JUSTIN**).

In I.9.2. behandelt er die «Legatio militaris». Diese wird dahin definiert, es sei eine Gesandtschaft «Quae ad tractandum de Rebus ad bellum pertinentibus adhibetur». Er vermerkt sodann, daß die Mitglieder einer militärischen Gesandtschaft bei den Griechen Caduceatores, bei den Römern aber Fecialen genannt worden seien. Bei den Modernen spräche man von Herald.

ZOUCHE stellt nun den Satz auf, dass Mitglieder einer Legatio militaris grundsätzlich ausserhalb von Städten von denjenigen empfangen würden, an die sie gerichtet wären.

Als Beispiel führt er zunächst die Römer an, die solche Gesandtschaften im Tempel der Bellona ausserhalb der Stadtmauern empfangen hätten. Auch **ESECHIAS** habe die Gesandten von Sanherip ausserhalb von Jerusalem empfangen, die Goten die von dem byzantinischen Feldherrn **BELISAR** gesandten «Oratores» ausserhalb der von ihnen militärisch gehaltenen Stadt Urbino. Auch der römische Kaiser **CONSTANTIUS** habe in einem Falle solche Gesandten nicht in sein Lager eingelassen.

Allerdings gibt es von der aufgestellten Regel auch Ausnahmen. Hierzu verweist er darauf, dass z.B. die Römer im karthagischen Krieg einmal Gesandte von Karthago im Lager von Utica empfangen hätten.

In Lio untersucht **ZOUCHE** die «Delicta» zwischen Kriegführenden. Er erwähnt zunächst den Bruch der üblichen Regeln und der Verabredungen bei militärischen Verhandlungen. Als Beispiel wird der König **POSIAS** angeführt, der zur Zusammenkunft mit den Abgeordneten von Rom statt wie verabredet mit tausend Reitern, mit dem gesamten Heer erschienen sei. Weiter wird hierher gerechnet «cum fraudulenter et perfide agitur». Dies wird erläutert mit dem Verhalten des Erzbischofs **OTTO VON MAINZ** bei der Belagerung des Grafen **ALBERT** von Flanken in Bamberg. Der Erzbischof soll danach dem belagerten Grafen geschworen haben, wenn der Graf mit ihm zum Kaiser **LUDWIG** gehen werde, so werde er dafür sorgen, daß entweder ein Friede abgeschlossen würde oder er ihn selbst in die belagerte Feste zurückführen könne. Graf **ALBERT** vertraute darauf und folgte ihm. Als sie kaum die Festung verlassen hatten, veranlaßte **OTTO**, daß sie gemeinsam zurückkehrten, um noch vor den Verhandlungen mit dem Kaiser zu essen. Dann begaben sie sich ins kaiserliche Hauptquartier, wo **ALBERT** sofort gefangen genommen und getötet wurde. Der Erzbischof habe dabei erklärt, dass er ihn einmal unversehrt, wie zugesichelt, in die Stadt zurückgeführt habe. Dieses Beispiel ist **VOLATERANUS'** «Historia Franconei» entnommen.

Auch täuschend geführte Verhandlungen rechnet **ZOUCHE** zu den Delikten und führt hier das Verhalten des **Lucius MARCIUS** gegenüber König **PHILIPP** von Mazedonien an, das nach **LIVIVS** auch vom Senat mißbilligt worden sei. Weitere Beispiele sind die Bestechung der Truppen des Gegners und die Anwendung von Gewalt und Beleidigungen gegenüber Gesandten. Zu diesen Delikten wird das Verhalten des Königs **PHILIPP** von Mazedonien in Griechenland gerechnet, der deswegen als «Mercator Graeciae» getadelt worden sei. Was Vergehen gegen feindliche Gesandte angeht, so hätten die Römer in solchen Fällen die Übeltäter dem Gegner ausgeliefert, z.B. **Lucius MINUCIUS** und **Lucius MAGNIUS** an die Karthager und ebenso **QUINTUS FABIVS** an Apollonia.

In I.8.3 behandelt **ZOUCHE** die «Deditio», die er dahin definiert: «Deditio est cum Populus in alterius postatem concedit, quae alias vis et arma ereptura videbantur». Diese allgemeine Definition

wird nun erläutert; zunächst durch ein Beispiel aus dem Alten Testament. So hätten sich Syrien, Mesopotamien, Lybien und Cilicien dem NEBUKADNEZAR ergeben. Hierbei wird die Kapitulationsformel angeführt. Ein zweites Beispiel bildet die Kapitulation der Falisker gegenüber Rom. Auch hier wird wiederum die Übergabeformel selbst angegeben. Auch die Wirkung, also die rechtliche Bedeutung einer Deditio wird nach einem römischen Historiker, nach LIVIUS, entwickelt.

Aus diesen Beispielen wird deutlich, wie ZOUCHE im einzelnen seine Quellen verwendet. Was er darstellen will, ist offenbar mit einem modernen Ausdruck bezeichnet, die Staatspraxis, und diese entnimmt er den ihm bekannten Quellen, die solche Staatspraxis beschreiben. Das aber sind eben die antiken Historiker und das Alte Testament in erster Linie, daneben aber auch mittelalterliche und zeitgenössische historische Darstellungen. Dabei stehen die Beispiele im einzelnen ohne historische Distanz nebeneinander, alle erscheinen geeignet, die von ZOUCHE behandelten Sätze zu beweisen oder doch zu illustrieren.

III

Nur im Rahmen dieser Quellen und keineswegs besonders herausgehoben, wird nun auch das römische Recht verwendet. Der folgende Überblick soll zeigen, in welcher Form dies geschieht.

i. Fragen des allgemeinen Völkerrechts (Friedensrecht)

a) In II.4.13 stellt ZOUCHE die Frage, ob Frauen mit Gesandtschaften betraut werden können. Dazu gibt er die Ansicht von KIRCHNER wieder⁽⁵⁾, wonach die Frage verneint werden müsse, weil das prätorische Edikt den Frauen die Postulationsfähigkeit vor Gerichten abspräche.

⁽⁵⁾ HERMANN KIRCHNER, *Tractatus Legatus, eius iura, dignitas et officium*, Leidae 1604.

b) In IL 5 wird die Frage behandelt, ob Rechtsbrüche und Gewalttaten, die von Untertanen begangen worden sind, sich als völkerrechtliche Delikte der Regierungen bzw. der Staaten darstellen. Die Frage wird grundsätzlich — und zwar unter Hinweis auf ein Consilium des **GROTIUS** — verneint. Eine Ausnahme soll jedoch gelten, wenn die Regierung die betreffenden Gewalttaten verhindern konnte und dies nicht getan hat. Hierzu wird D. 5 0.17.50 angeführt :

Paulus libro trigesimo nono ad edictum culpa caret qui scit, sed prohibere non potest.

Ferner D. 50.17.109:

Idem (Paulus) libro quinto ad edictum nullum crimen patitur is, qui non prohibet, cum prohibere potest.

