



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

THE TEACHING OF ROMAN LAW
IN THE 20TH CENTURY:
CHALLENGES AND PERSPECTIVES

a cura di
PAUL DU PLESSIS
TOMMASO BEGGIO

2024



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

91

2024

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2024*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-5541-105-9
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Dicembre 2024

THE TEACHING OF ROMAN LAW
IN THE 20TH CENTURY:
CHALLENGES AND PERSPECTIVES

a cura di
PAUL DU PLESSIS
TOMMASO BEGGIO

Università degli Studi di Trento 2024

INDICE

	Pag.
Paul du Plessis, Tommaso Beggio <i>Introduzione</i>	1
Constantin Willems <i>Zur Resilienz des römischen Rechts in der deutschen Universitätslehre des 20. Jahrhunderts: Drei Schlaglichter</i>	9
Ulrike Babusiaux <i>«Rechtsschichten». Ursprung, Kontext und Weiterwirken eines Begriffs im Werk Max Kasers</i>	35
Lorena Atzeri <i>The Teaching of Roman Law in Oxford and Cambridge between the Wars: Tradition and New Trends</i>	91
Margarita Fuenteseca <i>El acceso a la cátedra de Derecho romano del Prof. Fuenteseca Díaz a mediados del S. XX</i>	145
Tommaso dalla Massara <i>Gli anni Sessanta e i Settanta: la quiete e l'inquietudine</i>	159
Tomasz Giaro <i>What is the European Legal Tradition? When, Why and by Whom was it Invented</i>	173

INTRODUZIONE

*Paul du Plessis, Tommaso Beggio**

Un'analisi approfondita su di un tema così vasto, quale l'insegnamento del diritto romano nel Ventesimo secolo, osservato dal punto di vista delle sfide già superate o da affrontare e delle prospettive che si affacciano all'orizzonte, non può certo dirsi esaurita all'interno delle pagine di un singolo volume. Né questa, d'altro canto, era l'intenzione dei curatori di questa raccolta di Atti della conferenza tenutasi il 26 maggio del 2023¹: lo scopo è stato, piuttosto, quello di stimolare un dialogo in merito a questa tematica, partendo da punti di vista e angolazioni tra loro differenti. Le diverse relazioni, capaci di catturare singoli aspetti e problemi inerenti all'insegnamento del diritto romano e alle ricerche romanistiche in più Paesi europei e in diversi contesti storici e sociali, sono state in grado di far emergere una serie di spunti e suggestioni, tali da permettere, pur partendo da questioni storicamente più o meno delimitate, di indirizzare la discussione verso una serie di interrogativi circa le prospettive della materia, nonché verso i rapporti tra la stessa e altre discipline giuridiche e storiche.

L'obiettivo che gli organizzatori della conferenza hanno cercato di perseguire, pertanto, è stato quello di offrire una panoramica abbastanza varia, e non limitata all'esperienza di un singolo Paese, capace di stimolare ulteriori riflessioni in tema di insegnamento del diritto romano.

* Le pagine 2-5 (sino ai primi asterischi) della presente Introduzione sono state scritte da Tommaso Beggio, mentre la parte che inizia alla pagina 5, dopo gli asterischi, e termina alla pagina 7 (sino ai secondi asterischi) è ad opera di Paul du Plessis. Gli autori hanno scritto congiuntamente, invece, la parte di testo rimanente (dopo i secondi asterischi).

¹ La conferenza, intitolata *The teaching of Roman law in the 20th century: approaches and methods*, si è svolta online ed è stata il frutto della collaborazione tra la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento e la Law School della University of Edinburgh (<https://webmagazine.unitn.it/evento/giurisprudenza/115891/the-teaching-of-roman-law-in-the-20th-century-approaches-and-methods>).

La decisione di circoscrivere gli scopi di questo lavoro entro tali limiti corrisponde alla presa di coscienza della vastità del tema oggetto di indagine, alla quale si è fatto cenno in apertura di questa introduzione.

D'altro canto, se anche si volessero isolare singoli aspetti che rientrano in questa tematica, ben presto ci si accorgerebbe di quante pagine siano già state scritte in merito nel corso degli anni, ma anche, al contempo, di quanto ancora resti da indagare e da dire in proposito. Basti qui pensare, a titolo di esempio, al ricorrente *tòpos* della crisi del diritto romano, scolpito indelebilmente nel 1938 nel titolo di una sua nota opera da Paul Koschaker, e sul quale soltanto da allora continua a esistere un dibattito mai veramente sopitosi². La *Krisenschrift* dello studioso austriaco, d'altro canto, non faceva altro che sancire a chiare lettere quanto già appariva chiaro agli occhi della romanistica europea di allora da oltre un paio di decenni, e cioè che, nonostante i tentativi di "reinventarsi" e di dare vita a nuove importanti correnti di studio e insegnamento della materia e di ricerca (alcune delle quali, in realtà, incontrarono col passare degli anni una notevole fortuna), il diritto romano aveva dovuto inevitabilmente fronteggiare la fine di un'era, tanto significativa, quanto ingombrante, quando il 1° gennaio del 1900 il BGB entrò in vigore, sancendo così definitivamente la conclusione della stagione della Pandettistica.

Nonostante alcuni tentativi di riprendere gli insegnamenti di quest'ultima per riportarli in auge, attraverso una rielaborazione neo-pandettistica e attualizzante delle sue istanze metodologiche, apparve evidente, agli inizi del Novecento, che gli studiosi di diritto romano avrebbero dovuto intraprendere anche altre vie per continuare le proprie ricerche, per aprire queste ultime a nuove e, talora, assai fruttuose prospettive, e per poter proseguire nel difendere l'insegnamento della materia in ambito universitario.

La nuova temperie culturale, che condusse in alcuni casi a un vero e proprio *Umbruch* metodologico nello studio e nell'insegnamento del diritto romano, permise al contempo il fiorire di correnti le cui fortune hanno segnato indelebilmente, pur dovendo attraversare la tempesta

² P. KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, in *Schriften der Akademie für Deutsches Recht*, Gruppe römisches Recht und fremde Rechte, n. 1, München-Berlin, 1938.

delle tragedie totalitarie, le vicende della romanistica del Novecento. Di questo fermento, divenuto poi, negli anni Venti, Trenta e Quaranta del Ventesimo secolo, una strenua lotta in difesa del diritto romano, è rimasto, tuttavia, un riflesso che ha accompagnato la disciplina e il suo insegnamento sino ad oggi, quanto meno in gran parte delle esperienze giuridiche recenti: si tratta della contrapposizione, solo in alcuni casi e grazie ad alcuni studiosi talora ricomposta con successo, tra la dogmatica e la storia, o, meglio ancora, tra la radicale dogmatizzazione in chiave attualizzante, di stampo talvolta neo-pandettistico, e la altrettanto radicale storicizzazione, frutto della *Historisierung* dell'inizio del secolo scorso, che avrebbe voluto consegnare il diritto romano alla pura storia o a una sorta di storia giuridica universale, la cosiddetta *Universalrechtsgeschichte*³. Un incontro tra questi due indirizzi non è affatto impensabile, né sono mancati esempi di figure in grado di unire dogmatica e storia nelle loro ricerche: d'altro canto, è la materia stessa oggetto di studio a portare in sé tanto l'elemento giuridico, quanto quello storico, e a richiedere al suo interprete la necessaria sensibilità tanto nell'uno, quanto nell'altro campo del sapere. Ciononostante, la “tensione” – qualora non vera e propria separazione – metodologica sopra menzionata ha spesso portato a contrapposizioni, come se, in definitiva, esistesse un solo modo “possibile” di studiare il diritto romano e le diverse sensibilità non fossero destinate a incontrarsi, quanto meno al fine di instaurare tra di loro un dialogo. E proprio la mancanza di quest'ultimo ha condotto, alle volte, a una sorta di incomunicabilità tra le differenti esperienze scientifiche.

³ Sul punto, vd. le pagine, sempre esemplari, di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961², 124 ss., 261 ss. e *passim*. In merito al fiorire di nuovi indirizzi metodologici, soprattutto nei Paesi di lingua tedesca, all'inizio del Novecento, si vedano R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht*, in R. ZIMMERMANN, R. KNÜTEL, J.P. MEINCKE (a cura di), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 1999, 1-39; L. ATZERI, *La 'storia del diritto antico' e una lettera inedita di Paul Koschaker*, in *IAH 2* (2010), 191-222; T. BEGGIO, “*Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium*“: la tensione tra dogmatica e storicizzazione nel pensiero e nell'opera di Ludwig Mitteis, in T. KARLOVIĆ, E. IVIČEVIĆ KARAS (a cura di), *Legatum pro anima. Zbornik radova u čast Marka Petraka*, Zagabria, 2024, 561-591.

Per tornare all'incontro del maggio del 2023, è proprio con il pensiero rivolto a questa necessità di confronto e di positiva contaminazione che tale conferenza era stata pensata e l'auspicio dei curatori è che questo volume possa ora contribuire a rafforzare il dialogo allora iniziato, rappresentando esso solo un primo passo in tale direzione. La stessa scelta linguistica adottata sia con riferimento all'incontro del maggio del 2023, sia ora rispetto agli Atti qui pubblicati, ha inteso porsi quale risposta al desiderio di confronto sopra menzionato ed è per questo che gli organizzatori hanno ritenuto opportuno che ogni relatore potesse utilizzare a sua scelta la propria lingua madre o, comunque, una delle lingue principali della romanistica, ciò che, nell'ambito del diritto romano, è reso possibile proprio dalla natura unica dell'argomento di studio, che travalica i confini nazionali e dello stesso continente europeo, e che merita di essere valorizzato.

Venendo ora ai contributi presenti in questo volume, i primi due trattano entrambi della particolare situazione venutasi a creare in Germania, in particolar modo a seguito della presa del potere da parte del Nazionalsocialismo, il quale, come è risaputo, aveva apertamente attaccato il diritto romano sia attraverso il punto 19 del programma del partito apparso nel 1920, sia con la riforma del 1935 della *Studienordnung* delle Facoltà di Giurisprudenza tedesche⁴. Il lavoro di *Constantin Willem*s parte, tuttavia, dall'analisi delle reazioni degli studiosi e della romanistica successive all'entrata in vigore del BGB, attraverso le quali essi si interrogarono sui metodi da adottare nell'insegnamento della materia per i tempi a venire. A seguire, l'autore prende in considerazio-

⁴ Il punkt 19 del programma della NSDAP recita: "Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht". In tema di attacco del partito nazionalsocialista al diritto romano, e con riferimento anche alla riforma della *Studienordnung* del 1935 ispirata da Karl August Eckhardt (1901-1979), mi permetto di rinviare a T. BEGGIO, *Paul Koschaker und die Reform des romanistischen Rechtsstudiums in Deutschland. Ein unveröffentlichtes Dokument*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* 135 (2018), 645-680.

ne, più in particolare, quanto avvenne presso la *Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät* dell'Università di Marburg al tempo del regime nazista e come l'avvento dello stesso avesse portato a dei mutamenti con riferimento agli insegnamenti impartiti, per poi spostare l'attenzione al periodo immediatamente successivo alla caduta del Nazionalsocialismo, quando la Facoltà, per mano del *Dekan, Fritz von Hippel*, predispose nell'ottobre del 1945 una *Denkschrift der Marburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zur Neugestaltung der Juristischen Studienordnung*. Nel suo contributo, invece, *Ulrike Babusiaux* si occupa del concetto di *Rechtsschichten*, così come esso emerge dall'analisi dell'opera di Max Kaser. Una tale indagine presuppone, a sua volta, una contestualizzazione, che, anche in questo caso, non può prescindere dallo studio della condizione del diritto romano al tempo del regime nazista: nel suo lavoro, l'autrice prende accuratamente in considerazione le cosiddette *Verteidigungsstrategien* della romanistica del tempo, la quale, per più vie, tentò di difendere la sua materia di studio e insegnamento dagli attacchi del Nazionalsocialismo. Tali strategie, che alle volte si trasformarono in vere e proprie *Strategien der Anpassung*⁵, adattamenti delle ricostruzioni e dei metodi di ricerca del diritto romano volti ad "assecondare" le narrative del regime e, talora, anche ad adottarne il vocabolario, con riferimento a temi quali la razza o la "giudaizzazione" di tale diritto in età tardoantica, interessarono anche l'opera e il pensiero di Kaser, che per la prima volta vengono presi approfonditamente in considerazione da questa prospettiva.

Lo sguardo si sposta oltremania nel contributo di *Lorena Atzeri*, la quale tratta dell'insegnamento del diritto romano a Cambridge e Oxford nel periodo tra le due Guerre Mondiali. Due figure assai autorevoli, quali William Warwick Buckland a Cambridge e Francis de Zulueta a Oxford, contrassegnarono le vicende dello studio e dell'insegnamento della materia all'epoca in Inghilterra, ma le due università si aprirono a diverse "contaminazioni" scientifiche, rese possibili dalla presenza presso tali sedi di numerosi studiosi ospiti provenienti da più nazioni,

⁵ Vd. F.-S. MEISSEL, S. WEDRAC, *Strategien der Anpassung – Römisches Recht im Zeichen des Hakenkreuzes*, in F.-S. MEISSEL et al. (a cura di), *Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945*, Wien, 2012, 35-78.

sino a quando, a partire dal 1933, crebbe inevitabilmente il numero dei romanisti tedeschi che dovettero ivi trovare rifugio per sfuggire al regime nazista. Approcci metodologici provenienti dal continente vennero accolti così a Cambridge e Oxford, e finirono per “incontrarsi” con i metodi adottati in tali realtà universitarie, resi talora peculiari anche in ragione della particolare organizzazione dell’insegnamento ivi seguita.

Questo dialogo ideale tra le diverse realtà storiche e geografiche prosegue con il contributo di *Margarita Fuenteseca*, nel quale l’autrice concentra la propria attenzione sull’esperienza spagnola. In particolare, in questo lavoro vengono prese in considerazione le diverse modalità di accesso alle cattedre universitarie che si sono succedute nel Paese a partire da un *Reglamento* del 25 giugno del 1931 e sino alla *Ley de Reforma Universitaria* del 1983. Questa indagine attraverso le varie riforme e i rispettivi obiettivi viene compiuto, in concreto, prendendo in considerazione l’esperienza di Pablo Fuenteseca Díaz, il quale ottenne la sua prima cattedra di *Derecho romano* a La Laguna nel 1956.

È all’Italia che rivolge invece la propria attenzione *Tommaso dalla Massara*. Nel suo contributo, l’autore osserva la situazione della romanistica nella Penisola tra gli anni Sessanta e Settanta del Novecento, anni, come egli stesso ha modo di chiarire nelle sue pagine, assai vivaci e ricchi di scambi intellettuali, al punto che le discussioni e gli approcci metodologici di allora hanno rappresentato un passaggio fondamentale, pregno di significato e imprescindibile per la romanistica dei tempi successivi e di oggi. In particolar modo, l’analisi condotta dall’autore mira a sottolineare come il travaglio di quel periodo abbia permesso di valorizzare il ruolo della società e del contesto all’interno dei quali i problemi giuridici andavano calati, interpretati e compresi, e per tal via di superare definitivamente quell’approccio normativista e, in taluni casi, post- o neo-pandettistico che aveva viceversa caratterizzato una certa parte degli studi della materia nei decenni precedenti.

Infine, *Tomasz Giaro*, nel suo scritto, amplia lo sguardo oltre i confini di una singola nazione o area geografica e linguistica e affronta la delicata questione di cosa sia la tradizione giuridica europea. Per essere più precisi, egli mette in discussione che si possa parlare dell’esistenza di una simile tradizione e analizza le figure di alcuni studiosi i quali, a suo avviso, avrebbero contribuito a inventarla: in particolare, *Giaro*

menziona e pone l'accento sulle narrazioni, diverse tra loro, di Paul Koschaker e Harold J. Berman, nonché di Helmut Coing. La critica principale mossa dall'autore dello scritto alle più note ricostruzioni proposte in materia consiste, in particolare, nel fatto che ognuna di esse trascuri più o meno colpevolmente parti significative di questa possibile tradizione – come, a mero titolo di esempio, i sistemi giuridici dei Paesi del Nordeuropa o dei Paesi che appartenevano al blocco sovietico – senza le quali non è possibile, in realtà, provare a ricostruire un quadro completo dell'esperienza storico-giuridica europea.

Come scritto all'inizio di queste pagine, gli Atti della conferenza del maggio del 2023 non vengono presentati con la pretesa che i lavori in essi contenuti possano sempre offrire risposte esaustive – né sarebbe pensabile – alle molteplici questioni che il tema dell'insegnamento del diritto romano, a partire dall'inizio del Ventesimo secolo, pone; questo volume, viceversa, intende fungere da stimolo per il lettore, nella speranza di essere in grado di indurre quest'ultimo a proseguire nel solco delle riflessioni qui proposte e di presentarne altresì di nuove.

Questo volume rappresenta il frutto di una collaborazione tra la Law School dell'Università di Edimburgo e la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento. I curatori si augurano che esso sia il primo di una serie di futuri dialoghi sul diritto romano tra queste due sedi.

Nel licenziare queste pagine, infine, corre l'obbligo di rivolgere un sentito ringraziamento al Dottor Matteo Cristinelli dell'Università di Salamanca per il prezioso aiuto prestato nell'attività di revisione dei singoli contributi dal punto di vista del rispetto dei criteri formali ed editoriali.

Paul J. du Plessis, Tommaso Beggio

Edinburgh-Trento, agosto 2024

Bibliografia

- ATZERI, L., *La 'storia del diritto antico' e una lettera inedita di Paul Koschaker*, in *IAH* 2 (2010), 191-222
- BEGGIO, T., *Paul Koschaker und die Reform des romanistischen Rechtsstudiums in Deutschland. Ein unveröffentlichtes Dokument*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* 135 (2018), 645-680
- *“Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium“: la tensione tra dogmatica e storicizzazione nel pensiero e nell’opera di Ludwig Mitteis*, in T. KARLOVIĆ, E. IVIČEVIĆ KARAS (a cura di), *Legatum pro anima. Zbornik radova u čast Marka Petraka*, Zagabria, 2024, 561-591
- KOSCHAKER, P., *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, in *Schriften der Akademie für Deutsches Recht*, Gruppe römisches Recht und fremde Rechte, n. 1, München-Berlin, 1938
- MEISSEL, F.-S., WEDRAC, S., *Strategien der Anpassung – Römisches Recht im Zeichen des Hakenkreuzes*, in MEISSEL, F.-S. et al. (a cura di), *Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945*, Wien, 2012, 35-78
- ORESTANO, R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961²
- ZIMMERMANN, R., *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht*, in ZIMMERMANN, R., KNÜTEL, R., MEINCKE, J.P. (a cura di), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 1999, 1-39

ZUR RESILIENZ DES RÖMISCHEN RECHTS IN DER DEUTSCHEN UNIVERSITÄTSLEHRE DES 20. JAHRHUNDERTS: DREI SCHLAGLICHTER

*Constantin Willems**

INHALTSÜBERSICHT: 1. Vorbemerkung. 2. Drei selektive disruptive Ereignisse aus dem 20. Jh. 3. „Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht“ nach Einführung des BGB. 3.1. Zitelmann, „Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht“ (1920). 3.2. Lenel, *Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht* (1920). 4. Die „Machtergreifung“ der Nationalsozialisten und das römische Recht. 4.1. Die neue juristische Studienordnung von 1935. 4.2. Berneker, *Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht*, in Reinhardt, *Dt. Recht* (1943). 5. Das Ende der nationalsozialistischen Herrschaft im Jahre 1945. 5.1. Die Denkschrift der Marburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät vom 26. Oktober 1945. 5.2. Berneker, *Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht*, in Reinhardt, *Einführung* (1949). 6. Schlussbemerkung.

1. Vorbemerkung

Resilienz ist ein „Trendkonzept“ bzw. „Modewort“¹. Ursprünglich stammt das Konzept aus den Ingenieur- bzw. Technikwissenschaften und umschreibt dort die Widerstandskraft bzw. Elastizität von Materialien². Aufgegriffen wurde es unter anderem in der Psychologie bezüglich menschlicher Reaktion auf disruptive Ereignisse bzw. Krisen, wenn insbesondere die Frage diskutiert wird, wie Risikosituationen

* Prof. Dr. iur., Professur für Bürgerliches Recht und Römisches Recht, Philipps-Universität Marburg (Deutschland).

¹ M. WEIB, S. HARTMANN, M. HÖGL, *Resilienz als Trendkonzept. Über die Diffusion von Resilienz in Gesellschaft und Wissenschaft*, in M. KARIDI, M. SCHNEIDER, R. GUTWALD (Hrsg.), *Resilienz. Interdisziplinäre Perspektiven zu Wandel und Transformation*, Wiesbaden, 2018, 13-32, 13.

² Vgl. D. RIZNIK, *Überlegungen zur Resilienz des Rechts*, in H. PELIZÄUS, L. NIEDER (Hrsg.), *Das Risiko – Gedanken übers und ins Ungewisse*, Berlin, 2019, 243-255, 244 f.

aufgrund von bestimmten vorhandenen Fähigkeiten positiv bewältigt werden können³. Seit einigen Jahren wird auch in den Rechtswissenschaften Resilienzforschung betrieben⁴, nicht zuletzt auch auf dem Gebiet der Rechtsgeschichte und des römischen Rechts. Bereits David Johnston sprach 1996 in seiner Antrittsvorlesung als Regius Professor an der University of Cambridge von einer »resilience of legal structures«⁵. Zuletzt hat Thomas Rüfner im Rahmen der Arbeiten der Trierer Forschungsgruppe „Resilienz – Gesellschaftliche Umbruchphasen im Dialog zwischen Mediävistik und Soziologie“⁶ die Anwendung des Begriffsinstrumentariums der Resilienztheorie auf rechtshistorische Fragestellungen am Beispiel eines Consiliums von Baldus de Ubaldis zu Fragen der Geldentwertung demonstriert⁷. Im Rahmen dieses Beitrags soll nunmehr der Frage nachgegangen werden, inwiefern sich das römische Recht in der deutschen Universitätslehre des 20. Jahrhunderts im Angesicht der disruptiven Ereignisse in dieser Zeit als resilient erwiesen hat. Angesichts der Breite des Themas auf der einen und der Grenzen des Raumes dieses Beitrags auf der anderen Seite muss sich dabei auf eine holzschnittartige Darstellung beschränkt werden, die der Fragestellung nur anhand einzelner Schlaglichter nachgehen kann; auch wird auf die

³ K. FRÖHLICH-GILDHOFF, M. RÖNNAU-BÖSE, *Resilienz*, 5. Aufl., München, 2019, 11.

⁴ Vgl. etwa aus der deutschen Literatur S. BÖSCHEN, S. MAY, R. THURN (Hrsg.), *Resilientes Recht? Synchronisationsprobleme, Rechtsformenwandel und Selbstbindung durch das Recht*, Weilerswist, 2021; T. BARCZAK, *Der nervöse Staat. Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft*, Tübingen, 2020; D. RIZNIK, *Überlegungen zur Resilienz*, cit., 243-255; K. VON LEWINSKI (Hrsg.), *Resilienz des Rechts*, Baden-Baden, 2016; T. WÜRTEMBERGER, *Resilienz*, in P. BAUMEISTER, W. ROTH, J. RUTHIG (Hrsg.), *Staat, Verwaltung und Rechtsschutz: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, 561-578.

⁵ D. JOHNSTON, *The Renewal of the Old*, in *Cambridge Law Journal* 56 (1997) 80-95, 82 und 89.

⁶ Siehe <https://for2539-resilienz.uni-trier.de/> (zuletzt abgerufen am 12. Januar 2024).

⁷ T. RÜFNER, *Tipping the Scales of Justice: Roman Law as a Resource in Medieval Legal Discourse*, in M. ENDREß, L. CLEMENS, B. RAMPP (Hrsg.), *Strategies, Dispositions and Resources of Social Resilience. A Dialogue between Medieval Studies and Sociology*, Wiesbaden, 2020, 219-229.

Sekundärliteratur nur selektiv zurückgegriffen, um den Rahmen nicht zu sprengen.

2. Drei selektive disruptive Ereignisse aus dem 20. Jh.

Rückblickend läßt sich feststellen, daß Reformen im Bereich der Juristenausbildung immer dann eine Chance hatten, wenn neue gesellschaftliche Leitbilder, gleich welcher Couleur, gefragt waren. Als Ausgangspunkte bedeutender Modifikationen sind die Systemwechsel zum nationalsozialistischen Staat, zur DDR, aber auch die mit dem Jahr 1968 verbundenen Wandelungen in der alten Bundesrepublik zu nennen⁸.

Aus diesem von Ralf Frassek eröffneten Panorama sollen im Rahmen dieses Beitrags selektiv drei disruptive Ereignisse herausgegriffen werden: Die Einführung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) zum 1. Januar 1900, die sogenannte „Machtergreifung“ der Nationalsozialisten im Jahr 1933 und das Ende der nationalsozialistischen Herrschaft im Jahre 1945.

Diskutiert werden sollen diese disruptiven Ereignisse vor dem Hintergrund von vier exemplarischen Publikationen: Behandelt werden sollen Otto Lenels Aufsatz „Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht“ von 1920, Erich Bernekers Beiträge „Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht“ von 1943 und 1949 sowie die von Fritz von Hippel verfasste „Denkschrift der Marburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zur Neugestaltung der Juristischen Studienordnung“ vom 26. Oktober 1945.

3. „Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht“ nach Einführung des BGB

Einige Jahre nach Einführung des BGB zum 1. Januar 1900 erging am 16. Dezember 1919 ein Erlass des preußischen Kultusministers mit

⁸ R. FRASSEK, *Steter Tropfen höhlt den Stein – Juristenausbildung im Nationalsozialismus und danach*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* 117 (2000) 294-355, 296.

der Aufforderung an die juristischen Fakultäten, „Verbesserungsvorschläge“ für die Ausbildung zu liefern⁹. Eine wichtige Frage war hierbei die nach dem künftigen Schicksal des römischen Rechts in der universitären Ausbildung: Nachdem das Zivilrecht nunmehr im BGB kodifiziert war, stellte sich die Frage, welcher Platz künftig dem römischen Recht und seiner Geschichte einzuräumen sei. Michael Stolleis konkludiert unter knappem Verweis in der Fußnote auf die in der Folge geschilderte Kontroverse zwischen Ernst Zitelmann und Otto Lenel: »Die Grundlagenfächer, speziell das römische Recht, begannen schon damals in Not zu geraten«¹⁰.

3.1. Zitelmann, „Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht“ (1920)

In Reaktion auf den erwähnten ministerialen Erlass äußerte sich unter anderem Ernst Zitelmann mit einem Aufsatz zum Titel „Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht“, erschienen in Heft 1/2 der Deutschen Juristenzeitung von 1920¹¹. Zitelmann (1852-1923) war seit 1884 Ordinarius für Römisches Recht in Bonn, 1921 wurde er emeritiert¹². In seinen Werken setzte er sich insbesondere mit Fragen aus dem Bereich der Willenserklärung, namentlich zum Irrtum, auseinander¹³. Kurze Zeit später sollte er in seiner Schrift „Die Neugestaltung des Rechtsstudiums“¹⁴ von 1921, aufbauend auf einem Vortrag auf dem

⁹ Vgl. dazu knapp O. LENEL, *Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht*, in *Deutsche Juristenzeitung*, 1920, col. 252-255, 255.

¹⁰ M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3: *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur: 1914-1945*, München, 1999, 132 mit Fn. 49.

¹¹ E. ZITELMANN, *Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht*, in *Deutsche Juristenzeitung*, 1920, 22-28.

¹² Zur Biographie siehe etwa die Autobiographie in H. PLANITZ (Hrsg.), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Leipzig, 1924, 177-214.

¹³ Insbesondere E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft: eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Berlin, 1879; dazu H.-P. HAFERKAMP, *Psychologismus bei Ernst Zitelmann*, in M. SCHMOECKEL (Hrsg.), *Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs*, Baden-Baden, 2009, 215-224.

¹⁴ E. ZITELMANN, *Die Neugestaltung des Rechtsstudiums*, Berlin, 1921.

Vertretertag der Deutschen Rechtsstudierenden in Göttingen am 27. Juli 1920, eingehendere Reformen der Juristenausbildung postulieren: an ein zweijähriges Grundstudium sollte sich eine praktische Ausbildung und sodann, je nach Laufbahn, ein spezielles Vertiefungsstudium anschließen.

Bezüglich des römischen Rechts im künftigen Rechtsunterricht schlug Zitelmann vor, »das Entbehrliche [zu] opfern, um das Unentbehrliche zu retten«¹⁵: Römisches Recht solle an den Universitäten weiter erforscht und gelehrt werden, sei aber für angehende Praktiker nur bedingt als Unterrichts- und Prüfungsgegenstand erforderlich¹⁶. Für letztere seien elementare Kenntnisse des römischen Rechts ausreichend, die in einer drei- bis vierstündigen Vorlesung für höhere Semester vermittelt werden könnten, der nicht – wie bisher – zugleich die Funktion einer Einführung ins Bürgerliche Recht zukommen solle¹⁷.

3.2. Lenel, *Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht* (1920)

Gegen diesen Vorschlag von Zitelmann setzte sich sogleich Otto Lenel „lebhaft“¹⁸ zur Wehr, und zwar mit einem in Heft 5/6 desselben Jahrgangs der Zeitschrift veröffentlichten Aufsatz mit dem gleichen Titel: „Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht“¹⁹.

Otto Lenel (1849-1935), Verfasser von wichtigen Handwerkszeugen zum römischen Recht wie des Werks zum Edictum Perpetuum²⁰ und der *Palingenesia Iuris Civilis*²¹, aber auch bedeutender Arbeiten zum deutschen bürgerlichen Recht²², war zunächst ab 1882 Ordinarius in

¹⁵ E. ZITELMANN, *Das römische Recht*, cit., 22 f.

¹⁶ E. ZITELMANN, *Das römische Recht*, cit., 23.

¹⁷ E. ZITELMANN, *Das römische Recht*, cit., 27 f.

¹⁸ So treffend M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, cit., 132 Fn. 49.

¹⁹ O. LENEL, *Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht*, in *Deutsche Juristenzeitung*, 1920, col. 252-255.

²⁰ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 1. Aufl., Leipzig, 1883, zuletzt 3. Aufl., Leipzig, 1927.

²¹ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 2 Bde., Leipzig, 1889.

²² Etwa O. LENEL, *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 19 (1881) 154-253; ID., *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines deutschen Bür-*

Kiel und 1884 kurzzeitig Professor für Römisches Recht und Zivilprozess in Marburg, bevor es ihn 1885 nach Straßburg und schließlich 1907 nach Freiburg weiterzog²³.

Lenel prognostizierte:

Die von Zitelmann geplante 3-4stündige Uebersichtsvorlesung wird [...] geradezu abschreckend wirken; sie wird das Dürreste und Ledernste sein, was der Student überhaupt zu hören bekommt. Alles, was der romanistischen Vorlesung Reiz verleihen kann, das Eingehen auf interessantere Probleme, kulturgeschichtliche, rechtsvergleichende Exkurse, die Hinweise auf Aehnlichkeiten und Gegensätze im heutigen Recht usw., wird ja wegfallen müssen, wenn in den paar Stunden dem Hörer auch nur das Allernotdürftigste an Stoff übermittelt werden soll²⁴.

Im Ansatzpunkt erkennt dabei auch Lenel an, dass vertiefte Kenntnisse im römischen Recht für den durchschnittlichen Praktiker entbehrlich sein mögen, und weist dabei vergleichend auf die Juristenausbildung in England²⁵ hin:

gerlichen Gesetzbuchs), in *Archiv für die civilistische Praxis* 74 (1889) 213-239 sowie ID., *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 79 (1892) 49-107; ID., *Stellvertretung und Vollmacht*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 36 (1896) 1-144; ID., *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 44 (1902) 1-30.