Das Problem wird auch von **GENTILIS** in seinem Werk «De Iure Belli» erröttert(I.2i), seine Darstellung ergibt, daß schon dieCommentatoren sich mit ihm befasst haben.

c) Eine berühmte Streitfrage im Völkerrecht des 17. Jahrhunderts ist die Frage, wie weit das offene Meer als Hoheitsgebiet einzelner Staaten betrachtet werden konnte. Sie ist von Grotius in seiner berühmten Abhandlung «De Mari Libero» und z. T. in Auseinandersetzung mit ihm von britischen Autoren wie Welwood und Seiden behandelt worden. **ZOUCHE** berührt sie kurz in II.3.2.

Er führt zunächst zwei Digestenstellen an, nämlich D.8.4.13:

Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur, quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

und D. 43.8.3.1 :

Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror: M a r i s c o m m u n e m u s u m

omnibus hominibus, ut aeris, iactasque in id pilas eius esse qui iecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus sit.

Sie sollen dartun, daß die See grundsätzlich allen offen steht und wurden schon von den Postglossatoren hierfür angeführt ⁽⁶⁾. ZOUCHÉ erwähnt dabei kurz, dass nach Paulus D. 47.10.14 private Rechte, die sich auf die See beziehen, geschützt werden ⁽⁷⁾.

Dann geht er auf die Frage nach dem «Imperium» über das Meer ein und stellt fest, daß die Occupatio eines solchen Imperiums dem *ius Gentium* nicht entspricht. Dafür wird ein *Passus* aus CASSIUS DIO angeführt. Das Imperium der angrenzenden Länder erstrecke sich auf das davorliegende Seegebiet. Dies soll besonders gelten, wenn einem Herrscher beide Küsten eines Meeres gehören, eine Rechtslage, die er für den Ärmelkanal zugunsten des Königs von England annimmt (mit Rücksicht auf dessen frühere französische Besitzungen).

Nach der gemeinrechtlichen Theorie erstreckte sich die «*Iurisdictio*» der einzelnen Anliegerstaaten ebenfalls auf das «*mare adjacens*», und zwar in einer Weite von 100 Meilen. Jenseits dieser Bereiche wurde nur eine Oberherrschaft des Kaisers angenommen ⁽⁸⁾.

d) In II.3.2 behandelt ZOUCHÉ ferner das Strandregal. Er macht hier C.ii.6.1 zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen:

Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad litus vel si quando reliquam terram attigerit, ad dominos pertineat: fiscus meus sese non interponat, quod enim ius habet fiscus in aliena calamitate, ut de re tam luctuosa compendium sectetur? (*)

(*) Vgl. etwa die Darstellung bei BARTHOLOMAEUS CAEPOLLA, *Tractatus de servitutibus rusticorum praediorum*, Lugduni 1549, cap. XXVI.

(7) Für die Art und Weise, wie ZOUCHÉ die Quellen benutzt, ist charakteristisch, daß er von Rechtsschutz durch «*actio*» spricht, während der Text von Besitz-Interdicten handelt.

(8) Vgl. dazu CAEPOLLA, I. c., Nr. 12 und 17.

ZOUCHE tadelt es, daß später entgegen dieser Regel des kaiserlichen Rechts doch das Strandregal eingeführt werden könne. Die römische Regel sei vernünftig, wenn man überhaupt das Strandregal zulassen könne, so könne es nur für die eigenen Untertanen eingeführt werden, nicht aber mit Wirkung für Ausländer.

Es ist interessant zu bemerken, daß **ZOUCHE** hier den Ausspruch des Kaisers **ANTONIUS** keineswegs als geltendes Recht ansieht, sondern nur als Ausdruck der Vernunft. Die Postglossatoren sahen dagegen die Regelung in C.11.6.1 als geltendes Recht an, welches durch die Authentica «Naviga» **FRIEDRICHS II.** — von den Kommentatoren im Codextitel 6.2 behandelt — erneut bestätigt worden sei. **BALDUS** führt in seiner Kommentierung zu dieser Authentica aus, durch diese seien die entgegenstehenden Consuetudines und Statuta (mithin auch ein eventuelles Strandregal) aufgehoben worden. Hier wird greifbar, daß für **ZOUCHE** das *lus Commune* des römischen Rechts zwar eine der Erkenntnisquellen des «*lus Gentium*» ist, aber nicht ohne weiteres geltendes Völkerrecht.

e) In II.2.12 erörtert **ZOUCHE** die Frage des Auswanderungsrechts, d.h. also das Problem, ob der Einzelne das Recht hat, den Staat, in dem er lebt, endgültig zu verlassen. Grundsätzlich tritt **ZOUCHE**, der darin übrigens **GROTIUS** folgt, für das Auswanderungsrecht des Einzelnen ein. Eine Ausnahme müsse jedoch dann gelten, wenn ein besonderes Interesse des betreffenden Staatswesens, das der Einzelne verlassen will, gegeben sei.

Diese Meinung wird aus dem römischen Recht begründet.

Für die Auswanderungsfreiheit wird der Satz aus D.49.15.12.9 zitiert : «(quia) de sua qua civitate cuique constituendi facultas libera est».

Die Ausnahme wird dagegen mit einem Satz des **PROCULUS** aus dem römischen Gesellschaftsrecht (D.17.2.65.5) begründet:

Proculus hoc ita verum esse ait, si societatis non intersit dirimi societatem: semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit, haec ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit.

Wie **GROTIUS**, dessen Ausführungen **ZOUCHE** hier folgt, bezieht also auch **ZOUCHE** die Stelle, die sich auf die privatrechtliche Gesell-

schaft bezieht, ohne weiteres auf die menschliche Gesellschaft, die *societas civilis*, den Staat. **BARTOLUS** (ZU D. 50.1.6) leitet aus D. 49.15.12.9 zwar die Freiheit ab, seinen Wohnsitz zu ändern, geht aber auf die Auswanderungsfreiheit nicht ein. Ob dies sonst im *lus Commune* der Fall war, habe ich nicht feststellen können.

2. Eine ganze Reihe von Stellen beziehen sich auf das Kriegrecht.

a) Bei der Definition des Feindbegriffes greift **ZOUCHE** auf D. 49.15.21.i zurück:

In civilibus dissensionibus, quamvis saepe per eas res publica laedatur, non tamen in exitium rei publicae contenditur: qui in alterutras partes discedent, vice hostium non sunt eorum, inter quos iura captivitatum aut postliminiorum fuerint, et ideo captos et venundatos posteaque manumissos placuit supervacuo repetere e principe ingenuitatem, quam nulla captivitate amiserant.

ZOUCHE übernimmt diesen Ausspruch **ULPIANS** und leitet daraus ab, daß die Parteien eines Bürgerkrieges nicht «hostes» im Rechtssinne sind. Die Stelle wurde schon von den Kommentatoren so erläutert ⁽⁹⁾.

b) Der Begriff der «*Conventio militaris*» wird mit D. 2.14.5 definiert als :

Quotiens inter se duces belli quaedam paciscuntur.