²³ Zu Otto Lenel – neben dessen Autobiographie in H. PLANITZ (Hrsg.), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Leipzig, 1924, 133-152 – etwa F. PRINGSHEIM, *Otto Lenel*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 1 (1935) 466-480, H. SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, Amsterdam, 1938, 121-138 = Frankfurt a.M., 1953, 97-110, E. BUND, *Otto Lenel*, in J. VINCKE (Hrsg.), *Freiburger Professoren des 19. und 20. Jahrhunderts*, Freiburg i.Br., 1957, 77-100, sowie C. WILLEMS, *Otto Lenel (1849-1935) – ein jüdischer Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, in F. CORTESE, L. NOGLER (Hrsg.), *Giuristi classici di origine ebraica nella scienza giuridica tedesca del XIX e della prima metà del XX secolo*, Trento, 2025 (im Erscheinen).

²⁴ O. LENEL, *Das römische Recht*, cit., 253.

²⁵ Dazu etwa im Überblick M. LOBBAN, *Geschichte der Juristenausbildung in England seit dem Mittelalter*, in C. BALDUS, T. FINKENAUER, T. RÜFNER (Hrsg.), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen, 2008, 73-94.

Ich gebe Zitelmann ohne weiteres zu, daß das Durchschnittsniveau der breiten Mittelmäßigkeit durch die Ausscheidung der geschichtlichen Fächer nicht sinken würde; ich gehe noch weiter und behaupte, daß es auch dann nicht sinken würde, wenn man den Rechtsunterricht ganz und gar von der Universität verwies und besondere Anstalten zur Abrichtung von Praktikern einrichtete. Daß es auch ohne Universität möglich ist, juristische Geschäftsmänner heranzubilden, das beweisen ja die englischen *solicitors*²⁶.

Einen Niveauverlust befürchtet Lenel jedoch bezüglich der juristischen Elite:

Was sinken würde, das ist nur das Niveau der Auslese, d.h. derer, die dazu bestimmt sind, in den höchsten Gerichten zu sitzen und an den Universitäten das Recht zu lehren, und damit zugleich allerdings auch das Niveau der Rechtspflege überhaupt²⁷.

Schließlich sei das Wissen um die Herkunft und Entwicklung des Rechts und die (historische) Rechtsvergleichung ein überaus wichtiger Faktor in der juristischen Allgemeinbildung:

Wie es für die allgemeine Bildung eines Menschen nicht gleichgültig ist, ob er neben der eigenen auch noch fremde Sprachen versteht, ist es auch für die juristische Bildung nicht gleichgültig, ob man nur von unserem geschriebenen Rechte weiß oder daneben auch noch ein anderes Recht kennt, das auf dem grünen Baum der Praxis gewachsen ist, jenem mit seinen Rechtsbegriffen zugrunde liegt und durch seine Uebereinstimmungen wie seine Abweichungen für dessen tieferes Verständnis bedeutsam ist²⁸.

Um die Inhalte lebendig weitergeben zu können, sei dabei die noch heute oft beschworene Einheit von Forschung und Lehre von besonderer Bedeutung:

Umgekehrt kann aber freilich auch die Vorlesung über römisches Recht nur dann den rechten Nutzen stiften, wenn sie in der Hand von Män-

²⁶ O. LENEL, *Das römische Recht*, cit., 254.

²⁷ O. LENEL, *Das römische Recht*, cit., 254.

²⁸ O. LENEL, *Das römische Recht*, cit., 254 f.

nern liegt, die selbst noch mit lebendigem Interesse im Fluß der Forschung stehen und darum auch Interesse zu wecken vermögen²⁹.

In engem zeitlichen Zusammenhang zu der Ende 1919 angestoßenen und ab 1920 wie gezeigt auch öffentlich geführten Diskussion um „Verbesserungsvorschläge“ bezüglich des Rechtsunterrichts an den preußischen Universitäten sollten schließlich auch konkrete Veränderungen des Lehrangebots an den juristischen Fakultäten folgen, nicht zuletzt auf dem Gebiet des römischen Rechts. Dies soll hier nur exemplarisch am Beispiel der Universität Marburg verdeutlicht werden: Wurde in Marburg bis zum Sommersemester 1921 noch die einheitliche Vorlesung „System und Geschichte des römischen Privatrechts“ im Umfang von insgesamt neun Semesterwochenstunden angeboten³⁰, umfasste das Lehrangebot ab dem Sommer 1922 nur noch die fünfstündigen „Grundzüge des römischen und bürgerlichen Rechts“, ergänzt von der dreistündigen separaten Vorlesung über „Römische Rechtsgeschichte“³¹; ab dem Sommer 1926 betrug der Umfang beider Veranstaltungen jeweils vier Stunden³². Insgesamt wurde die Bedeutung des römischen Rechts gerade in der Einführung in das Studium damit konsequent reduziert, was sich jedoch nur marginal auf das gesamte Stundenangebot zum römischen Recht auswirkte. Insbesondere verblieb dem römischen Recht – wie von Lenel gefordert und entgegen Zitelmanns Postulat – ein Platz in der Studieneingangsphase, sodass dieses nicht ausschließlich in die höheren Semester verlagert wurde.

Mit der Veränderung des Lehrportfolios ging augenscheinlich auch eine Änderung der Prüfungspraxis im Referendarexamen einher. Gegen einen Bedeutungsverlust des römischen Rechts in dieser Abschlussprüfung sprach sich daher der preußische Justizminister in einer Rundverfügung vom 13. Oktober 1925 aus:

²⁹ O. LENEL, *Das römische Recht*, cit., 254.

³⁰ PHILIPPS-UNIVERSITÄT MARBURG, *Verzeichnis der Vorlesungen: Sommer-Halbjahr 1921*, Marburg, 1921, 11.

³¹ PHILIPPS-UNIVERSITÄT MARBURG, *Verzeichnis der Vorlesungen: Sommer-Halbjahr 1922*, Marburg, 1922, 11.

³² PHILIPPS-UNIVERSITÄT MARBURG, *Verzeichnis der Vorlesungen: Sommerhalbjahr 1926*, Marburg, 1926, 4 f.

Nach Wahrnehmung der letzten Zeit scheint das römische Recht – in mißverständlicher Auslegung des § 15 Nr. 2 Abs. 3 Ausbildungsordnung (a.F.) – im mündlichen Teil der ersten juristischen Prüfung nicht immer in dem Maße berücksichtigt zu werden, wie es seiner Bedeutung und dem Sinne der genannten Bestimmung entspricht. Das römische Recht ist die Grundlage der Mehrzahl der in den europäischen Staaten geltenden Rechte und bildet damit eine Brücke zu deren Verständnis. Diese noch heute praktische Bedeutung des römischen Rechts wird aber von den Rechtsbeflissenen nur dann erkannt und nach Gebühr gewürdigt werden, wenn es wenigstens in regelmäßiger Wiederkehr zum Gegenstand der mündlichen Prüfung gemacht wird; selbstverständlich kann dabei gelegentlich auch eine Stelle aus den römischen Rechtsquellen zur Erläuterung herangezogen werden³³.

Aufgrund der richtigen soziologischen Erkenntnis, dass nur das gelernt wird, was auch in der Prüfung „droht“, wurde somit zumindest ein Gegengewicht zum Bedeutungsschwund in den Lehrveranstaltungen gesetzt.

4. Die „Machtergreifung“ der Nationalsozialisten und das römische Recht

Bekanntlich waren nach § 3 Abs. 1 S. 1 des sogenannten „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ vom 7. April 1933 »Beamte, die nicht arischer Abstammung sind, [...] in den Ruhestand [...] zu versetzen«. Dies führte nicht zuletzt auch zur Vertreibung von insgesamt 132 in Deutschland tätigen Juraprofessoren während der ersten drei Jahre der NS-Herrschaft, was über einem Viertel des gesamten Lehrkörpers entsprach. Das Fach römisches Recht wurde hierbei besonders schwer getroffen: Ein Großteil der prominentesten Romanisten der Weimarer Zeit war „nicht-arisch“ im Sinne dieses Gesetzes. Von diesen waren Otto Lenel und Otto Gradenwitz bereits emeritiert und

³³ Zitiert nach P. KRAUSE, *Geschichte der Justiz- und Verwaltungsbildung in Preußen und Deutschland*, in C. BALDUS, T. FINKENAUER, T. RÜFNER (Hrsg.), *Juristen- ausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen, 2008, 95-125, 121 Fn. 106.

starben 1935, Ernst Rabel, Ernst Levy, Fritz Schulz, Franz Haymann, Fritz Pringsheim und der junge David Daube mussten emigrieren³⁴.

4.1. Die neue juristische Studienordnung von 1935

Zum 18. Januar 1935 trat sodann eine – maßgeblich vom Hauptreferenten für die Fächer Recht, Staat, Politik, Wirtschaft und Geschichte im Berliner Reichserziehungsministerium Karl August Eckhardt (1901-1979)³⁵ initiierte und durchgesetzte – neue juristische Studienordnung unter dem Titel „Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft“ in Kraft³⁶. Eckhardt postulierte diesbezüglich:

Die deutsche Rechtswissenschaft muß nationalsozialistisch werden. Nationalsozialismus ist kein Lippenbekenntnis, sondern eine Weltanschauung. [...] Im geistigen Ringen um neue Werte gibt es keinen besseren Kampfplatz als die Universität³⁷.

³⁴ Vgl. M. STOLLEIS, *Römisches Recht und Rassengesetze: Deutsche und italienische Gemeinsamkeiten und Differenzpunkte 1933-1945*, in A. ALBRECHT, L. DANNEBERG, S. DE ANGELIS (Hrsg.), *Die akademische „Achse Berlin-Rom“? Der wissenschaftlich-kulturelle Austausch zwischen Italien und Deutschland 1920 bis 1945*, Berlin, 2017, 71-80, 77; W. KUNKEL, *Der Professor im Dritten Reich*, in *Die deutsche Universität im Dritten Reich. Eine Vortragsreihe der Universität München*, München, 1966, 103-133, 112 ff. Zu einzelnen Biographien im Detail etwa W. ERNST, *Fritz Schulz (1879-1957)*, in J. BEATSON, R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Jurists uprooted: German-speaking émigré lawyers in twentieth-century Britain*, Oxford, 2007, 105-204; T. HONORÉ, *Fritz Pringsheim (1882-1967)*, in J. BEATSON, R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Jurists uprooted*, cit., 205-232; A. RODGER, *David Daube (1909-1999)*, in J. BEATSON, R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Jurists uprooted*, cit., 233-248.

³⁵ Eckhardt war – neben Professuren in Kiel, Berlin und Bonn – von 1934 bis 1936 Referent im Reichsjustizministerium; zu diesem knapp R. FRASSEK, *Die juristische Studienordnung*, in T. RAMM, S. SAAR (Hrsg.), *Nationalsozialismus und Recht*, Baden-Baden, 2014, 324-342, 326 Fn. 5, ausführlicher H. NEHLSSEN, *Karl August Eckhardt*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung* 104 (1987) 497-536.

³⁶ Vgl. dazu etwa R. FRASSEK, *Die juristische Studienordnung*, cit., 324-342; ID., *Steter Tropfen höhlt den Stein*, cit., 300-315; ferner H. NEHLSSEN, *Karl August Eckhardt*, cit., 504 f.

³⁷ K.A. ECKHARDT, *Das Studium der Rechtswissenschaft*, Hamburg, 1935, 7.

Dabei wurde insbesondere den Wurzeln im *Ius Commune* und den Ergebnissen der Pandektenwissenschaft der Kampf angesagt:

Noch immer lebt die deutsche Rechtswissenschaft in den Gedanken-
gängen des römisch-gemeinen Rechts. Mag auch in der Einzelregelung
schon jetzt vielfach arteigenes Recht, altes wie neues, zum Ausdruck
gekommen sein; die geistige Grundhaltung wird noch heute durch das
Pandektensystem bestimmt. Diesem System gilt unser Kampf³⁸.

Die Studienordnung von 1935 sah bezüglich des römischen Rechts
Folgendes vor:

Das römische Recht, bislang im Eingang des Rechtsstudiums und in
zwei Vorlesungen vertreten, erscheint jetzt nur noch in einer Vorlesung
und erst im 5. Semester, erweitert zur ‚Antiken Rechtsgeschichte‘ (4-5
Stunden Vorlesung und 1-2 Stunden Übung). Die deutsche Rechtsge-
schichte ist als ‚Germanische Rechtsgeschichte‘ jetzt ins 1. Semester
vorverlegt und eingerahmt von den zwei Vorlesungen ‚Vorgeschichte‘
und ‚Sippenforschung‘. Eine ‚Privatrechtsgeschichte der Neuzeit‘, die
das Ringen und Verschmelzen deutschen und römischen Privatrechts
seit dem ausgehenden Mittelalter darzustellen hat (Rezeptionsgeschich-
te), ist für das 6. Semester neu vorgesehen³⁹.

Zumindest teilweise wurden diese Maßnahmen im Rahmen der Stu-
dienordnung von 1944 wieder rückgängig gemacht bzw. modifiziert:

‚Germanische Rechtsgeschichte‘ [heißt] wieder ‚Deutsche Rechtsge-
schichte‘ [...]. Die ‚Antike Staats- und Rechtsgeschichte‘ erscheint
wieder im Studiumsbeginn, zugleich aber verkürzt auf nur 3 Stunden⁴⁰.

Die Studenten sollten infolge der Reformen ihre »rechtshistorische
,Prägung‘ [...] in den bedeutsamen Anfangssemestern des Studiums«

³⁸ K.A. ECKHARDT, *Das Studium der Rechtswissenschaft*, cit., 7.

³⁹ Denkschrift der Marburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zur Neu-
gestaltung der Juristischen Studienordnung vom 26. Oktober 1945, S. 2 f. = R. FRASSEK,
Steter Tropfen höhlt den Stein, cit., 346 f.

⁴⁰ Denkschrift der Marburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zur
Neugestaltung der Juristischen Studienordnung vom 26. Oktober 1945, S. 3 = R. FRAS-
SEK, *Steter Tropfen höhlt den Stein*, cit., 347.

in den Vorlesungen zur „Germanischen Rechtsgeschichte“ und zur „Verfassungsgeschichte der Neuzeit“ erhalten⁴¹. Es wurden also im Wege der Reformen das „Reizwort ‚römisch‘“ (so Michael Stolleis) getilgt und mit der „Antiken Rechtsgeschichte“ und der „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ stattdessen zwei neue Veranstaltungen kreiert⁴². Mit letzterer sollten – so Ralf Frassek – »die unerwünschten Inhalte des ehemaligen ‚Römischen Privatrechts‘ an das Ende des Studiums verbannt werden«, in der »Erwartung, dass die Studenten [...] die in den Anfangssemestern erfolgte weltanschauliche Einstimmung auf das Recht [...] bereits immun gegen mögliche liberale Inhalte des römischen Rechts gemacht habe«, sowie vielleicht auch in der »Hoffnung, dass regelmäßig die anstehende Examensvorbereitung das Interesse der Studenten an den römisch-rechtlichen Inhalten mindern würde«⁴³.

Als Konsequenz »versuchten [...] die noch aktiven Romanisten verschiedene Verteidigungslinien aufzubauen«⁴⁴. Von diesen Ansätzen⁴⁵ soll an dieser Stelle ein wenig bekannter präsentiert werden: der Beitrag „Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht“ von Erich Berneker.

4.2. Berneker, Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht, in Reinhardt, Dt. Recht (1943)

Im Jahre 1943 gab der Marburger Rechtsprofessor Rudolf Reinhardt⁴⁶ ein Werk mit dem Titel „Deutsches Recht. Zugleich eine Ein-

⁴¹ So R. FRASSEK, *Die juristische Studienordnung*, cit., 333.

⁴² M. STOLLEIS, *Römisches Recht und Rassengesetze*, cit., 77.

⁴³ So R. FRASSEK, *Die juristische Studienordnung*, cit., 327.

⁴⁴ M. STOLLEIS, *Römisches Recht und Rassengesetze*, cit., 77.

⁴⁵ Zu weiteren solchen Ansätzen siehe den Beitrag von U. BABUSIAUX in diesem Band, 35-90, 43-45; ferner T. BEGGIO, *Paul Koschaker und die Reform des romanistischen Rechtsstudiums in Deutschland. Ein unveröffentlichtes Dokument*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* 135 (2018) 645-680.

⁴⁶ Zu diesem I. AUERBACH, *Catalogus professorum academiae Marburgensis: Die akademischen Lehrer der Philipps-Universität in Marburg, Bd. 2: Von 1911 bis 1971*, Marburg, 1979, 132 f.

führung in das Studium der Rechtswissenschaft“ heraus⁴⁷. Hierbei handelte es sich um eine Gemeinschaftsarbeit der Marburger Ordinarien Erich Berneker, Hermann Conrad⁴⁸, Fritz von Hippel, Rudolf Reinhardt, Walter Schätzel⁴⁹, Ulrich Stock⁵⁰ und Leopold Zimmerl⁵¹. Die weiteren Mitglieder des Kollegiums, Heinrich Herrfahrdt⁵² und Rudolf Schulz-Schaeffer⁵³ konnten sich – wie Reinhardts Vorwort ausweist – »nicht an der Arbeit beteiligen, da sie seit Beginn des Krieges als Majorre bei der Wehrmacht stehen«⁵⁴. Das Werk setzte sich das Ziel, »auf einem verhältnismäßig knappen Raum eine Einführung in das deutsche Recht und seine so mannigfaltigen Teilgebiete zu geben«⁵⁵. Am Ende des Vorworts äußert Reinhardt, den Wunsch, dass »diese Schrift bei allen, die den Zugang zum Geiste des deutschen Rechts suchen, besonders bei unseren jungen Soldaten, denen sie in erster Linie Helfer sein will, ihren Zweck erfüllen« möge⁵⁶.

Der 7. Abschnitt des Werks ist der Rechtsgeschichte gewidmet. In drei Kapiteln werden „Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht“, „Deutsche Rechtsgeschichte“ und „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ beleuchtet. Während die letzten beiden Kapitel aus der Feder von Hermann Conrad stammten, wurde das Kapitel zum römischen Recht von Erich Berneker verfasst. Besagter Erich Berneker (1905-1983) war von

⁴⁷ R. REINHARDT (Hrsg.), *Deutsches Recht. Zugleich eine Einführung in das Studium der Rechtswissenschaft*, Marburg, 1943.

⁴⁸ Zu diesem I. AUERBACH, *Catalogus professorum*, cit., 88.

⁴⁹ Zu diesem I. AUERBACH, *Catalogus professorum*, cit., 135 f.

⁵⁰ Zu diesem I. AUERBACH, *Catalogus professorum*, cit., 142 f.

⁵¹ Zu diesem I. AUERBACH, *Catalogus professorum*, cit., 150; ferner C. WILLEMS, *Rezension zu Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung (2019)*, in *Journal der Juristischen Zeitgeschichte*, 2020, 109-111.

⁵² Zu diesem neuerdings A.V. NADJM, „*Schiedsrichterliche Führung*“: *Autoritär-korporative Staatsrechtslehre nach Heinrich Herrfahrdt*, Berlin, 2022 sowie knapp I. AUERBACH, *Catalogus professorum*, cit., 105 f.

⁵³ Zu diesem etwa G. KÖBLER, *Die Rechtslehrer an den deutschen Rechtsfakultäten*, in T. RAMM, S. SAAR (Hrsg.), *Nationalsozialismus und Recht*, Baden-Baden, 2014, 155-218, 185; I. AUERBACH, *Catalogus professorum*, cit., 139 f.

⁵⁴ R. REINHARDT, *Vorwort*, in ID. (Hrsg.), *Deutsches Recht. Zugleich eine Einführung in das Studium der Rechtswissenschaft*, Marburg, 1943.

⁵⁵ R. REINHARDT, *Vorwort*, cit.

⁵⁶ R. REINHARDT, *Vorwort*, cit.

1941 bis 1944 Professor für Römisches Recht, Deutsches Bürgerliches und Internationales Privatrecht in Marburg; nach Entlassung aus der Kriegsgefangenschaft 1945 wirkte er ab 1946 bis 1950 an der Universität Mainz und sodann bis zu seiner Emeritierung 1973 an der Universität Würzburg⁵⁷.

Erich Berneker schreibt in seinem Kapitel: »Nicht jedes Zeitalter hat den gleichen Sinn für das Werden des Rechtes. [...] Heute ist die gesamte Rechtsgeschichte durch eine Fülle vordringlicher Gegenwarts- und Zukunftsaufgaben eingeengt«⁵⁸. Ob man dieses Betonen der „Eingengung“ der Rechtsgeschichte zumindest als vorsichtig formulierte Kritik verstehen kann, bedürfte einer eingehenderen Untersuchung. Insofern – so Berneker weiter – »[...] muß zuerst die Frage nach dem Wert des römischen Rechts für die Vorbildung des deutschen Rechtswahrers auf der Universität beantwortet werden«⁵⁹.

Berneker beginnt in der Folge – chronologisch natürlich korrekt, unter Auslassung des Codex Theodosianus und angesichts der weiteren rechtshistorischen Entwicklungen sowie insbesondere der Bedeutung des Corpus Iuris Civilis in der weiteren Rechtsgeschichte allerdings zumindest etwas schief – mit der Aussage, bereits im Zeitalter vor Justinians Kodifikation sei »der Westen Europas [...] von deutschen Stämmen erobert« gewesen,

deren kraftvolle Herrscher für die römisch geborene Bevölkerung das römische Recht nicht nur bestehen ließen, sondern sogar schon ein Menschenalter früher als Justinian im ostgotischen, burgundischen und westgotischen Recht zusammenfassend aufzeichneten⁶⁰.

Justinian und seine Kompilatoren hätten nach diesem Verständnis auf den Schultern der Verfasser der germanischen *leges*, namentlich der *Leges Romanae*, gestanden. Zur Rezeption des römischen Rechts schreibt Berneker überdies: »Starke Völker haben sich nie gescheut,

⁵⁷ Vgl. I. AUERBACH, *Catalogus professorum*, cit., 81 f.

⁵⁸ E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht*, in R. REINHARDT (Hrsg.), *Deutsches Recht: zugleich eine Einführung in das Studium der Rechtswissenschaft*, Marburg, 1943, 165-177, 165.

⁵⁹ E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte*, cit. (Fn. 58), 166.

⁶⁰ E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte*, cit. (Fn. 58), 166.

alte überlieferte Einrichtungen fallen zu lassen und neue fortschrittliche Leistungen auch von anderen zu übernehmen«; so hätten etwa die Franken »ihre Reichsidee von den Römern entlehnt«⁶¹. Rezeption, die Übernahme alter, fremder Rechtsideen, ist also kein Zeichen der Schwäche, sondern vielmehr umgekehrt ein Zeichen der Stärke. In beiden Aussagen Bernekers lässt sich eine interessante Herangehensweise erkennen, um die Bedeutung des römischen Rechts – auf germanischen Fundamenten stehend und in Stärke selbstbestimmt rezipiert – in die Zeit des Nationalsozialismus fortzuschreiben.

Gleichwohl habe das Recht, so Berneker weiter, mit der Zeit zu gehen und sei vor dem jeweiligen sozio-kulturellen Hintergrund auszulegen: Ein »Grund, der eine weitgreifende inhaltliche Ueberfremdung des Rechtes ausschließen mußte«, war laut Berneker »der Unterschied zwischen dem überlieferten Wortlaut der Gesetze und ihrer Anwendung«:

Das gleiche gilt für das deutsche bürgerliche Gesetzbuch, das ja heute nicht ungeachtet des gewaltigen nationalsozialistischen Umbruchs einfach im Geiste der Zeit seiner Verkündung im Jahre 1896 zur Geltung gebracht werden kann⁶².

Natürlich muss auch Berneker den neuen Realitäten seiner Zeit ins Auge sehen und auf die veränderten politischen Rahmenbedingungen infolge von Maßnahmen zur Umsetzung von Punkt 19 des NSDAP-Parteiprogramms von 1920⁶³ eingehen:

Die nationale Revolution stellte dann den deutschen Rechtswahrer vor die gewaltige Aufgabe einer von dem Schwung der neuen Ideen getragenen, in die Zukunft weisenden Erneuerung des deutschen Privatrechts. Dieses Ziel wird ihm durch Punkt 19 des Parteiprogramms vorgeschrieben, der lautet: ‚Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht.‘ Dieser Programmsatz wendet sich nicht gegen das klassische Weltrecht der Römer, von dessen Stoff unsere Rechtssätze inhaltlich kaum etwas aufgenommen haben, auch nicht gegen das justiniani-

⁶¹ E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte*, cit. (Fn. 58), 168.

⁶² E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte*, cit. (Fn. 58), 169.

⁶³ Hierzu nur m.w.N. M. STOLLEIS, *Römisches Recht und Rassengesetze*, cit., 75 f.

sche Recht, sondern gegen den im Gefolge der Naturrechtslehre in das deutsche Recht eingezogenen [...] Materialismus⁶⁴.

Dieser Entwicklung [...] wurde durch die neue deutsche Studienordnung für Juristen Rechnung getragen. Danach ist für das 5. Semester antike oder römische Rechtsgeschichte als historische Hauptvorlesung vorgesehen [...]⁶⁵.

Bezüglich der Notwendigkeit, weiterhin antike bzw. römische Rechtsgeschichte zu unterrichten, schließt Berneker mit einem Argument, das dem von Otto Lenel bereits gut zwanzig Jahre zuvor Erwogenen durchaus ähnelt: »Die juristischen Fakultäten wollen keine Fachschulen sein, die dem künftigen Rechtswahrer nur das notwendigste Handwerkszeug mitgeben«⁶⁶. Und auf die bereits von Zitelmann und Lenel diskutierte Frage, ob »dieser Zweig der Rechtswissenschaft auch für die zukünftigen Praktiker einen Sinn« habe⁶⁷, antwortet Berneker, wiederum Lenel nicht unähnlich: »Das Recht ist nicht etwas von der Natur Gegebenes, sondern etwas Gewordenes«⁶⁸ – »An diesem Fortleben des Rechts des Altertums darf auch der praktische Rechtsanwender, der an den Universitäten für seinen Beruf vorgebildet wird, nicht vorbeigehen«⁶⁹.

5. Das Ende der nationalsozialistischen Herrschaft im Jahre 1945

Nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft im Jahre 1945 stellte sich schon bald nach der bedingungslosen Kapitulation der Wehrmacht am 8. Mai die Frage, wie es mit dem Rechtsunterricht an den Universitäten weitergehen sollte⁷⁰. Exemplarisch soll in der Folge die diesbezügliche Denkschrift der Marburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät vom 26. Oktober 1945 vorgestellt werden; zu-

⁶⁴ E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte*, cit. (Fn. 58), 171 f.

⁶⁵ E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte*, cit. (Fn. 58), 172.

⁶⁶ E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte*, cit. (Fn. 58), 173.

⁶⁷ E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte*, cit. (Fn. 58), 173.

⁶⁸ E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte*, cit. (Fn. 58), 174.

⁶⁹ E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte*, cit. (Fn. 58), 176.

⁷⁰ Vgl. dazu ausführlich R. FRASSEK, *Steter Tropfen höhlt den Stein*, cit., 335-343.

dem soll abschließend ein Ausblick in das 1949 neu publizierte Kapitel von Erich Berneker zu antiker Rechtsgeschichte und römischem Recht im wieder aufgelegten, erneut von Rudolf Reinhardt herausgegebenen Sammelwerk geworfen werden.

5.1. Die Denkschrift der Marburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät vom 26. Oktober 1945

Die „Denkschrift der Marburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zur Neugestaltung der Juristischen Studienordnung“ vom 26. Oktober 1945⁷¹ wurde verfasst vom damaligen Marburger Dekan Fritz von Hippel (1897-1991), der von 1941 bis 1951 den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Rechtsphilosophie und Internationales Privatrecht der Universität Marburg innehatte, bevor er nach Freiburg wechselte⁷².

Im Rahmen der Denkschrift wird auch auf die Studienordnungen von 1935 und 1944 und insbesondere deren Auswirkungen auf die Lehre von römischem und germanisch-deutschem Recht eingegangen:

der Erlass dieser Studienordnungen [von 1935 und von 1944] aber war nicht nur der äusseren Form nach ein autoritärer Akt. Denn hier wurde nicht die reife Frucht einer natürlichen Entwicklung von den dazu berufenen besten Vertretern des Faches eingebracht, sondern es kamen neben dem ausgeglichenen Urteil des Erfahrenen und Vollgebildeten nicht minder die persönliche Tendenz und die willkürliche Vorliebe des beschränkten Kopfes zum Zuge, mochte man nun gegen das römische Recht Sturm laufen [...] oder mochte man das germanische Recht künstlich aufwerten [...]⁷³.

⁷¹ Universitätsarchiv Tübingen, Rep. 189/62 (unpaginiert); Abdruck bei R. FRASSEK, *Steter Tropfen höhlt den Stein*, cit., 345-354.

⁷² Vgl. zu von Hippel etwa T. RAMM, *Fritz von Hippel als Rechtstheoretiker und Rechtsphilosoph*, in *Juristenzeitung*, 1992, 1141-1151; R. FRASSEK, *Steter Tropfen höhlt den Stein*, cit., 339 f., Fn. 160; G. KÖBLER, *Die Rechtslehrer*, cit., 184 f.; I. AUERBACH, *Catalogus professorum*, cit., 107.

⁷³ Denkschrift der Marburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zur Neugestaltung der Juristischen Studienordnung vom 26. Oktober 1945, S. 2 = R. FRASSEK, *Steter Tropfen höhlt den Stein*, cit., 346.

Die Marburger Neugestaltung der Juristischen Studienordnung sah dagegen auf dem Gebiet der Rechtsgeschichte das Folgende vor:

In der Rechtsgeschichte erhalten das Römische Recht wie das Germanisch-Deutsche Recht je 2 Vorlesungen: Je eine Einführungsvorlesung im 1. Semester und auf dieser Grundlage je eine umfassende Hauptvorlesung ‚Antike Rechtsgeschichte‘ und ‚Deutsche Rechtsgeschichte‘ in einem späteren Semester. Die Bezeichnung der Einführungsvorlesungen als ‚Einführung in die antike Rechtswelt‘ und ‚Einführung in die germanisch-deutsche Rechtswelt‘ sollen hinweisen auf das hier erstrebte ideale Ziel: Auf dem Boden umfassender Fachkenntnisse und in ständiger Darbietung geeigneten grossen Anschauungsstoffes von hoher Warte her wirkliche Lebensbilder zu zeichnen aus der antiken wie aus der germanisch-deutschen Vergangenheit und so in dem jungen Menschen Verständnis und Begeisterung zu erwecken für die Grundlagen der europäischen Rechtskultur. Eine ‚Privatrechtsgeschichte der Neuzeit‘, die anschliessend den Rezeptionsvorgang zu verfolgen hat, ist als gute Neuerung der Studienordnung von 1935 beizubehalten⁷⁴.

Der beigefügte „Studienplan“ sah konsequent für das 1. Semester die „Einführung in die antike Rechtswelt“ und die „Einführung in die germanisch-deutsche Rechtswelt“ zu je zwei bis vier Semesterwochenstunden vor, für das 2. Semester die „Deutsche Rechtsgeschichte“ im Umfang von vier Stunden, für das 4. Semester die „Antike Rechtsgeschichte“ zu wiederum vier Stunden und zuletzt für das 5. Semester die „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ mit drei bis vier Stunden⁷⁵.

Die Marburger „Denkschrift“ wurde auch an andere Juristenfakultäten verschickt, etwa, wie sich aus einem in Tübingen erhaltenen Begleitschreiben von Hippels vom 15.11.1945 ergibt, an die Fakultäten in Bonn, Erlangen, Frankfurt am Main, Freiburg, Gießen, Göttingen, Heidelberg, Köln, München und Tübingen⁷⁶. Von Hippel schrieb den Kollegen, an der Marburger Fakultät gedenke man, „einstweilen“ nach dem

⁷⁴ Denkschrift der Marburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zur Neugestaltung der Juristischen Studienordnung vom 26. Oktober 1945, S. 6 = R. FRASSEK, *Steter Tropfen höhlt den Stein*, cit., 349.

⁷⁵ Denkschrift der Marburger Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zur Neugestaltung der Juristischen Studienordnung vom 26. Oktober 1945, S. 8-10 = R. FRASSEK, *Steter Tropfen höhlt den Stein*, cit., 352 f.