Ebenso wird die Definition des Waffenstillstandes, der *indutiae*, aus D. 49.15.19.1 übernommen:

Indutiae sunt, cum in breve et in praesens tempus convenit, ne invicem se lacesant: quo tempore non est postliminium.

Diese Stelle wird auch von **PETRINUS BELLUS** zitiert (V. 1); sie wurde danach auch schon von den Kommentatoren herangezogen.

(®) Vgl. z.B. **BARTOLUS** ZU dieser Stelle.

c) In II. 10.19 behandelt er die Frage, ob «Res sacrae» im Krieg respektiert werden müssen. Hierzu werden eine ganze Reihe von Beispielen aus der Kriegsgeschichte angeführt, daneben aber auch die Meinung des **POMPONIUS**, daß bei Eroberung die «Res sacrae» der Feinde ihren Charakter als solche verlören. **POMPONIUS D.** 11.7.36.1 :

Cum loca capta sunt ab hostibus, omnia desinunt religiosa vel sacra esse, sicut homines liberi in servitutem perveniunt: quod si ab hac calamitate fuerint liberata, quasi quodam postliminio reversa pristino statui restituuntur.

Die Stelle ist weder bei **BALDUS** noch bei **BARTOLUS** kommentiert.

d) Bei der Behandlung des Rechts der Kriegsgefangenen führt **ZOUCHE** an, daß im Altertum die Kriegsgefangenschaft zugleich die Versklavung der Kriegsgefangenen bedeutet hätte. Hierzu wird D.41.1.5.7 (**GAIUS**) angeführt:

Item quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capientium fiunt.

ZOUCHE stellt dazu aber fest, daß abweichend von dieser Regel unter christlichen Völkern die Gefangenen nur bis zur Auslösung zurückbehalten werden.

Die Frage, wieweit die römischen Regeln über die Folgen der Kriegsgefangenschaft noch anwendbar waren, war bereits unter den Kommentatoren Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung gewesen. Man hatte dabei zum Teil danach unterschieden, ob Krieg zwischen Städten geführt wurde, die dem Kaiser unterstanden, oder ob es sich um einen vom Kaiser oder Papst erklärten Krieg handelte ⁽¹⁰⁾. Das von **ZOUCHE** vertretene Ergebnis hatte schon **JOHANNES DE LIGNANO** entwickelt.

Im Zusammenhang mit der Rechtsstellung der Kriegsgefangenen stand die Frage der Anwendbarkeit der römischen Regeln

⁽¹⁰⁾ Vgl. etwa **JOHANNES DE LIGNANO**, *Tractatus de bello*, Venetiis 1584, cap. 63, und die ausführliche Erörterung bei **PETRINUS BELLUS**, I. C., Pars IV, Tit. I. Dort auch Hinweise auf die unterschiedliche Stellungnahme von **BARTOLUS** und **BALDUS**.

über das «Ius postliminii», die denn auch schon von den Kommentatoren erörtert worden war. Nach dem «Ius postliminii» lebten die Freiheit und die Rechte eines Römers, der in Kriegsgefangenschaft geraten war und damit seine Freiheit und seine Rechte verloren hatte, wieder auf, wenn er im gleichen Krieg wieder auf römisches Gebiet oder das eines «amicus» der Römer gelangte. Wer, wie **ZOUCHE**, die Ansicht vertrat, daß die Kriegsgefangenschaft «inter Christianos» nicht zur Versklavung führe, konnte logischerweise nicht der Auffassung sein, dass das «Ius postliminii» in seiner vollen antiken Bedeutung fortgilt. **BOËRIUS**, der die Frage in *Decisio 178* behandelt, meint, die Regeln des Postliminium gälten nach *Communis opinio* nur noch für Sachen, nicht mehr für Personen. Trotzdem widmet **ZOUCHE** dem Gegenstand in **1.8.2** unter Hinweis auf die Definitionen römischer Juristen, insbesondere der des **PAULUS D. 49.15.19 pr.**, eine relativ eingehende Darstellung.

Tatsächlich hatten die Regeln des Postliminium zu **ZOUCHE**S* Lebzeiten gerade für England wieder Bedeutung erlangt. Dies ergibt sich aus einer Abhandlung, die **ALBERI** **eus GENTILIS** verfaßt hat und die seiner «*Hispanica Advocatio*» als erste eingefügt ist. Die praktische Frage war folgende: Während des Befreiungskrieges der Niederlande gegen Spanien war England durch den Friedensschluß mit Spanien 1603 neutral geworden. Wenn nun ein holländisches Schiff, das spanische Gefangene an Bord hatte, einen englischen Hafen anlief — etwa bei der Rückkehr aus spanischen Gewässern — wurden die Gefangenen dann frei? Hierfür waren die Regeln des «Ius postliminii» bedeutsam. **GENTILIS** zitiert **D.49.15.19.3 in hoc titulo 1.1.** Dabei kam es darauf an, ob man sagen konnte, daß ein neutraler Staat im Sinne dieser Stellen als «Amicus» der Spanier angesehen werden konnte, so daß die Voraussetzungen des «Ius postliminii» und damit des Freiheitserwerbes erfüllt waren. **GENTILIS** war dieser Ansicht; die Gegenmeinung, die etwa **GROTIUS** begründete, ging davon aus, daß als «Amicus» eines Staates nur angesehen werden konnte, wer mit ihm *verbündet* war — was für England auch nach dem Frieden von 1603 nicht zutraf. Die Abhandlung des **GENTILIS** ergibt übrigens, daß diese Auslegungsfrage schon von **BARTOLUS** und **BALDUS** erörtert worden war.

ZOUCHE erörtert das Problem in II.8 nicht im Hinblick auf Gefangene, sondern im Hinblick auf mitgeführte Kriegsbeute. Er zitiert D. 49.15.5.1:

In bello, cum hi, qui nobis hostes sunt, aliquem ex nostris ceperunt et intra praesidia sua perduxerunt: nam si eodem bello is reversus fuerit, postliminium habet, id est perinde omnia restituuntur ei iura, ac si captus ab hostibus non esset, antequam in praesidia perducatur hostium, manet civis, tunc autem reversus intellegitur, si aut ad amicos nostros perveniat aut intra praesidia nostra esse coepit.

Dabei vertritt er die gleiche Ansicht wie **GENTILIS**, daß nämlich auch ein neutraler Staat als «Amicus» im Sinne dieser Stelle zu gelten habe.

In II.9 wird die Frage erörtert, ob man feindliche Soldaten auch auf das Gebiet befreundeter Staaten verfolgen könne. **ZOUCHE** führt dazu die Marcian-Stelle D.48.8.3.6 an:

Transfugas licet, ubicumque inventi fuerint, quasi hostes interficere,

ferner ein EuRiPiDES-Zitat ; beides als Argumente für die Bejahung der Frage. Trotzdem entscheidet er sich aber im Ergebnis anders, weil seiner Ansicht nach die Rücksicht auf das Herrschaftsrecht des Herrschers des befreundeten Staates überwiegen muß. Er folgt dabei **GROTIUS**.

Auch dieses Problem war schon von den Postglossatoren erörtert worden ⁽ⁿ⁾.

e) Recht der Kriegsbeute:

Ausgangspunkt der Erörterungen bei **ZOUCHE** bildet die eben erwähnte GAius-Stelle D. 41.1.5.7:

Item quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capiuntur fiunt.

^{Cⁿ)} Vgl. die Darstellung bei PETRINUS BELLUS, *De re militari*, Pars II, Tit. 18f Bellus folgt dabei der Ansicht des SOCINUS.

Von diesem Satz gingen auch die Postglossatoren aus⁽¹²⁾.

ZOUCHE führt jedoch aus, daß nach jetzigem Kriegsbrauch die Sachen der Gefangenen nach einer Schlacht nicht Eigentum des einzelnen Soldaten, sondern des siegreichen Fürsten werden, der sie aber als Beute an seine Soldaten verteilen kann. Der Satz des **GAIVS** selbst gilt nur bei Einzelkämpfen (1.8.i). Daß die Kriegsbeute dem «Dux» zufiel, lehrte schon **BARTOLVS** zu dieser Stelle im Hinblick auf die Decretstelle Causa 23 Quaestio 5 c. 25.

f) Prisenrecht:

ZOUCHE behandelt II.8 (p. 132) den von **BALDVS** berichteten Fall, daß ein Kaufmann auf seinem Schiff verbotenerweise neben Waren auch Waffen mitführt und daraufhin die gesamte Ladung, nicht nur die Waffen, beschlagnahmt worden sei. Hierzu führt er D. 39.4.11.2 an:

Dominus navis si illicite aliquid in nave vel ipse vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur: quod si absente domino id a magistro vel gubernatore aut proreta nautave aliquo id factum sit, ipsi quidem capite puniuntur commissis mercibus, navis autem domino restituitur.

ZOUCHE vermerkt jedoch, daß diese Entscheidung bestritten ist und verweist dazu auf die «Doctores» zu der angegebenen Digestenstelle.

g) Im Zusammenhang mit dem Seekriegsrecht führt **ZOUCHE** aus, daß Piraten an den Gütern, die sie geraubt haben, kein Eigentum erwerben können. Dies wird gestützt auf **IAVOLENVS** D.49.15.27:

Latrones tibi servum eripuerant: postea is servus ad Germanos pervenerat: inde in bello victis Germanis servus venierat, negant posse usucapi eum ab emptore Labeo Ofilius

⁽¹²⁾ Vgl. JOHANNES DE LIGNANO, *Tractatus de bello*, Venetiis 1584, cap. 64.

Trebatius, quia verum esset eum subreptum esse, nec quod hostium fuisset aut postliminio redisset, ei rei impedimento esse ⁽¹³⁾.

Daß auf «Latrones» nicht die Regeln, die für eine Kriegspartei gelten, anzuwenden sind, lehrte auch die gemeinrechtliche Wissenschaft ⁽¹⁴⁾.

3. Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht:

a) In II.2.15 wird die Frage erörtert, ob eine Frau, die von französischen Eltern abstammt, aber in England geboren ist, in Frankreich als Erbin zugelassen werden kann. **ZOUCHE** berichtet dazu, daß die französischen Gerichte die Frage bejaht hätten und verweist auf Entscheidungsliteratur der Zeit, insbesondere **BOËRIUS** und **MATTHEUS DE AFFLICTIS**.

Im Zusammenhang mit der Frage wird **ULPIAN D. 49.15.9** zitiert:

Apud hostes susceptus filius si postliminio redierit, filii iura habet: habere enim eum postliminium nulla dubitatio est post rescriptum imperatoris Antonini et divi patris eius ad Ovinium Tertullum praesidem provinciae Mysias inferioris.

Es wird weiterhin auf D. 50.1.1.2 verwiesen:

Qui ex duobus igitur Campanis parentibus natus est, Campanus est.

Die letzte Stelle bezieht sich darauf, daß die Abstammung maßgebend dafür sein kann, welchem Municipium man zugehört.

b) In II.9 behandelt **ZOUCHE** die Frage der Auslegung eines Vertrages, den zwei «Societates mercatorum angliae et belgiae in

⁽¹³⁾ Die Frage und Stelle behandelt **GENTILIS** in «Hispanica Advocatio» I. 12 (cf. ed. **GUIDO ASTUTI**, La «Advocatio Hispanica» de **ALBERICO GENTILI**, Madrid 1950).

⁽¹⁴⁾ Vgl. *Bellus*, I. c., Pars I, Tit. 5 Nr. 13.

partibus indiae orientalis» geschlossen haben. Danach sollten die bisher stattgefundenen Feindseligkeiten eingestellt und Schiffe und Güter, die nach Abschluß der Vereinbarung, aber vor deren Kenntnis, in den indischen Gewässern noch gekapert bzw. weggenommen wurden, zurückgegeben werden. Bei Auslegung dieses Vertrages war offenbar die Streitfrage entstanden, ob Naturalrestitution hinsichtlich solcher weggenommener Schiffe zu leisten sei oder ob die Zahlung des Wertes genüge. ZOUCHE erklärt nun, solche Verträge müßten nach *ius commune* ausgelegt werden, danach gelte aber das Prinzip der Rückgabe *in specie*. Hierfür werden folgende Digestenstellen angeführt: D. 6.1.10-12; D. 50.16.75. Auch bei anderen Auslegungsfragen dieses Vertrages greift Zouche auf die Digesten zurück.

c) Hinsichtlich der «Staatsangehörigkeit» erörtert ZOUCHE in II.2.13 die Frage, ob jemand gleichzeitig Bürger zweier Staaten sein könne. Bei der Erörterung dieser Frage werden außer Stellen aus Cicero auch zwei Stellen aus dem *Corpus Iuris* zitiert:

D. 1.9.ii (Paulus):

Senatores licet in urbe domicilium habere videantur, tamen et ibi, unde oriundi sunt, habere domicilium intelleguntur, quia dignitas domicilii adiectionem potius dedisse quam permutasse videtur.

und C. 10.39.i :

Cum te Byblium origine, incolam autem apud Berytios esse proponis, merito apud utrasque civitates muneribus fungi compelleris.

Die erste Stelle bezieht sich auf das doppelte Domizil der Senatoren (in Rom und in ihrer Heimatgemeinde) ; die zweite Stelle bezieht sich darauf, daß jemand, der in einem anderen als seinem Geburtsort wohnt, in beiden Gemeinden den *Munera* unterliegt. Im weiteren Verlauf führt ZOUCHE hier noch eine Ansicht des BALDUS an⁽¹⁶⁾.

(16) Dazu unten p. 337.

In II.2.14 wird die Frage erörtert, ob jemand «patriae renunciat», der lange im Ausland lebt oder ob er in Erbangelegenheiten noch als Inländer zu betrachten sei. Hierzu werden Zitate aus **TACITUS**, **CICERO** und dem Alten Testament gegeben, jedoch auch **C. 10.39.4** angeführt :

Origine propria neminem posse voluntate sua eximi manifestum est.