⁷⁶ R. FRASSEK, *Steter Tropfen höhlt den Stein*, cit., 340 mit Fn. 161.

in der Denkschrift enthaltenen Studienplan zu lehren, und bat um Stellungnahme zum Plan und um »Mitteilung etwaiger eigener Pläne und Denkschriften«. Jedenfalls in Tübingen billigte man den Marburger Plan⁷⁷.

5.2. *Berneker, Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht, in Reinhardt, Einführung (1949)*

Nach dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft wurde auch das von Rudolf Reinhardt herausgegebene Einführungsbuch neu aufgelegt und erschien im Jahr 1949 unter dem neuen Titel „Einführung in die Rechtswissenschaft“⁷⁸. Von den Autoren der ersten Auflage war Leopold Zimmerl 1945 verstorben⁷⁹. Erich Berneker und Walter Schätzel waren zwischenzeitlich nach Mainz und Hermann Conrad nach Bonn gewechselt, blieben aber am Werk beteiligt. Neben den noch in Marburg verbliebenen Mitautoren Fritz von Hippel, Rudolf Reinhardt und Ulrich Stock waren an dem neuen Werk ferner Adalbert Erler (Mainz), Heinrich Herrfahrdt (Marburg), Hellmut Georg Iselle (Mainz), Erich Molitor (Mainz), Wolfram Müller-Freienfels⁸⁰ (Marburg), Hermann Nolte⁸¹ (Köln) und Thomas Würtenberger (Mainz) beteiligt, sodass das Werk nicht mehr als reine Gemeinschaftsarbeit des Marburger Kollegiums erscheint, sondern sechs der 13 Beitragenden in Mainz lehrten, fünf in Marburg und jeweils einer in Köln und Bonn.

Der 3. Teil dieses Werks ist mit „Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie“ überschrieben. Neben die aus der ersten Fassung bekannten Beiträge über „Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht“ von Erich Berneker und „Deutsche Rechtsgeschichte“ sowie „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ von Hermann Conrad traten Kapitel über die

⁷⁷ Dazu R. FRASSEK, *Steter Tropfen höhlt den Stein*, cit., 339 f.

⁷⁸ R. REINHARDT (Hrsg.), *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Marburg, 1949.

⁷⁹ Vgl. G. KÖBLER, *Die Rechtslehrer*, cit., 185.

⁸⁰ Zu diesem I. AUERBACH, *Catalogus professorum*, cit., 126 f.

⁸¹ Nolte, zuvor Professor in Königsberg und ab 1946 Vertretung einer Professur in Köln, übernahm zum 1. November 1949 den Lehrstuhl für Römisches Recht, Deutsches Bürgerliches und Handelsrecht in Marburg; vgl. I. AUERBACH, *Catalogus professorum*, cit., 127.

„Geschichte der Rechtswissenschaft“ von Adalbert Erler und über die „Rechtsphilosophie“ von Fritz von Hippel.

Erich Berneker hat sein Kapitel über „Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht“⁸² dabei – anders als andere Beiträge – nicht bloß überarbeitet, sondern völlig neu geschrieben. Bereits der Stil weicht deutlich von dem der früheren Fassung ab und wirkt mitunter sogar erleichtert-scherzhaft. So führt Berneker etwa eingangs aus:

War nicht im vergangenen totalitären Regime in Deutschland dem römischen Recht der Kampf angesagt, war es nicht aus der Prüfungsordnung gänzlich verschwunden, wurden nicht die Vorlesungen über diesen Gegenstand allgemein boykottiert? Nach dem Gesetz des *actus contrarius* ist also zu erwarten, daß das römische Recht nunmehr als unheimlicher Gegenstand die Referendarprüfungen schreckenverbreitend beherrschen wird⁸³.

Und er schließt mit den Worten:

So wollen wir hoffen, daß die Zeiten endlich der Vergangenheit angehören, wo das römische Recht, jener würdige alte Herr mit dem schönen weißen Bart – um mit Koschaker zu reden – in Deutschland angeschnauzt und hinausgeworfen wird, lediglich deshalb, weil er in jüngeren Jahren ungeniert in den Salons der Frau Germania seine Pfeife rauchte⁸⁴.

6. Schlussbemerkung

Schon Henry Maine, wie der in der Vorbemerkung bezüglich der Resilienz rechtlicher Strukturen zitierte David Johnston dereinst Regius

⁸² E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht*, in R. REINHARDT (Hrsg.), *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Marburg, 1949, 253-268.

⁸³ E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte*, cit. (Fn. 82), 253.

⁸⁴ E. BERNEKER, *Antike Rechtsgeschichte*, cit. (Fn. 82), 268. Das Bild von der im Salon Pfeife rauchenden „Frau Germania“ findet sich etwa bei P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München, 1947, 221. Zu einem weiteren Beispiel für Koschakers Bezugnahmen auf „Frau Germania“ etwa T. BEGGIO, *Paul Koschaker (1879-1951): Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, 2. Aufl., Heidelberg, 2018, 164 f.

Professor of Civil Law an der University of Cambridge, bemerkte, dass antike Rechtsinstitutionen nur dann in die Moderne fortwirken, wenn sie eine gewisse Elastizität aufweisen⁸⁵. Eine solche Elastizität bzw. Resilienz zeigte auch das römische Recht in der deutschen Universitätslehre des 20. Jahrhunderts. Über die geschilderten Umbrüche hinweg wurden das Fach und sein Unterricht gebogen, aber nicht gebrochen.

Die exemplarischen Schlaglichter aus dem 20. Jahrhundert ließen sich unschwer vermehren und ins 21. Jahrhundert fortführen. Insbesondere ein zunehmender Fokus auf Rechtsfragen der Digitalisierung, auch im juristischen Studium, droht das Gewicht der juristischen Grundlagenfächer noch weiter zu reduzieren⁸⁶. Wertvoll ist vor diesem Hintergrund, dass der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2021 mit der Reform von § 5a Abs. 2 S. 3 des Deutschen Richtergesetzes (DRiG)⁸⁷ den Kanon der Pflichtfächer – »die Kernbereiche des Bürgerlichen Rechts, des Strafrechts, des Öffentlichen Rechts und des Verfahrensrechts einschließlich der europarechtlichen Bezüge, der rechtswissenschaftlichen Methoden und der philosophischen, geschichtlichen und gesellschaftlichen Grundlagen« – um den Passus erweiterte, dass »die Vermittlung

⁸⁵ H.S. MAINE, *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, Boston, 1963, 256: »No institution of the primitive world is likely to have been preserved to our day, unless it has acquired an elasticity foreign to its original nature through some vivifying legal fiction«.

⁸⁶ Vgl. zur aktuellen Reformdebatte in Deutschland exemplarisch etwa die Expertenanhörung zu zwei Anträgen zur Weiterentwicklung der juristischen Ausbildung (Antrag der FDP-Fraktion mit dem Titel »Rechtsstandort Deutschland stärken – Juristische Ausbildung an das digitale Zeitalter anpassen«, BT-Drs. 19/23121, und Antrag der Fraktion Die Linke unter der Überschrift »Juristische Ausbildung reformieren, Transparenz und Qualität erhöhen, Chancengleichheit gewährleisten«, BT-Drs. 19/24643) im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags, 11.12.2020, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw50-pa-recht-juristische-ausbildung-808892> (zuletzt abgerufen am 12. Januar 2024). Immerhin machten sich einzelne Experten stark für die »Beibehaltung des Status quo der Grundlagenfächer«, <https://www.bundestag.de/resource/blob/812452/8bbf2e520b340dd38bb7ab4d27e59282/omlor.pdf> (zuletzt abgerufen am 12. Januar 2024) oder hegten Sympathien für eine Erweiterung, <https://www.bundestag.de/resource/blob/812568/e0f457ee84f7ea390e3be50d7d87a1c4/sanders.pdf> (zuletzt abgerufen am 12. Januar 2024).

⁸⁷ Dazu etwa C. BALDUS, *Zwischen Göring und Jhering? NS-Justizunrecht im Studienplan*, in *Rechtswissenschaft*, 2021, 273-289.

der Pflichtfächer [...] auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur« erfolgt, und hierdurch die Bedeutung der Rechtsgeschichte in der juristischen Ausbildung explizit betonte und stärkte.

Bibliografia

- AUERBACH, I., *Catalogus professorum academiae Marburgensis: Die akademischen Lehrer der Philipps-Universität in Marburg, Bd. 2: Von 1911 bis 1971*, Marburg, 1979
- BALDUS, C., *Zwischen Göring und Jhering? NS-Justizunrecht im Studienplan*, in *Rechtswissenschaft* (2021) 273-289
- BARCZAK, T., *Der nervöse Staat. Ausnahmezustand und Resilienz des Rechts in der Sicherheitsgesellschaft*, Tübingen, 2020
- BEGGIO, T., *Paul Koschaker (1879-1951): Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, 2. Aufl., Heidelberg, 2018
- *Paul Koschaker und die Reform des romanistischen Rechtsstudiums in Deutschland. Ein unveröffentlichtes Dokument*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* 135 (2018) 645-680
- BERNEKER, E., *Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht*, in REINHARDT, R. (Hrsg.), *Deutsches Recht: zugleich eine Einführung in das Studium der Rechtswissenschaft*, Marburg, 1943, 165-177
- *Antike Rechtsgeschichte und römisches Recht*, in REINHARDT, R. (Hrsg.), *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Marburg, 1949, 253-268
- BÖSCHEN, S., MAY, S., THURN, R. (Hrsg.), *Resilientes Recht? Synchronisationsprobleme, Rechtsformenwandel und Selbstbindung durch das Recht*, Weilerswist, 2021
- BUND, E., *Otto Lenel*, in VINCKE, J. (Hrsg.), *Freiburger Professoren des 19. und 20. Jahrhunderts*, Freiburg i.Br., 1957, 77-100
- ECKHARDT, K.A., *Das Studium der Rechtswissenschaft*, Hamburg, 1935
- ERNST, W., *Fritz Schulz (1879-1957)*, in BEATSON, J., ZIMMERMANN, R. (Hrsg.), *Jurists uprooted: German-speaking émigré lawyers in twentieth-century Britain*, Oxford, 2007, 105-204

- FRASSEK, R., *Steter Tropfen höhlt den Stein – Juristenausbildung im Nationalsozialismus und danach*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung* 117 (2000) 294-355
- *Die juristische Studienordnung*, in RAMM, T., SAAR, S. (Hrsg.), *Nationalsozialismus und Recht*, Baden-Baden, 2014, 324-342
- FRÖHLICH-GILDHOFF, K., RÖNNAU-BÖSE, M., *Resilienz*, 5. Aufl., München, 2019
- HAFERKAMP, H.-P., *Psychologismus bei Ernst Zitelmann*, in SCHMOECKEL, M. (Hrsg.), *Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs*, Baden-Baden, 2009, 215-224
- HONORÉ, T., *Fritz Pringsheim (1882-1967)*, in BEATSON, J., ZIMMERMANN, R. (Hrsg.), *Jurists uprooted: German-speaking émigré lawyers in twentieth-century Britain*, Oxford, 2007, 205-232
- JOHNSTON, D., *The Renewal of the Old*, in *Cambridge Law Journal* 56 (1997) 80-95
- KÖBLER, G., *Die Rechtslehrer an den deutschen Rechtsfakultäten*, in RAMM, T., SAAR, S. (Hrsg.), *Nationalsozialismus und Recht*, Baden-Baden, 2014, 155-218
- KOSCHAKER, P., *Europa und das römische Recht*, München, 1947
- KRAUSE, P., *Geschichte der Justiz- und Verwaltungsbildung in Preußen und Deutschland*, in BALDUS, C., FINKENAUER, T., RÜFNER, T. (Hrsg.), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen, 2008, 95-125
- KUNKEL, W., *Der Professor im Dritten Reich*, in *Die deutsche Universität im Dritten Reich. Eine Vortragsreihe der Universität München*, München, 1966, 103-133
- LENEL, O., *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 19 (1881) 154-253
- *Das Edictum perpetuum: ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 1. Aufl., Leipzig, 1883, zuletzt 3. Aufl., Leipzig, 1927
- *Stellvertretung und Vollmacht*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 36 (1896) 1-144
- *Palingenesia iuris civilis*, 2 Bde., Leipzig, 1889
- *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs)*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 74 (1889) 213-239
- *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis* 79 (1892) 49-107

- *Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 44 (1902) 1-30
- *Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht*, in *Deutsche Juristenzeitung* (1920) col. 252-255
- *Selbstdarstellung*, in PLANITZ, H. (Hrsg.), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Leipzig, 1924, 133-152
- LOBBAN, M., *Geschichte der Juristenausbildung in England seit dem Mittelalter*, in BALDUS, C., FINKENAUER, T., RÜFNER, T. (Hrsg.), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen, 2008, 73-94
- MAINE, H.S., *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, Boston, 1963
- NADJM, A.V., „*Schiedsrichterliche Führung*“: *Autoritär-korporative Staatsrechtslehre nach Heinrich Herrfahrdt*, Berlin, 2022
- NEHLSSEN, H., *Karl August Eckhardt*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung* 104 (1987) 497-536
- PHILIPPS-UNIVERSITÄT MARBURG, *Verzeichnis der Vorlesungen: Sommer-Halbjahr 1921*, Marburg, 1921
- *Verzeichnis der Vorlesungen: Sommer-Halbjahr 1922*, Marburg, 1922
- *Verzeichnis der Vorlesungen: Sommerhalbjahr 1926*, Marburg, 1926
- PRINGSHEIM, F., *Otto Lenel*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 1 (1935) 466-480
- RAMM, T., *Fritz von Hippel als Rechtstheoretiker und Rechtsphilosoph*, in *Juristenzeitung* (1992) 1141-1151
- REINHARDT, R. (Hrsg.), *Deutsches Recht. Zugleich eine Einführung in das Studium der Rechtswissenschaft*, Marburg, 1943
- *Vorwort*, in ID. (Hrsg.), *Deutsches Recht. Zugleich eine Einführung in das Studium der Rechtswissenschaft*, Marburg, 1943
- (Hrsg.), *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Marburg, 1949
- RIZNIK, D., *Überlegungen zur Resilienz des Rechts*, in PELIZÄUS, H., NIEDER, L. (Hrsg.), *Das Risiko – Gedanken übers und ins Ungewisse*, Berlin, 2019, 243-255
- RODGER, A., *David Daube (1909-1999)*, in BEATSON, J., ZIMMERMANN, R. (Hrsg.), *Jurists uprooted: German-speaking émigré lawyers in twentieth-century Britain*, Oxford, 2007, 233-248
- RÜFNER, T., *Tipping the Scales of Justice: Roman Law as a Resource in Medieval Legal Discourse*, in ENDREß, M., CLEMENS, L., RAMPP, B. (Hrsg.), *Strategies, Dispositions and Resources of Social Resilience. A Dialogue between Medieval Studies and Sociology*, Wiesbaden, 2020, 219-229

- SINZHEIMER, H., *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, Amsterdam, 1938, 121-138 = Frankfurt a.M., 1953, 97-110
- STOLLEIS, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur: 1914-1945*, München, 1999
- *Römisches Recht und Rassengesetze: Deutsche und italienische Gemeinsamkeiten und Differenzpunkte 1933-1945*, in ALBRECHT, A., DANNEBERG, L., DE ANGELIS, S. (Hrsg.), *Die akademische „Achse Berlin-Rom“? Der wissenschaftlich-kulturelle Austausch zwischen Italien und Deutschland 1920 bis 1945*, Berlin, 2017, 71-80
- VON LEWINSKI, K. (Hrsg.), *Resilienz des Rechts*, Baden-Baden, 2016
- WEIB, M., HARTMANN, S., HÖGL, M., *Resilienz als Trendkonzept. Über die Diffusion von Resilienz in Gesellschaft und Wissenschaft*, in KARIDI, M., SCHNEIDER, M., GUTWALD, R. (Hrsg.), *Resilienz. Interdisziplinäre Perspektiven zu Wandel und Transformation*, Wiesbaden, 2018, 13-32
- WILLEMS, C., *Rezension zu Kai Ambos, Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung (2019)*, in *Journal der Juristischen Zeitschichte* (2020) 109-111
- *Otto Lenel (1849-1935) – ein jüdischer Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, in CORTESE, F., NOGLER, L. (Hrsg.), *Giuristi classici di origine ebraica nella scienza giuridica tedesca del XIX e della prima metà del XX secolo*, Trento, 2025 (im Erscheinen)
- WÜRTEMBERGER, T., *Resilienz*, in BAUMEISTER, P., ROTH, W., RUTHIG, J. (Hrsg.), *Staat, Verwaltung und Rechtsschutz: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, 561-578
- ZITELMANN, E., *Irrtum und Rechtsgeschäft: eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Berlin, 1879
- *Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht*, in *Deutsche Juristenzeitung* (1920) col. 22-28
- *Die Neugestaltung des Rechtsstudiums*, Berlin, 1921
- *Selbstdarstellung*, in PLANITZ, H. (Hrsg.), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Leipzig, 1924, 177-214

«RECHTSSCHICHTEN». URSPRUNG, KONTEXT UND WEITERWIRKEN EINES BEGRIFFS IM WERK MAX KASERS

Ulrike Babusiaux*

INHALTSÜBERSICHT: 1. Einleitung. 2. Bemerkungen zum historischen Kontext ab 1933. 2.1. Die Forderung zur Abschaffung des römischen Rechts im Parteiprogramm. 2.2. Verteidigungsstrategien der Romanistik. 3. «Rechtsschichten» und «Gemeinschaftsordnung». 3.1. Die Grundlegung in Kasers programmatischer Schrift von 1939. 3.2. Ideologie und Fachaufsatz 1939: «*Mores maiorum* und Gemeinschaftsrecht». 3.3. «Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht». 3.4. Zusammenfassung von Kasers Beiträgen aus den 1930er Jahren. 4. Versuch einer Einordnung und Würdigung. 4.1. Methodischer Ansatz. 4.2. Kennzeichen nationalsozialistischer Rechtslehre. 4.3. Ein Vergleich zwischen Schulz und Kaser. 4.3.1. Betonung ausserrechtlicher Bindungen. 4.3.2. Betonung des Römertums. 4.3.3. Die Betonung der Gemeinschaft gegenüber dem Individuum. 4.3.4. Ergebnis. 4.4. Fortwirken nach 1945. 4.4.1. «Rechtsschichten» 1950 und 1967. 4.4.2. Intuition und Rechtsfiguren. 5. Fazit.