Die Frage, ob man auf die «Origo patriae» verzichten könne, wurde bei dieser Stelle schon im Mittelalter diskutiert (¹⁶).

II.2.16 behandelt die Frage, ob das Bürgerrecht durch «deditio» an einen anderen Staat verloren geht. Der Fall, wird nur mit Beispielen aus der römischen Geschichte behandelt. Es wird u.a. zitiert D. 49.15.4:

Eos, qui ab hostibus capiuntur vel hostibus deduntur, iure postliminii reverti antiquitus placuit, an qui hostibus deditus reversus nec a nobis receptus civis Romanus sit, inter Brutum et Scaevolam variae tractatum est: et consequens est, ut civitatem non adipiscatur.

und D. 50.7.18:

Si quis legatum hostium pulsasset, contra ius gentium id commissum esse existimatur, quia sancti habentur legati, et ideo si, cum legati apud nos essent gentis alicuius, bellum cum eis indictum sit, responsum est liberos eos manere: id enim iuri gentium convenit esse, itaque eum, qui legatum pulsasset, Quintus Mucius dedi hostibus, quorum erant legati, solitus est respondere, quem hostes si non recepissent, quaesitum est, an civis Romanus maneret : quibusdam existimantibus manere, aliis contra, quia quem semel populus iussisset dedi, ex civitate expulsisse videretur, sicut faceret, cum aqua et igni interdiceret, in qua

(¹⁶) Vgl. **BARTOLUS Nr. 2 zu C. 10.39.4.**

sententia videtur Publius Mucius fuisse id autem maxime quaesitum est in Hostilio Mancino, quem Numantini sibi deditum non acceperunt: de quo tamen lex postea lata est, ut esset civis Romanus, et praeturam quoque gessisse dicitur.

Das Problem wird auch von PETRINUS BELLUS «De re militari» erörtert (Pars II, Tit 8), der sich dabei mit ALCIAT (Parergon III, cap. XIII) auseinandersetzt. Hinweise auf eine Erörterung des Problems bei den Kommentatoren gibt er nicht. Es scheint sich um eine von den Humanisten erörterte Frage zu handeln.

Im ganzen zeigt sich aber, daß die Stellen aus den römischen Quellen, die ZOUCHE für die Lösung international-rechtlicher Fragen heranzieht, überwiegend auch schon von der mittelalterlichen Rechtswissenschaft im gleichen oder ähnlichen Zusammenhänge benutzt worden waren. ZOUCHE steht hier also, auch wenn er im einzelnen nicht darauf hinweist, in der Tradition der Postglossatoren; diese haben insofern den Einfluß des römischen Rechts auf das Völkerrecht des ZOUCHE vermittelt. Dem entspricht seine Methode; er verwendet das römische Recht — um NEUMEYERS Ausdruck zu gebrauchen — «argumentsweise» ^(16a)

IV

An einigen Stellen macht ZOUCHE diesen Zusammenhang selbst durch ausdrückliche Hinweise und Zitate deutlich. Dies gilt z.B. bei den folgenden Fragen.

In II 4 (p. 107) wirft er die Frage auf:

i Sind Verträge und Bündnisse zwischen Fürsten «ex aequo et bono» oder «stricte» zu interpretieren? Hierzu wird zunächst ein Ausspruch des CICERO über das *ius feciale* als der Billigkeit unterstehend herangezogen. Sodann wird BALDUS angeführt, der die Geschäfte der Fürsten der *Bona fides* unterstellt und einer Auslegung nach juristischen Finessen widerstrebend bezeichnet.

(16a) Vgl. NEUMEYER, I. c. (Fußnote 18), I 125.

Ferner ALCIAT, nach dem die Verträge der Fürsten «exuberantior fides» fordern. Daneben wird auf Äußerungen von KARL V. und LUDWIG von Frankreich verwiesen.

Man hat den Eindruck, daß ZOCHE die Bemerkung über BALDUS und ALCIAT ziemlich wörtlich aus seiner Vorlage—GENTILIS, *De Iure Belli* (Buch II cap. 4)—übernommen hat. GENTILIS gibt die entsprechenden Allegate und hebt hervor, daß die «*veteris et novae juris-prudentiae principes*» hier übereinstimmten.

2. Wie erwähnt, zitiert ZOCHE in II.2.13 bei Behandlung der Frage, ob eine doppelte Civität möglich sei, eine Ansicht des BALDUS. Diese findet sich in dessen Kommentierung zur Authentica «*Sed omnino*» in C. 4.12, die eine kurze Abhandlung des Repressalienrechts darstellt, unter Nr. 13. BALDUS erörtert hier das Problem, gegen wen sich die Repressalien im einzelnen richteten, wenn sie etwa gegen «die Peruginer» verhängt seien. Er tritt grundsätzlich für eine restriktive Auslegung ein. Hierbei taucht die Frage auf, wann jemand sein Bürgerrecht kraft «*origo*» aufgegeben habe. Hierzu führt er aus, die «*origo*» sei nicht «*deserta*», wenn jemand zwar seine Vaterstadt verlasse, aber in derselben Provinz wohnen bleibe. ZOCHE hat also BALDUS' Ansicht einfach wiedergegeben.

3. Bei der Frage ob eine Frau französischer Eltern, die in England geboren ist, in Frankreich als Erbin zugelassen werden kann⁽¹⁷⁾, wird, wie bereits erwähnt, Bezug genommen auf die bei BOERIUS' *Decisiones* befindliche Entscheidung Nr. 13 und auf die bei MATTHAEUS DE AFFLICTIS in dessen Entscheidungssammlungen des Neapolitanischen Obersten Gerichtshofes Nr. 384.

MATTHAEUS DE AFFLICTIS berichtet in *Decisio* 384 seiner «*Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*» (benutzte Ausgabe Venedig 1575), daß in dem Gericht die Frage diskutiert worden sei, ob jemand, der von Neapolitaner Bürgern abstammt, aber in Kalabrien sein Domizil hat, Anspruch auf den Genuß der «*privilegia et immunitates*» Neapels hat. Dafür seien die Texte D. 50.1.6 pr.,

(17) Vgl. oben p. 333

D. 50.1.38.5 und C. 10.39.4, die den Satz: «Civitas originis est immutabilis» ergäben, angeführt worden, dagegen die Glosse «Domicilium» zu D. 50.1.6.1. Diese besagt, daß wer in einer Stadt geboren ist, dort «onera et honore subit», falls er nicht einen auswärtigen Wohnsitz hat; sie verweist auf C. 10.39.3 und gibt im Ergebnis dem Wohnsitz den Vorzug. Dieser Auffassung ist auch MATTHAEUS DE AFFLICTIS; er berichtet aber, das Gericht sei gleichmäßig geteilt gewesen.

Der Fall des BOËRIUS (Decisiones Burdegalenses Nr. 13 — benutzte Ausgabe Lyon 1603) ist genauer geschildert. Ein Franzose, Bürger von Bayonne, hat seinen Wohnsitz in Spanien genommen; dort ist ihm ein Sohn geboren. Dieser kehrt nach Bayonne zurück und mache ein Retractrecht an einem Grundstück geltend, das sein Vater verkauft hatte. BOËRIUS legt dar, daß die Entscheidung davon abhängen, ob der Sohn nach Statutarrecht erbberechtigt sei, denn nur dann stünde ihm das Retractrecht zu. Diese Frage bejaht er, weil der Sohn das «Domicilium originis» behalten habe; dies würde man behalten, «Etiam si absens staret per mille annos». Damit habe er auch seine Rechte behalten. Das Droit d'aubain des Königs sei durch Privileg ausgeschlossen. Es werden zahlreiche Autoritäten u.a. BARTOLUS zu D. 32.78 angeführt; sie zeigen, dass das Problem in der Kommentatorenwissenschaft viel behandelt worden war⁽¹⁸⁾.

4. Bei dem oben (p. 332) erörterten Beschlagnahmefall führt ZOUCHE neben dem Zitat aus den Digesten, das er PETRINUS BELLUS entnimmt, auch die Communis Opinio Doctorum an, wozu er auf die Erläuterung von D. 39.4.11 und besonders auf die Ausführungen von CYNUS zu C. 4.33.3 verweist (II. 8. S. 132).

Die römischen Quellen enthalten zu dem Problem der Behandlung eines Schiffes, das neben erlaubtem auch unerlaubtes Gut führt, zwei Stellen: die oben wiedergegebene D. 39.4.11.2 und

(¹⁸) K. NEUMEYER erwähnt in seiner «Gemeinrechtlichen Entwicklung des internationalen Privat- und Strafrechts» (1901-1916) die Streitfrage, ob domicilium oder origo im internationalen Privatrecht maßgebend sei (II.99 Anm. 2), geht aber nicht näher auf sie ein.

C. 4.33.4. CYNUS hatte beide durch eine Distinction harmonisiert. Gehören alle Waren dem schuldigen Schiffseigentümer oder Befrachter, so werden sie alle konfisziert, ist dies nicht der Fall, nur die ihm gehörigen. Diese Distinction gibt ZOUCHE wieder.

Mit einem verwandten Fal befasst er sich in II.8 (auf S. 130). Ein genuesisches Schiff, das mit wertvollen Waren beladen war, wurde (wohl von Spaniern) aufgebracht, unter der Behauptung, es habe Waffen und verbotene Güter and Bord gehabt und diese seien für die Türken bestimmt gewesen. Es war ein Gutachten dahin erstattet, daß Schiff und Waren zurückgegeben werden müßten, weil es die verbotenen Güter noch nicht dem Feinde zugeführt hatte und dafür, daß es nach einem türkischen Hafen bestimmt war, keine «manifesta indicia» Vorgelegen hätten. ZOUCHE berichtet, nach herrschender Meinung der Iurisconsulti unterläge dies der Beweiswürdigung durch den Richter. BOERIUS habe eine Beschlagnahme in einem derartigen Fall für berechtigt erklärt; andere Autoren wollten danach unterscheiden, wie das Ausfuhrverbot formuliert sei (ob es das Perfekt oder das Präsens des entscheidenden Verbs «portare» verwende). Hierzu verweist er ausser auf BOERIUS Decisio 178 auf BARTOLUS zu C. 11.2.5 und BALDUS zu C. 4. 33. 4.

Das «Dubium» bei der von ZOUCHE erörterten Fallgestaltung bezog sich bei den Kommentatoren darauf, ob bereits ein vollendetes Delikt (delictum causum matum) gegeben sei, wenn das Schiff (bzw. sonstige Transportmittel) mit der Ware noch auf der Reise («in via») war, deren Ausfuhr — allgemein oder zu einem Feinde — verboten war.

BARTOLUS führt in der Kommentierung von C. 11.2.5 im Anschluß an den Text aus, man könne auf die Absicht, eine verbotene Ausfuhr vorzunehmen, aus dem Weg schliessen, den das betreffende Schiff genommen habe; verdächtig sei es, wenn von der normalen Route abgewichen sei. BALDUS berichtet bei seiner Erörterung der Frage (bei C. 4.33.4) u.a., daß manche nach der Formulierung des Verbotes unterscheiden wollten, wie dies bei ZOUCHE wiedergegeben ist.

BOERIUS (Decisio 178, Nr. 29) spricht sich für die Möglichkeit der Konfiskation eines Schiffes aus, das die französischen Gewässer

noch nicht verlassen hat, mit dem Argument «quia ubi aliquid prohibetur in termino, intellegitur prohibitum etiam in via», berichtet aber kurz über die ganze Streitfrage und erwähnt auch, daß **BALDUS** über die Theorie berichte, wonach es auf die Formulierung der Verbotsbestimmung ankomme.

5. Literatur der Kommentatorenwissenschaft berücksichtigt **ZOUCHE** ferner bei der Erörterung verschiedener kriegsrechtlicher Fragen.

In II. 8 erörtert er den Fall, daß Truppen **KARLS V.** im Gebiet des Herzogs von Savoyen geplündert hätten, weil die Truppen König **FRANZ I.** von Frankreich, mit dem **KARL V.** Krieg führte, eine Reihe von Städten in Savoyen besetzt hatten. Hier erwähnt er die Auffassung von **PETRINUS BELLUS**, daß diese Plünderungen kriegsrechtlich unzulässig gewesen seien, da der Herzog von Savoyen kein Verbündeter der Franzosen gewesen sei, sondern von den Franzosen zur Hergabe der von diesen besetzten Städte nur gezwungen worden sei. Die Darstellung des **BELLUS** (*De Re militari*, Pars II, Tii. ii, Nr. 5) zeigt, daß die grundsätzliche Frage der Behandlung der Einwohner feindlich besetzter neutraler oder eigener Gebiete schon von **BARTOLUS** und **BALDUS** erörtert worden ist.

In II.8 (S. 135) wird ein Problem des Lösegeldes erörtert, und zwar ein Fall, in dem jemand sich zunächst ergeben hat, dann aber im Zuge des Gefechtes noch einmal gefangen genommen worden ist. Die erörterte Frage geht dahin, wem nun das Lösegeld zusteht, demjenigen, der den Betreffenden zuerst gefangennahm oder demjenigen, der ihn zum zweiten Mal gefangengenommen hat. **ZOUCHE** referiert hier an sich die Meinung von **PETRINUS BELLUS** (*De Re militari*, Pars IV. Tit. 7), er führt aber außerdem die Meinung des **BALDUS** an, die dieser zu C. 8.47.7 oder 8 entwickelt. **BALDUS** selbst stützt sich auf **SALICETUS** zu C. 8.50.2. Auch in einem anderen Lösegeldfall werden zahlreiche Autoren der scholastischen Wissenschaft neben neueren Autoren wie **ALCIAT** und **ZASIVS**, **COVARRUVIAS** und **HOTMAN** sowie **BODIN** angeführt. Es handelt sich um das schon in der Antike diskutierte Problem, wie die Rechtslage ist, wenn von drei Gefangenen einer entlassen wird, damit er mit dem Lösegeld für alle drei

zurückkehrt, dann aber unter Bruch seines Versprechens nicht zurückkommt. Die erörterte Frage geht dahin, ob, wenn nun die Zurückgebliebenen auch für den bereits freigewordenen Dritten das Lösegeld zu zahlen gezwungen sind, für sie ein Ausgleichsanspruch entsteht.