Die programmatische Verdammung des römischen Rechts durch die neuen politischen Machthaber regte mich zur Frage an, ob dieses Recht den Vorwurf eines einseitigen Individualismus verdiene. Dem *ius vitae necisque* des Paterfamilias und des Patrons lassen sich immerhin die Beschränkungen durch die Sittenrechtsprechung (*regimen morum*) der Censoren und später durch das philosophisch beeinflusste Kaiserrecht entgegenhalten. Vor allem bezeugen die *fides*-Bindungen römischer Prägung eine vom Gemeinschaftsgeist getragene Rechtsgesinnung, die der Mit- und Nachwelt noch bis herauf zur Gegenwart als Vorbild dienen kann¹.

* Wolfgang Kaiser, Johannes Liebrecht und Franz-Stefan Meissel bin ich für Rat und Anregungen sehr verbunden. Ich danke Paul Du Plessis und Tommaso Beggio für die Einladung zum Symposium 2023 in Edinburgh/Trient, auf dem ich einige Vorüberlegungen vorstellen und diskutieren konnte.

¹ M. KASER, *Selbstdarstellung*, in H. BALTL, N. GRASS, H.C. FAUBNER (Hrsg.), *Recht und Geschichte. Ein Beitrag zur österreichischen Gesellschafts- und Geistesge-*

1. Einleitung

Die deutschsprachige Romanistik vermeidet es, für das römische Recht von «Rechtsordnung» zu sprechen und bevorzugt den – an die «Ablagerung geologischer Schichtungen»² angelehnten – Begriff der «Rechtsschichten»; gleichsinnig spricht die italienische Forschung von der «esperienza giuridica romana»³. Beide Begrifflichkeiten betonen die aus Sicht des modernen Rechts auffällige Abwesenheit einer Normhierarchie zwischen den verschiedenen Rechtsquellen des römischen Rechts⁴.

Der Begriff der Rechtsschichten wird heute als Synonym für die verschiedenen *partes iuris* des römischen Rechts verwendet, wie sie auch in den Schriften römischer Rhetoren und Juristen in unterschiedlicher Akzentuierung dargestellt werden⁵. Die für die republikanische Zeit zentrale Rechtsschicht ist das *ius civile*, das Gaius als Sonderrecht der römischen Bürger beschreibt und somit vom *ius gentium* als für alle Völker gültigem Recht abgrenzt⁶. Ein anderes Gegensatzpaar bilden *ius civile* und *ius praetorium*, wobei letzteres nach der bekannten Beschreibung Papinians das römische Zivilrecht unterstützt, ergänzt und korrigiert⁷. Als vorgefundene Normordnung ausserhalb der menschlichen Rechtsprägung ist sodann das *ius naturale* zu erwähnen, das sich teilweise mit dem *ius gentium* überschneidet, teilweise von diesem ab-

schichte unserer Zeit. Zwanzig Historiker und Juristen berichten aus ihrem Leben, Sigmaringen, 1990, 142.

² M. KASER, *Zum ius honorarium*, in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Köln-Graz, 1986, 90 mit Fn. 12.

³ U. BABUSIAUX, § 6 *Römische Rechtsschichten*, in EAD. et al. (Hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, Rn. 1 mwN in Fn. 3.

⁴ Grundlegend M. KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen, 1967, 129; zur Verbreitung von Kasers Lehrbuch, vgl. K.-H. ZIEGLER, *Max Kaser*, in H. SCHRÖDER, D. SIMON (Hrsg.), *Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945 bis 1952*, Frankfurt am Main, 2001, 86; zum Systemgedanken in der Romanistik, vgl. T. GIARO, *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, in *ZRG RA* 105 (1998) 184f., 191-196 mwN.

⁵ U. BABUSIAUX, *Römische Rechtsschichten*, zit., Rn. 2.

⁶ U. BABUSIAUX, *Römische Rechtsschichten*, zit., Rn. 18-125, 241-252.

⁷ U. BABUSIAUX, *Römische Rechtsschichten*, zit., Rn. 126-176, bes. 163.

weichende Anordnungen trifft⁸. Überlagert werden diese auch im Prinzipat noch ersichtlichen Rechtsschichten durch das kaiserliche *ius novum*, das alle überkommenen Setzungen neu interpretieren und für alle Bereiche neues Recht setzen kann⁹. Dennoch bleiben die früheren Rechtsquellenkataloge in Justinians *Corpus iuris civilis* erhalten und haben von dort die moderne Rechtssprache geprägt.

Während schon die pandektistischen Darstellungen der römischen Rechtsgeschichte die einzelnen Gegensatzpaare zum *ius civile* als historische Anlagerungen beschreiben¹⁰, ist die Bezeichnung der verschiedenen Rechtsquellen als «Rechtsschichten» ein Produkt der 1930er Jahre. Sie steht damit im zeitlichen Zusammenhang zu Max Kasers Bemühungen, das römische Recht gegen ideologische Angriffe zu schützen. Diese Verteidigung war – wie auch die eingangs zitierte «Selbstdarstellung» betont –, ein besonderes Anliegen Kasers¹¹.

Allerdings ist es offensichtlich, dass eine derartige Verteidigung – wenn sie nicht die eigene Position gefährden sollte – eine gewisse Anpassung der Diktion an die völkisch-rassistische Terminologie und eine jedenfalls vordergründige Übernahme nationalsozialistischer Konzeptionen von Rasse, Volk und Recht verlangte¹². Damit aber stellt sich die

⁸ U. BABUSIAUX, *Römische Rechtsschichten*, zit., Rn. 177-238.

⁹ U. BABUSIAUX, *Römische Rechtsschichten*, zit., Rn. 17.

¹⁰ Zu den Rechtserzeugungsquellen, vgl. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, 1840, 50-181; *Cursus der Institutionen Bd. 1: Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk, mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. hrsg. von A.F. Rudorff, Leipzig, 1853, 264-474 präsentiert zunächst einen historischen Abriss der Rechtsentwicklung in Rom, bevor er die Rechtsquellen vorstellt.

¹¹ Vgl. Zitat am Anfang, dazu auch R. KNÜTEL, *Max Kaser (21.04.1906-13.01.1997)*, in *ZRG RA* 115 (1998) XXIV.

¹² So bereits die autobiographische Skizze von W. KUNKEL, *Der Professor im Dritten Reich*, in *Die deutsche Universität im Dritten Reich*, München, 1966, der das Schwanken zwischen Abwartenwollen und erzwungener und opportunistischer Anpassung schildert; zur teilweisen erzwungenen, teilweise freiwilligen Anpassung der Wissenschaft, vgl. M. GRÜTTNER, *Talar und Hakenkreuz. Die Universitäten im Dritten Reich*, München, 2024, 377-386; zur Juristischen Fakultät der Universität Münster, vgl. L. STEVELING, *Juristen in Münster. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster/Westf.*, Münster, 1999, 492-496.

Frage, ob eine notwendigerweise ideologisch gefärbte Präsentation des römischen Rechts wirklich folgenlos bleiben konnte, und ob nicht die unter dem Eindruck der nationalsozialistischen Ideologie formulierten Forschungspositionen (gegebenenfalls auch unbewusst) durch nationalsozialistisches Gedankengut kontaminiert gewesen sein könnten¹³.

Mit dieser Fragestellung sei nicht verkannt, dass die nationalsozialistische Begriffs- und Gedankenwelt in Kontinuität zur Zeit vor 1933 steht, also nicht jede antiliberale oder nationalistische Äusserung als Beleg für nationalsozialistische Übernahmen angesehen werden kann¹⁴. Ebenso ist seit längerem bekannt, dass die nationalsozialistische Rechtslehre widerspruchsvoll war und zentrale Begrifflichkeiten bewusst unscharf und mehrdeutig geprägt waren. Diese «gegensatzaufhebende Begriffsbildung»¹⁵ hatte zur Folge, dass bestehende Vorstellungen oder auch fachliche Traditionen in die nationalsozialistische Ideologie eingefügt und im Einklang mit dieser Ideologie dargestellt werden konnten¹⁶, was die Scheidung von bloss vordergründiger Anpassung und echter Übernahme ideologischer Positionen erschwerte.

Trotzdem muss die Frage erlaubt sein, ob und inwieweit wissenschaftliche Ausführungen aus der Zeit des Nationalsozialismus ideologische Vorstellungen transportieren. Es ist daher – unabhängig von Ka-

¹³ Vgl. M. MESSERSCHMIDT, *Die deutsche Rechtsgeschichte unter dem Einfluß des Hitlerregimes*, in *Kritische Justiz* 21 (1988) 125.

¹⁴ Zur Selbstwahrnehmung, vgl. D. SIMON, *Die deutsche Wissenschaft vom römischen Recht nach 1933*, in M. STOLLEIS, D. SIMON (Hrsg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Tübingen, 1989, 173; zu Kaser, vgl. R. KNÜTEL, *Max Kaser*, zit., XXIII; allgemein auch F.L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik als Rechtsgeschichte während des Nationalsozialismus*, in *ZRG GA* 132 (2015) 326 und 416f.; zu den Kontinuitäten L. SCHORN-SCHÜTTE, *Religion, Kultur und Staat. Deutungsmuster aus dem Krisenbewußtsein der Republik von Weimar. Eine Einleitung*, in EAD. (Hrsg.), *Alteuropa oder Frühe Moderne. Deutungsmuster für das 16. bis 18. Jahrhundert aus dem Krisenbewußtsein der Weimarer Republik in Theologie, Rechts- und Geschichtswissenschaft*, Berlin, 1999, 11 ff. zur Krise des Liberalismus.

¹⁵ O. LEPSIUS, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus*, München, 1993, 147.

¹⁶ Vgl. W. KUNKEL, *Der Professor*, 108f.; M. GRÜTTNER, *Talar und Hakenkreuz*, zit., 380-385 isoliert im Rückblick sechs Punkte, die das Verhältnis zur Wissenschaft prägten.

sers biographischem Verhältnis zum Nationalsozialismus¹⁷ – zu untersuchen, inwieweit völkisch-rassistische Konzeptionen in Kasers Darstellung des römischen Rechts seit 1933 eingeflossen sind¹⁸. Diese Untersuchung ist auch deshalb notwendig, weil es vorstellbar ist, dass die zwischen 1933 und 1945 entwickelten Vorstellungen seine wissenschaftlichen Positionen auch nach dem Ende der NS-Herrschaft beeinflusst haben könnten. Während die Auswirkungen der nationalsozialistischen Ideologie auf die «deutsche Rechtsgeschichte» bereits vielfach untersucht worden sind, ist diese historiographische Frage für das römische Recht bisher viel zu selten gestellt worden¹⁹.

2. Bemerkungen zum historischen Kontext ab 1933

Der historische Kontext, in dem sich die romanistische Forschung und Lehre seit den 1930er Jahren bewegte, ist weitgehend bekannt.

¹⁷ Hierzu: R. KNÜTEL, *Max Kaser*, zit., XXI-XXV; S. FELZ, *Im Geiste der Wahrheit? Die Münsterschen Rechtswissenschaftler von der Weimarer Republik bis in die frühe Bundesrepublik*, in U. THAMER, S. HAPP, D. DROSTE (Hrsg.), *Die Universität Münster in der Zeit des Nationalsozialismus. Kontinuitäten und Brüche zwischen 1920 und 1960*, Münster, 2012, 349 und 374. Kaser war seit 01.10.1938 Parteimitglied, vgl. L. STEVELING, *Juristen in Münster*, zit., 359, was aber nichts über seine Überzeugungen aussagt, vgl. F.L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik*, zit., 366.

¹⁸ Vgl. statt aller: F. WITTECK, *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*, Tübingen, 2008, 7: «Relativ klare Konturen gewinnt allein der 'Negativkonsens'».

¹⁹ Vgl. B. RÜTHERS, *Recht oder Gesetz? Gründe und Hintergründe der ‚Naturrechtsrenaissance‘ – zugleich eine Besprechung zur Lena Foljanty: Recht oder Gesetz*, Tübingen 2013, in *Juristenzeitung*, 2013, 822; F.L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik*, zit., 324f. mwN; J. LIEBRECHT, *Die junge Rechtsgeschichte. Kategorienwandel in der rechtshistorischen Germanistik der Zwischenkriegszeit*, Tübingen, 2018, 383f. bescheinigt der Romanistik «einen weniger krisenhaften Innovationsverlauf, [...], da sie stärker endogen ausgerichtet, weniger unmittelbar den damaligen Stürmen in den Humanwissenschaften ausgeliefert war». Eine Ausnahme bildet die Studie von V. WINKLER, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieackers ‚Privatrechtsgeschichte der Neuzeit‘ und die deutsche Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts*, Hamburg, 2014, zu Wieacker.

2.1. Die Forderung zur Abschaffung des römischen Rechts im Parteiprogramm

Schon das Parteiprogramm der NSDAP vom 25. Februar 1920 hatte unter Punkt 19 die Abschaffung des römischen Rechts gefordert: «Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht»²⁰. Dieser Programmpunkt diente dazu, alle antiliberalen Kräfte anzusprechen:

Es konnte (...) 1920 nur darum gehen, für die wenigen Gebildeten, die mit den Vokabeln etwas anfangen konnten, eine Formel zu liefern, die assoziativ gegen Liberalismus, Individualismus, Kapitalismus und Judentum gerichtet war²¹.

Die propagandistische Ansage wurde nach Erlass des «Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich» (sog. «Ermächtigungsgesetz») rasch Realität: Bereits im April 1933 wurde von der Reichsregierung das sog. «Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums» erlassen, das es ermöglichte, jüdische Beamte aus dem öffentlichen Dienst zu vertreiben²², wovon die Rechtswissenschaft mit einem Viertel des

²⁰ Zur Vorgeschichte dieser Vorwürfe, vgl. P. LANDAU, *Römisches Recht und deutsches Gemeinrecht*, in M. STOLLEIS, D. SIMON (Hrsg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, Tübingen, 1989; R. GAMAUF, *Die Kritik am Römischen Recht im 19. und 20. Jahrhundert*, in *Orbis Iuris Romani* 2 (1996) 53-57; T. BEGGIO, *Paul Koschaker und die Reform des romanistischen Rechtsstudiums in Deutschland. Ein unveröffentlichtes Dokument*, in *ZRG RA* 135 (2018) 646f.