Diese Frage, schon im Altertum von SERVIVS erörtert ⁽¹⁶⁾, war offenbar eine gern behandelte Streitfrage, mit der sich von den Kommentatoren u.a. BARTOLUS, RAFAEL FULGOSIVS, BALDUS, ANGELUS DE UBALDIS und DECIUS befasst haben ⁽²⁰⁾, die aber auch noch von den Juristen des 16. Jahrhunderts gerne diskutiert worden ist.

In II.9 (p. 159) erörtert ZOUCHE die Frage der engeren oder weiteren Auslegung der Zusicherung von freiem Geleit. Hierzu wird neben PETRINUS BELLUS, GROTIUS und GENTILIS auch auf die Meinung der Doctores, jedoch ohne nähere Spezifizierung, verwiesen. GENTILIS, «De Jure Belli» II. 14, allegiert BARTOLUS ZU C. 11.6.1 und verschiedene Consilia des ALESSANDRO.

6. Schliesslich zieht ZOUCHE bei der Erörterung von Fragen des Repressalienrechts den berühmten Traktat des BARTOLUS heran (II.7) (p. 127).

Diese Beispiele genügen, um zu zeigen, daß ZOUCHE ZU bestimmten Einzelfragen auf die Lehren der Kommentatoren zurückgreift bzw. sie referiert, ohne sie jedoch etwa in einer geschlossenen Darstellung, auch nur zu bestimmten Problemkomplexen, wiederzugeben. Wieweit er dabei auf die Originale der Postglossatoren zurückgegriffen hat und wieweit er sie aus zweiter Hand zitiert, braucht in unserem Zusammenhang nicht untersucht zu werden; für den Zweck dieser Arbeit ist entscheidend, daß das römische Recht nicht nur, wie es die humanistische Richtung verstand, sondern *auch*, sogar in erster Linie, wie es die Postglossatoren ausgelegt hatten, *eine* seiner Quellen für das Völkerrecht gewesen ist. Es konnte gezeigt werden, daß auch da, wo ZOUCHE selbst nur Texte aus den Quellen zitiert, oft ein mittelalterliches

⁽¹⁹⁾ Vgl. D. 3.5.20 pr.

⁽²⁰⁾ Diese Autoren werden von ZOUCHE selbst genannt.

Textverständnis dahinter steht. Ohne dieses wäre es in manchen Fällen unmöglich, eine Beziehung zu internationalrechtlichen Fragen der Zeit von ZOUCHE herzustellen. Man denke etwa an die Verwendung von Sätzen aus dem «Ius postliminii» oder aus der Regelung über «Origo» im Rahmen des römischen Verwaltungsrechts betreffend städtische «Munera» und «Honores». Wie sein Lehrer GENTILIS verwendet ZOUCHE die «alte» und die «neue» Jurisprudenz als Quelle für die Erkenntnis des Völkerrechts.

V

Versucht man aufgrund dieser Analyse die eingangs aufgeworfene Frage nach der Stellung dieser völkerrechtlichen Literatur im Rahmen der europäischen Rechtswissenschaften zu beantworten, so ergibt sich folgendes.

i. Die Zahl der Fragen, bei denen in dem Werk von ZOUCHE das römische Recht eine Rolle spielt, ist im Vergleich zum Gesamthalt des Werkes gering. Die Probleme, bei denen auf römisches Recht oder auf die gemeinrechtliche Wissenschaft der Kommentatorenzeit nicht rekurriert wird, überwiegen zahlenmäßig bei weitem.

Andererseits kann man feststellen, daß aus der ungeheuren Stoffmasse, die das Corpus Iuris bietet, wiederum nur wenige Abschnitte eine praktische Rolle spielen ⁽²¹⁾. Sieht man von allgemeinen Maximen, wie sie in D. 50.17.50 und 50.17.109 ausgesprochen sind, oder beiläufigen Definitionen, die in den Quellen Vorkommen, wie etwa die der «Conventio militaris» in D. 2.14.5.8, ab, so sind es hauptsächlich folgende Titel bzw. Stellen, denen Bedeutung zukommt :

Die Titel D. 49.15 und C. 8.50 über das «Ius postliminii». Eine Reihe von Stellen über die Rechtslage des Meeres und des Meeresstrandes: D. 8.4.13 pr; D. 43.8.3; C. 11.5.1.

(21) Hierauf hat schon ZIEGLER in der oben erwähnten Abhandlung hingewiesen.

Die Gaiusstelle über den Erwerb des Eigentums an Kriegsbeute D. 41.1.5.7.

Die in D. 1.9.11, D. 50.1 und C. 10.39.1 und 4 enthaltenen Regeln über den Wohnsitz und die Zugehörigkeit zu verschiedenen Städten, Stellen, die in erster Linie zum römischen Recht der sogenannten *Munera* gehören.

Ferner gewisse Sätze aus dem römischen Verwaltungs- und Militärrecht, wie D. 39.4.11.2 und C. 4.33.4 über die Beschlagnahme von Schiffsladungen, in denen sich verbottene Ware befindet, und D. 48.8.3.6. über die Behandlung des Überläufers ⁽²²⁾.

Ähnlich verhält es sich mit dem Rückgriff auf die Ergebnisse der Kommentatortotenwissenschaft. Auch hier stehen ganz bestimmte Materien wie Beuterecht, Kriegerrecht und Repressalienrecht im Vordergrund.

2. Die Masse der Materien ist aber offenbar rechtlich neu, und Zouche entnimmt die Regeln (wenn auch teilweise in Rückgriff auf andere völkerrechtliche Literatur seiner Zeit) aus anderem Quellenmaterial als dem römischen Recht. Die Zitate vor allem aus antiken Rhetoren und Historikern sowie aus den Geschichtsdarstellungen des Alten Testaments spielen hier eine bedeutendere Rolle.

Die Heranziehung dieser Quellen ist, wenn man die geschichtliche Entwicklung der Rechtswissenschaft in Europa betrachtet, ein neues Phänomen. Zwar ist festzustellen, daß auch bei Autoren, die der Kommentatortenschule zuzurechnen sind, sich im Laufe des 15. Jahrhunderts die Zitate aus antiken Autoren langsam vermehren. Aber es dürfte keinen Traktat der scholastischen Rechts-

⁽²²⁾ Man gewinnt den Eindruck, daß ZOUCHES seine Zitate aus dem römischen Recht, wie wohl auch aus den Autoren der Kommentatortenschule, meist aus anderen Werken übernommen hat, so insbesondere aus GENTILIS und GROTIUS. Dies ändert aber an der Bedeutung dieser Zitate in unserem Zusammenhang nichts.