²¹ Vgl. auch P.E. PIELER, *Das römische Recht im nationalsozialistischen Staat*, in U. DAVY et al. (Hrsg.), *Nationalsozialismus und Recht*, Wien, 1990, 427-433; M. STOLLEIS, *Römisches Recht und Rassegesetze*, in A. ALBRECHT, L. DANNEBERG, S. DE ANGELIS (Hrsg.), *Die akademische „Achse Berlin-Rom“. Der wissenschaftlich-kulturelle Austausch zwischen Italien und Deutschland 1920 bis 1945*, Wien-Berlin, 2017, 76f. zu den Hintergründen.

²² S. HÖPEL, *Die ‚Säuberung‘ der deutschen Rechtswissenschaft – Ausmaß und Dimensionen der Vertreibung nach 1933*, in *Kritische Justiz* 26 (1993) bes. 445f. und 451f.; L. RAPHAEL, *Radikales Ordnungsdenken und die Organisation totalitärer Herrschaft: Weltanschauungseliten und Humanwissenschaftler im NS-Regime*, in *Geschichte und Gesellschaft* 27 (2001) 11 spricht von einer «scharfe[n] Zäsur», die etwa 15% des wissenschaftlichen Personals betraf. Einzelheiten bei H.-CH. JASCH, *Das preußische Kultusministerium und die „Ausschaltung“ von „nichtarischen“ und politisch mißlie-*

Lehrkörpers besonders stark betroffen war²³; dies galt insbesondere für Lehrstühle des römischen Rechts²⁴.

Im Juli 1934 folgte eine neue «Justizausbildungsordnung» (RGBl I, 727)²⁵, auf deren Grundlage im Januar 1935 die sog. «Eckhardtsche Studienreform»²⁶ erging. Hierbei handelte es sich um eine Richtlinie des Reichs- und Preußischen Ministers für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung Bernhard Rust, die das Rechtsstudium im Sinne der nationalsozialistischen Propaganda umgestaltete²⁷. Für das Privatrecht ordnete sie die Organisation des Studiums entgegen der gesetzlichen Systematik des Bürgerlichen Gesetzbuches nach «Lebensbereichen» an. Hierzu zählten: «Familie», «Familienerbe», «Vertrag und Unrecht», «Ware und Geld»; weiter war die Schaffung selbstständiger Vorlesungen für die «Lebensbereiche» «Volk und Staat», «Volk und Rasse», «Volkskunde», «Sippenforschung» und «Bauer» vorgesehen²⁸. Vor allem aber sollte die deutsche Rechtswissenschaft «endlich» die «Ge-

bigen Professoren an der Berliner Universität in den Jahren 1933 bis 1934 aufgrund des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933 (25. August 2005), in forum historiae iuris, <https://forhistiur.net2005-08-jasch>.

²³ Vgl. M. GRÜTTNER, *Talar und Hakenkreuz*, zit., 419f.: «26,2% des Lehrkörpers der Juristischen Fakultäten».

²⁴ T. FINKENAUER, A. HERRMANN, *Die Romanistische Abteilung der Savigny-Zeitschrift im Nationalsozialismus*, in *ZRG RA* 134 (2017) 3f.

²⁵ R. FRASSEK, *Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren*, in *ZRG GA* 111 (1994) 568; Abdruck der verschiedenen Reformen bei ID., *Steter Tropfen höhlt den Stein- Juristenausbildung im Nationalsozialismus und danach*, in *ZRG GA* 117 (2000) 345 ff.

²⁶ Zitiert nach *Deutsche Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung* 1 (1935) 48-50, dazu M. STOLLEIS, *Fortschritte der Rechtsgeschichte in der Zeit des Nationalsozialismus?*, in ID., *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main, 1994, 70f.; R. FRASSEK, *Weltanschaulich*, zit., 564-591; ID., *Juristenausbildung im Nationalsozialismus*, in *Kritische Justiz*, 2004, 85-96; F.L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik*, zit., 327; T. BEGGIO, *Un commento alla proposta di riforma degli studi romanistici di Paul Koschaker in un documento inedito di Ulrich von Lübtow*, in *Index* 46 (2018) 589f.; M. GRÜTTNER, *Talar und Hakenkreuz*, zit., 431-433.

²⁷ Zur Bedeutung der Reform für die Rechtsgeschichte, vgl. V. WINKLER, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft*, zit., 136-153.

²⁸ *Deutsche Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung* 1 (1935) 50, dazu R. FRASSEK, *Weltanschaulich*, zit., 570; ID., *Juristenausbildung*, zit., 89f.

dankengänge des römisch-gemeinen Rechts» verlassen, was als Absage an den als «Normativismus» verhöhten Positivismus zu verstehen ist²⁹. Erklärtes Ziel der Reform war die Ausbildung von «Wahrern des deutschen Rechts», die bereit seien, der «völkischen Rechtserneuerung» zu dienen³⁰. Drastisch kam dies schon in den zu Beginn der Richtlinien formulierten «Grundgedanken» zum Ausdruck:

Lehrer und Studenten der Rechte! Die deutsche Rechtswissenschaft muß nationalsozialistisch werden. Nationalsozialismus ist kein Lippenbekenntnis, sondern eine Weltanschauung. Vergeßt niemals, daß es nicht auf abgegriffene Schlagworte, sondern auf den Inhalt ankommt³¹!

Schon Zeitgenossen sahen diese Reform als «schärfste Kampfansage gegen die Technik, den Umfang und die Bedeutung des Bürgerlichen Rechts und des Bürgerlichen Gesetzbuches»³², die beide als Folgen der Rezeption des römischen Rechts gedeutet wurden. In Umsetzung der Reform wurde das römische Recht selbst zwar nicht abgeschafft³³, sondern blieb unter dem Titel «Antike (oder: Römische) Rechtsgeschichte» im Fächerkanon erhalten. Allerdings wurde seine Bedeutung durch die Abschaffung von Pflichtvorlesungen und durch die Herabstufung zu einer der weniger wichtigen Vorlesungen gemindert³⁴. Die nationalsozialistische Studienordnung wurde auch an der Universität Münster, an der Kaser seit dem Wintersemester 1932/1933 lehrte³⁵, umgesetzt. So hiess die frühere Vorlesung «Römisches Recht»,

²⁹ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München, 1988, 27, 67 unter Verweis auf Carl Schmitt.

³⁰ Vgl. B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 68-70; R. FRASSEK, *Weltanschaulich*, zit., 570f.; zu Hitlers Verachtung der Juristen, vgl. M. GRÜTTNER, *Talar und Hakenkreuz*, zit., 434.

³¹ *Deutsche Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung* 1 (1935) 48f.

³² K. KROESCHELL, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Göttingen, 1992, 85f.; R. FRASSEK, *Juristenausbildung*, zit., 86f.; T. BEGGIO, *Paul Koschaker*, zit., 657f.

³³ Für Einzelheiten, vgl. V. WINKLER, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft*, zit., 148-153.

³⁴ Vgl. 4. Pflichtvorlesungen.

³⁵ K.-H. ZIEGLER, *Max Kaser*, zit., 78; S. FELZ, *Im Geiste der Wahrheit?*, zit., 362 mwN.

nunmehr «Antike (oder römische) Rechtsgeschichte»; die zivilrechtlichen Vorlesungen, die Kaser im Sommersemester 1935 hielt, lauteten: «Familienerbe», «Bauer» und «Vertrag und Unrecht»³⁶.

Der Erhalt römischrechtlicher Vorlesungen war u.a. auf Anstrengungen der Fachvertreter zurückzuführen, die Bedeutung des römischen Rechts auch oder gerade für die «neue Ordnung» zu behaupten³⁷.

2.2. Verteidigungsstrategien der Romanistik

Die erste der hierbei verfolgten Verteidigungslinien betraf den seit dem 19. Jahrhundert wiederkehrenden Vorwurf, das römische Recht sei «liberalistisch» oder «individualistisch». Dieser Vorwurf sollte unter Hinweis auf die Sitte (*mos maiorum*), die dem «Gemeinschaftssinn» diene, entkräftet werden³⁸. Das zweite, stark antisemitisch gefärbte Motiv der Ablehnung des römischen Rechts lautete, seine Rezeption sei als «Nationalunglück» in einem Moment erfolgt, als es in den Rechtsschulen von Konstantinopel und Beirut durch orientalische Einflüsse «verjudet» gewesen sei³⁹. Hiergegen verwiesen einzelne Romanisten auf die rein methodische und «wissenschaftliche» Rezeption, die keineswegs die Rechtsinhalte betroffen hätten; andere Romanisten wollten durch Hinwendung zum «altrömischen Recht» beweisen, dass die «individua-

³⁶ S. FELZ, *Recht zwischen Wissenschaft und Politik. Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Münster, 1902-1952*, Münster, 2016, 80. Im Wintersemester 1935/36 wurde auch eine Vorlesung «Römisches Zivilprozessrecht» angeboten.

³⁷ M. STOLLEIS, *Fortschritte*, zit., 72-74, Id., *Römisches Recht und Rassegesetze*, zit., 77 mwN; interessant ist in diesem Zusammenhang auch ein Brief, den Kaser am 19.05.1937 als Dekan an das Kultusministerium zu den Erfahrungen mit den 'Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft' richtete, vgl. L. STEVELING, *Juristen in Münster*, zit., 474-476.

³⁸ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, Tübingen, 1939, dazu schon P.E. PIELER, *Das römische Recht*, zit., 442f.

³⁹ Einzelheiten bei P.E. PIELER, *Das römische Recht*, zit., 435f.; zum wirren Geschichtsverständnis dieses Vorwurfes, vgl. R. GAMAUF, *Die Kritik*, zit., 48-53 (zu Spengler); zu Rosenberg, vgl. F.-S. MEISSEL, S. WEDRAC, *Strategien der Anpassung – Römisches Recht im Zeichen des Hakenkreuzes*, in F.-S. MEISSEL et al. (Hrsg.), *Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945*, Wien, 2012, 39f.

listische» Ausprägung erst einer späteren Entwicklungsstufe angehöre, während sich das frühere Recht sehr wohl für die «völkische Revolution» eigne. Gerade in didaktischen Werken findet sich – etwa bei Kasers Lehrer Hans Kreller – die Ansicht, das römische Recht sei rechtspolitisch nützlich, um das bestehende Recht, das aus dem Geist des «Materialismus» errichtet worden sei, zu überwinden⁴⁰. Der umfassendste Versuch in diese Richtung stammt von dem für sein Werk zur juristischen Person bekannten Romanisten (und Schüler Leopold Wengers) Ludwig Schnorr von Carolsfeld⁴¹, der in einem 1936 erschienenen Aufsatz, die Bedeutung des römischen Rechts für den Umbau der bestehenden Rechtsordnung und die Ausbildung von «Rechtswahrern» zu erweisen suchte. Unter dem Titel «Auflockerung des juristischen Denkens durch rechtsgeschichtliche Betrachtung» beschrieb er die Rechtsgeschichte als in der Lage, «überkommene Denkformen» in Frage zu stellen; sie erlaube es,

die alten überkommenen Begriffe und Methoden auf ihre Brauchbarkeit für unsere Gegenwart zu überprüfen, (...) die überlieferten Denkgesetze und Begriffe ihres Charakters der zeitlosen Allgemeingültigkeit zu entkleiden⁴².

Damit sieht er die Aufgabe von Rechtsgeschichte und römischem Recht darin, das juristische Denken von den «oft recht zufälligen und merkwürdigen Wurzeln unseres Denksystems» zu befreien und für die neue Weltanschauung zu öffnen. Schnorr von Carolsfeld betont dabei die besondere Tauglichkeit der historischen Forschung für die Zerstörung der bestehenden Rechtsvorstellungen und Methodenansätze:

⁴⁰ H. KRELLER, *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung in die Volksrechte der Hellenen und Römer und in das römische Kunstrecht*, Tübingen, 1, dazu D. SIMON, *Die deutsche Wissenschaft*, zit., 162f.

⁴¹ L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der juristischen Person, Bd. 1: Universitas, Corpus, Collegium im klassischen römischen Recht*, München, 1933, zu ihm G. SCHIEMANN, *In memoriam Ludwig Schnorr von Carolsfeld (1903-1989)*, in *ZRG RA* 108 (1991) 677-679.

⁴² L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Auflockerung des juristischen Denkens durch rechtsgeschichtliche Betrachtung*, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1936, 412; vgl. V. WINKLER, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft*, zit., 153f.

Das Ziel lässt sich aber leichter und rascher erreichen, wenn die festgewurzelten Ansichten durch historische Erläuterungen über das Woher der Rechtssätze und über die Möglichkeit anderer Denkformen gelockert sind.

Anstelle des auf diese Weise zerstörten Rechts seien «Erwägungen unserer Weltanschauung» zu setzen⁴³. Das römische Recht und die Rechtsgeschichte werden also als besonders geeignet für den Umbau der Rechtsordnung im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie angepriesen. Gleichsinnig äusserte sich Hans Kreller auf dem Rechtshistorikertag 1936, um die Bedeutung des römischen Rechts hervorzuheben und der von Claudius von Schwerin verlangten Abschaffung desselben zu widersprechen⁴⁴.

Diese, in der Forschung bereits mehrfach analysierten Verteidigungsstrategien⁴⁵ sind auch in Kasers Werk anzutreffen. An dieser Stelle ist nur die Verteidigungsstrategie zu untersuchen, die als Ursprung der Schichtenidee anzusehen ist.

3. «Rechtsschichten» und «Gemeinschaftsordnung»

Folgt man Kasers Literaturangaben in seiner 1950 in erster und 1967 in zweiter Auflage erschienenen «Römischen Rechtsgeschichte»⁴⁶, die den Rechtsschichtenbegriff prominent verwendet, ist der ursprüngliche historische Entstehungszusammenhang der Begrifflichkeit allerdings nicht ersichtlich. Anstatt auf eigene Forschungen zu verweisen, zitiert Kaser einen 1936 erschienenen Aufsatz von Wolfgang Kunkel, «Über

⁴³ L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Auflockerung des juristischen Denkens*, 414.

⁴⁴ Vgl. H. CONRAD, G. DULCKEIT, *Bericht über den fünften Deutschen Rechtshistorikertag in Tübingen*, in *ZRG GA* 57 (1937) 773.

⁴⁵ Ein guter Überblick bei F.-S. MEISSEL, S. WEDRAC, *Strategien der Anpassung*, zit., 44-46.

⁴⁶ M. KASER, *Römische Rechtsgeschichte. Jurisprudenz in Einzeldarstellungen*, Bd. 2, Göttingen, 1950, 111-141; ID., *Römische Rechtsgeschichte*, zit., 129; zum Erfolg des Lehrbuchs, vgl. T. GIARO, *Max Kaser (1906-1997)*, in *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997) 239.

das römische Recht als geschichtliche Erscheinung und Ausdruck römischen Wesens». Bei Kunkel heisst es:

Das Ergebnis ist in spätrepublikanischer Zeit eine barocke und verwickelte Schichtung der Rechtsnorm. [...] Niemals wurden die Jahresringe unkenntlich gemacht, die dieses allmähliche Wachsen des römischen Rechts bezeichneten⁴⁷.

3.1. Die Grundlegung in Kasers programmatischer Schrift von 1939

Durch den Verweis auf Kunkel übergeht Kaser, dass er den Schichtgedanken selbst 1939 unter dem Titel: *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung* erstmals formuliert hat. Das schon im Titel zum Tragen kommende Anliegen des Beitrags ist, das römische Recht gegen den bekannten Vorwurf des «Individualismus» zu verteidigen. So fragt Kaser einleitend:

Ist das harte Urteil, wonach es schon auf einer frühen Stufe seiner völkischen Entwicklung individualistisch war, berechtigt? Ein auf der Erfahrung beruhender Einwand liegt sofort auf der Hand. Hat uns nicht die Entwicklung der vergangenen Jahre mit erschütternder Deutlichkeit gezeigt, daß ein Volk, das sein Leben einseitig nach individualistischen Grundsätzen gestaltet, dem Untergang zusteuert⁴⁸?