Wissenschaft geben, bei der die Quellen auch außerhalb des *Corpus Iuris* in dieser Weise überwiegen.

Wie ist diese Erscheinung erklärbar?

Zunächst spielt hier sicher der Umstand eine Rolle, daß das Völkerrecht in der Nähe zur Politik, zur Staatslehre, steht. In diesem Bereich besteht aber seit der Aristoteles-Renaissance des 13. Jahrhunderts eine wissenschaftliche Tradition außerhalb der Jurisprudenz, die an die Staatsschriften des ARISTOTELES anknüpft und in der infolgedessen außerjuristische Quellen die entscheidende Rolle spielen. Man darf vermuten, daß dieser Literatur auch bei der Entwicklung des Völkerrechts Bedeutung zugekommen ist.

Vor allem aber ist auf die Wirkung der humanistischen Rechtswissenschaft zu verweisen. Die humanistische Rechtswissenschaft hat sehr viel mehr geleistet als das Bemühen um die Herstellung des richtigen justinianischen Textes und dessen Interpretation aus der Kenntnis des Altertums selbst. Sie hat auch für die Jurisprudenz eine Fülle neuer Quellen erschlossen, zunächst Quellen der Antike, dann aber im weiteren Verlauf auch Quellen der jeweiligen nationalen Geschichte und Rechtsgeschichte. Diese neuen Quellen verwerten die humanistischen Juristen nun nicht nur zur Auslegung des *Corpus Iuris* selbst, sondern sie interessieren sich auch für das, was sich aus ihnen über andere Rechte, als es das römische Recht gewesen ist, entnehmen läßt. In gewissem Sinne beginnt hier die Rechtsvergleichung. Man findet in den Schriften der humanistisch beeinflussten Autoren des 16. Jahrhunderts auch bei der Erörterung des römischen Rechts oder des geltenden Territorialrechts immer wieder Hinweise auf solche anderen Rechtsquellen. Ich verweise als Beispiel etwa auf die «*Observationes*» von Monarc oder den Institutionenkommentar von ARNOLD VINNIUS.

ZOUCHE selbst hat in dieser «rechtsvergleichenden» Weise das Recht der *Libri feudorum* im Vergleich zum normannischen Lehnrecht behandelt.

Es scheint mir, daß es diese Horizonterweiterung der europäischen Jurisprudenz durch die humanistische Schule gewesen ist, welche

sich bei der Konstituierung der neuen Völkerrechtswissenschaft auswirkt; sie ermöglicht es, die Staatspraxis der Antike, des alten Orients, aber auch des Mittelalters und der eigenen Zeit als Quelle des Völkerrechts heranzuziehen.

3. Eine theoretische Rechtfertigung erhält die Heranziehung dieser Quellen bei den Völkerrechtlern des 16. und 17. Jahrhunderts dadurch, daß sie die alte Frage nach dem *ius Gentium* wieder aufnehmen — und dabei darf *ius Gentium* nicht einfach als Völkerrecht verstanden werden. Vielmehr wird die Frage nach dem *ius Gentium* durchaus im Sinne der antiken Rechtslehre als Frage nach dem Recht gestellt: «*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*». Erst weil und wenn eine Norm in diesem Sinne zum *ius Gentium* gehört, kann sie alle Völker binden, also auch Völkerrecht konstituieren.

Wenn dies aber zutrifft, dann ist es gerechtfertigt, die neuen Erkenntnisse über die Rechtsverhältnisse der Griechen des alten Orients, die Nachrichten der Historiker über die Staatspraxis und die Aussprüche der Rhetoren und Philosophen für die Gewinnung des Völkerrechts zu verwerten. ZOUCHEs Lehrer GENTILIS hat diese Anschauung in der Einleitung zu seinem *Kriegsrecht* in eine klare Theorie gebracht. Er führt hier zunächst aus, daß das *Kriegsrecht* — das *ius Belli* — sich nicht in den Rechtsbüchern Justinians fände. Justinian habe nämlich nur das Recht des römischen Staates wiedergegeben. Das *Kriegsrecht* muß also dem *ius Gentium* (im oben geschilderten Sinne) entnommen werden. Dies aber ist nicht mit dem römischen Recht identisch; es muß vielmehr aus den Auffassungen der verschiedenen Gesetzgeber und Völker erkannt werden. Für seine Erkenntnis gilt, daß «*incognita per cognita cognoscimus*». Was *Ius Gentium* ist, darüber kann man Vermutungen aufstellen, wenn man die *Exempla* der Geschichte betrachtet. Eine mathematische Ableitung ist dagegen nicht möglich ⁽²³⁾. Man muß vielmehr argumentieren und Sachgründe anführen «*argumenta et rationes facient hic*». Dabei muß man auch auf die Handlungen der bedeutendsten und tüchtigsten Männer zurückgreifen.

(^{aa}) Neque tibi dico demonstrationes quas petes a mathematico.

Nur als eine Erkenntnisquelle im Rahmen dieser Annäherung an das *ius Gentium* spielt das römische Recht eine Rolle. Daneben muß man die Gesetze aller weisen Männer aller Jahrhunderte heranziehen sowie: «*quae scripta sunt in libris sacris*». Für *GENTILIS* ist also genau jener Quellenkreis, der auch bei *ZOUCHE* erscheint, die Grundlage, auf der man das als solches nicht ohne weiteres bekannte *ius Gentium* gewinnen kann. Es kann kaum einem Zweifel unterliegen, daß *ZOUCHE* diese Theorie seines Lehrers übernommen hat. Aber auch bei *GROTIUS* finden sich in den Prolegomena zu seinem «*ius Belli ac Pacis*» ähnliche Gedanken. Er begründet hier, warum er die Philosophen, Historiker, Dichter und Rhetoren berücksichtigt hat, mit dem Satz: «*quod ubi multi diversis temporibus ac locis idem pro certo affirmant, id ad causam universalem referri debeat*.»

4. Die eingangs aufgeworfene Frage nach der Stellung der Völkerrechtswissenschaft, wie sie sich im 16. und 17. Jahrhundert bildet, in der Gesamtheit der europäischen Rechtswissenschaft muß also dahin beantwortet werden, daß das Völkerrecht aus der gemeinrechtlichen Rechtslehre erwachsen ist, wie sie sich unter dem Einfluß des Humanismus in erster Linie und daneben der Staatslehre entwickelt hatte. Erst der Humanismus hatte die praktische Möglichkeit und die theoretische Rechtfertigung dafür geschaffen, Historiker, Philosophen und Rhetoren als «*Exempla*» bei der Suche nach Rechtsnormen zu verwenden. Erst aus einer in dieser Weise erweiterten Rechtswissenschaft konnte eine neue Disziplin, wie sie das Völkerrecht des 16. und 17. Jahrhunderts gewesen ist, hervorwachsen.