Durch diese Fragen vergleicht Kaser das kurze Schicksal der Weimarer Republik mit der Dauerhaftigkeit des römischen Reiches und leitet hieraus inzident ab, dass das römische Recht – anders als die liberale Demokratie von 1919 – nicht individualistisch gewesen sein könne. Nach diesem politisch gefärbten *argumentum e contrario* kehrt Kaser zur eigentlich historischen Betrachtung zurück, für die er unter Verweis auf Ernst Schönbauer⁴⁹ eine «durch das völkische Erlebnis geläuterte

⁴⁷ W. KUNKEL, *Über das römische Recht als geschichtliche Erscheinung und Ausdruck römischen Wesens*, in *Neue Jahrbücher für Wissenschaft und Jugendbildung* 12 (1936) 199; vgl. auch ID., *Römische Rechtsgeschichte*, 1. Aufl., Münster-Köln, 1952, 48-51.

⁴⁸ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 4f.

⁴⁹ Ernst Schönbauer wurde 1945 wegen seiner nationalsozialistischen Vergangenheit aus dem Dienst (der Universität Wien) entlassen, vgl. M. STOLLEIS, *Fortschritte*,

[...] Geschichtsauffassung» zugrunde legt⁵⁰. Auf dieser Grundlage formuliert Kaser, dass zwar das römische Recht «individualistisch» gewesen sei, die römische «Sittenordnung» aber den «Gemeinschaftsgedanken» vollumfassend verwirklicht habe⁵¹. Bisherige Bewertungen des römischen Rechts beruhten auf einer Fehlwahrnehmung, welche die Bedeutung der «pflichtmäßigen Bindungen» unterschätze, «die die Rechtsmacht der Gewalthaber zu einer Führung gestalteten»⁵². Mit diesen Ausführungen, die an einen Vortrag von Schönbauer auf dem Rechtshistorikertag 1936 anknüpfen⁵³, beschreibt Kaser den römischen Staat des Prinzipats schon in seiner Fragestellung als Führerstaat.

Er fährt fort, dass die römische «Gemeinschaftsordnung» erst dann zutreffend erfasst werde, wenn man die «Stufen der römischen Rechtsentwicklung»⁵⁴ betrachte. So hätten die Römer Recht und Sitte bereits auf einer frühen Entwicklungsstufe getrennt⁵⁵, weshalb die Sitte niemals in die Rechtsordnung rezipiert worden sei, sondern sich «nur recht äußerlich an die überkommenen Grundsätze» angelagert habe. Gründe hierfür seien der fehlende «systematische [...] Sinn» sowie die für die römischen Juristen typische «Neigung, das Althergebrachte zu bewahren»⁵⁶. Die Rechtslehre des 19. Jahrhunderts habe die sittlichen Schran-

zit., 77; P.E. PIELER, *Das römische Recht*, zit., 440-442; F.-S. MEISSEL, S. WEDRAC, *Strategien der Anpassung*, zit., 57-60; apologetisch: J. KALWODA, *Ernst Schönbauer (1885-1966). Biographie zwischen Nationalsozialismus und Wiener Fakultätstradition*, in *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs*, 2012, 293f. und 312 mwN; verteidigend auch TH. MAYER-MALY, *Ernst Schönbauer zum Gedächtnis*, in *ZRG RA* 84 (1967) 630.

⁵⁰ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 3f. und 7.

⁵¹ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 9-12, wonach die Existenz Hausverband, väterlicher Gewalt und Eingliederung des Individuums in verschiedene Verbände, in einer Zeit, in der es auch noch keine Trennung von Recht und Sitte gegeben habe, die starke Gemeinschaftsbindung vor Augen führen soll.

⁵² M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 9.

⁵³ Vgl. H. CONRAD, G. DULCKEIT, *Bericht*, zit., 772.

⁵⁴ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 9. Zur Bewertung, vgl. bereits M. STOLLEIS, *Fortschritte*, zit., 80f.

⁵⁵ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 12f. unter Verweis auf F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934, 14.

⁵⁶ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 33; zur Hausgewalt, vgl. bereits ID., *Der Inhalt der patria potestas*, in *ZRG RA* 58 (1938) 86, wo von «Abschichtung» die Rede ist.

ken, die zum Beispiel der Hausmacht des *pater familias* oder den Magistraten gesetzt seien⁵⁷, nicht erkannt, woraus «fälschlicherweise» der Eindruck des individualistischen römischen Privatrechts entstanden sei⁵⁸, den die Pandektistik forciert habe:

Die Pandektenwissenschaft suchte das römische Recht für die Praxis ihrer Zeit brauchbar zu machen und verzichtete auf die Erforschung der im völkischen Leben der Römer wirkenden rechtsbildenden Kräfte [...]. So bleibt denn unserem Zeitalter die Aufgabe vorbehalten, aus unserer durch das völkische Erlebnis geläuterten Geschichtsauffassung die Frage nach dem Gemeinschaftswert des römischen Rechts auf den Stufen seiner antiken Entwicklung zu beantworten⁵⁹.

Eine Untersuchung des frühen römischen Rechts mit seinen verschiedenen Verbänden bringe zu Tage, dass es ursprünglich noch keine Trennung von Recht und Sitte gegeben habe⁶⁰, womit bewiesen sei, dass die Römer ursprünglich nicht weniger deutlich «Gemeinschaftsbindungen» aufgewiesen hätten als die «Altgermanen»⁶¹. Anders als bei den Germanen hätten sich in Rom Recht und Sitte in der Rechtsentwicklung getrennt⁶². Die Kontrolle der Sitten habe in den Händen der Zensoren gelegen; die Pflege des Rechts dagegen bei den Magistraten:

Die Ursache dieser Scheidung von Recht und Sitte liegt in einer eigentümlichen ökonomischen Denkweise, die auf rechtliche Bindungen verzichtet, wo das sittliche Pflichtbewußtsein ausreicht⁶³.

Diese Trennung soll sich nach Kaser durch das Absterben der größeren Verbände (*gens*, Sippe, *Tribus*) akzentuiert haben, so dass am Ende nur die kleinste Verbandseinheit der Familie neben dem Staat verblieben sei. In beiden Verbänden verleihe das Recht den Gewaltha-

⁵⁷ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 18-31 liefert Anschauungsmaterial aus verschiedenen Rechtsbereichen.

⁵⁸ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 39-41.

⁵⁹ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 6.

⁶⁰ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 9f.

⁶¹ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 12.

⁶² M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 12f.

⁶³ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 13.

bern die entsprechende Macht, während deren Beschränkungen der Sitte vorbehalten seien⁶⁴. Das Gemeinschaftsbewusstsein sei damit – so Kasers Postulat – eine Frage der Sitte, nicht des Rechts⁶⁵. Die Sitte sei der *mos maiorum*: «Was die vergangenen Geschlechter für richtig und anständig gehalten haben, soll auch für die Lebenden verbindlich sein»⁶⁶. Für die Staatsgewalt bedeute die Trennung, dass die Macht der Magistrate, *potestas* und *imperium*, «grundsätzlich als total aufgefaßt» werden müsse⁶⁷, Begrenzungen aber die Sitte gesetzt habe. Diese Kontrolle sei mit dem Übergang zum Prinzipat verloren gegangen, weil die Sitten verfallen seien⁶⁸. In Anlehnung an Kreller beschreibt Kaser die Augusteischen Reformen als «Konzentration der Führungsgewalten» in der Person des *princeps*, der die sittliche Ordnung wiederhergestellt habe⁶⁹. Kaser charakterisiert diese Ordnung völkisch-rassistisch, wenn er weiter ausführt:

Darum steht neben dem – nach heutigen Begriffen freilich mit unzulänglichen Maßnahmen versuchten – Rassenschutz auch die Wiederaufrichtung der alten Sittenstrenge auf seinem [sc. Augustus'] Programm⁷⁰.

Mit diesen Ausführungen setzt Kaser der Kritik am römischen Recht als individualistisch dessen Wert als «Gemeinschaftsordnung» entgegen.

⁶⁴ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 15: «So ergibt sich denn für das römische Recht das eigentümliche Bild, daß das Recht den Gewalthabern die Macht verleiht, die Beschränkungen dieser Macht aber in der Regel der Sitte überläßt». Der Gedanke wird aufgegriffen in ID., *Ruhende und verdrängende Hausgewalt im älteren römischen Recht*, in ZRG RA 59 (1939) 32.

⁶⁵ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 15: «Die gewaltige Aufgabe, im Volk und seinen Gliederungen das Gemeinschaftsbewußtsein lebendig zu erhalten und damit den Verbänden von der Familie bis zum Staat den Charakter echter Gemeinschaften zu bewahren, war mithin im wesentlichen Sache der Sitte. Diese überaus wichtige Funktion der Sitte erklärt es auch, daß die Römer ihre Einhaltung unter die Aufsicht des Staates stellten».

⁶⁶ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 16; vgl. auch M. KASER 18-29 mit Anschauungsmaterial aus verschiedenen Bereichen.

⁶⁷ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 29.

⁶⁸ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 31.

⁶⁹ H. KRELLER, *Römische Rechtsgeschichte*, zit., 37.

⁷⁰ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 32.

gen; schon die Existenz verschiedener Verbände zeige die starke Gemeinschaftsbindung des Individuums. Dabei bildet die Rechtsschichtenidee das Modell, um die bisher übersehene Gemeinschaftsordnung, die Recht und Sitte umfasse, zu erklären: «Die Herübernahme der sittlichen Beschränkungen in das Recht vollzog sich nur sehr langsam, schrittweise und lückenhaft»⁷¹. In Anlehnung an Schönbauer kommt Kaser damit zu dem Ergebnis:

Das ganze Privatrecht scheint so eingebettet in die Bindungen des öffentlichen Rechts, überall ordnet es die Individualinteressen denen der Gemeinschaft unter⁷².

Als Konsequenz kann Kaser daher folgern, «unter Berücksichtigung aller Schichten (sic!)» entspreche das römische Recht dem frühen «germanischen»⁷³; der fehlende «systematische Sinn» der Römer und die Eigenart der Rechtsfindung, namentlich die kasuistischen Rechtsätze, hätten verhindert, «die Sitte in das Recht zu rezipieren und eine Rechtsordnung (sic!)» zu bilden. Dennoch könne an den verschiedenen gemeinschaftlichen Bindungen in Sitte und Moral und damit der Überordnung der Gemeinschaft über das Individuum kein Zweifel bestehen; man habe diese Eigenart der römischen Gemeinschaftsordnung nur aufgrund der verschiedenen Schichten nicht erkannt und daher den falschen Eindruck von einem individualistischen Recht gezeichnet⁷⁴. Auf

⁷¹ Vgl. M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 33.

⁷² M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 8.

⁷³ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 9. Die «Artverwandtheit» sei wichtig, um die Rezeption als wünschenswert erscheinen zu lassen, vgl. M. KASER, *Die deutsche Wissenschaft vom römischen Recht seit 1933*, in *Forschungen und Fortschritte* 15 (1939) 205: «Aber auch wo die Rezeption Erfolg hatte, erwies sie sich vielfach als segensreich, weil sie in einer Zeit des aufblühenden wirtschaftlichen und sozialen Lebens das partikularistisch zerspaltene und formalistische heimische Recht durch das artverwandte, einheitliche und wissenschaftlich hervorragend durchgebildete römische zu ersetzen vermochte»; ID., 207: «Alle diese Forschungen beweisen den gemeinsamen Ursprung der Rechtsideen mit anderen indogermanischen Völkern, mag auch die Ausgestaltung im einzelnen in Rom andere Wege gegangen sein als anderswo».

⁷⁴ Noch schärfer akzentuiert M. KASER, *Die deutsche Wissenschaft*, zit., 205: «Mißbrauch, den das 19. und beginnende 20. Jahrhundert mit Rechtsgedanken vorwie-

diese Weise übersetzt Kaser die für das NS-Geschichtsbild zentrale Idee der angeblichen «Artverwandtheit» von Germanen, Griechen und Römern⁷⁵ in das römische Recht, das dadurch nicht länger als «artfremd», «individualistisch» und «liberalistisch» angegriffen werden kann.

Dass die hierin liegende Einbettung des römischen Rechts in die nationalsozialistische Ideologie über eine reine Verteidigungsstrategie hinausgeht, zeigt der ebenfalls 1939 erschienene Beitrag: «*Mores maiorum* und Gemeinschaftsrecht»⁷⁶, der sich schon nach dem Erscheinungsort – der Savigny-Zeitschrift für Rechtsgeschichte – nicht an die Machthaber, sondern an das romanistische Fachpublikum richtet.

3.2. Ideologie und Fachaufsatz 1939: «*Mores maiorum* und Gemeinschaftsrecht»

Der Aufsatz verweist zu Beginn auf den programmatischen Beitrag zur Gemeinschaftsordnung und hält als Ergebnis dieser Untersuchung fest, dass «im Bewußtsein der Römer Recht und Sitte bereits seit einer verhältnismäßig frühen Stufe ihrer völkischen Entwicklung scharf voneinander getrennt» gewesen seien⁷⁷. Obgleich es sich um einen Fachbeitrag handelt, knüpft Kaser somit explizit an das zuvor genannte, propagandistische Werk an, um die Frage nach dem Verhältnis von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht zu untersuchen⁷⁸. Vor dem Hintergrund des dort propagierten Schichtenmodells von Recht und Sitte stelle sich die Frage der Bedeutung der Gesetze im Verhältnis zur Sitte in neuer Weise:

Liberalistischer Denkweise entspräche der Einwand, diese auf der römischen Verfassung beruhende Übermacht der Gesetze vor dem Ge-

gend römischen, aber auch anderen Ursprungs getrieben haben, um sie für den wirtschaftlichen Liberalismus und die Unterdrückung der Gemeinschaftsbindungen in Familie und Volk auszunutzen».

⁷⁵ Zu diesem Geschichtsbild (und dessen Vorläufern), vgl. J. CHAPOUTOT, *Le nazisme et l'antiquité*, Paris, 2012, 53-57 zu Rosenberg.

⁷⁶ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘ und *Gewohnheitsrecht*, in *ZRG RA* 59 (1939).

⁷⁷ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 52.

⁷⁸ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 53f.

wohnheitsrecht hätte durch eine gewohnheitsrechtliche Änderung der Verfassung jederzeit beseitigt werden können, woraus letztlich doch die Gleichwertigkeit von Gesetz und Gewohnheit zu folgen hätte⁷⁹.

Kaser verweist hingegen auf die Bestandteile von Recht und Sitte, die er als aussergesetzlich und vorgeschichtlich charakterisiert:

Zu diesen axiomatischen Bausteinen gehören etwa die verschiedenen Erscheinungsformen der Hausgewalt, die *patria potestas*, die *manus* und das *mancipium*, die man als Gewaltverhältnisse konstruiert, auch als sie ihrem Inhalt nach längst Pflichtverhältnisse geworden sind, die *tutela* und die *cura*, dann die *mancipatio*, die *sponsio*, die *legis actiones*, die agnatische Erbfolge und vielleicht auch schon gewisse Grundformen des Testaments, [...] Verfolgung gewisser Straftaten, weiter aus dem Staatsrecht das Nebeneinander der auf Magistrat, Senat und Volk verteilten Staatsgewalt, die als *potestas* und *imperium* gestalteten Erscheinungen der magistratischen Gewalt, und endlich auch die bereits erwähnte Form der staatlichen Willensbildung [...] ⁸⁰.

Diese «Bausteine» seien nicht nur durch lange Übung entstanden, sondern hätten «von Anbeginn zu den Lebensbedingungen» des römischen Volks gezählt, «das sie in seiner Geburtsstunde mitgebracht hat und auf manche von ihnen nicht verzichten kann, ohne sich selbst aufzugeben»⁸¹. Trotz des Fehlens formeller Rechtsquellen könne man die «Geltung» dieser Institute «nach *ius civile*» nicht bezweifeln:

Indem die Volksgesetzgebung auf sie Bezug nimmt und sie als feststehende Bestandteile des *ius civile* voraussetzt, beweist sie vielmehr, daß sie ihnen die gleiche bindende Kraft beimißt, als ob sie durch Volksgesetz eingeführt wären⁸².

Kaser konstatiert, dass entgegen «unserer modernen Quellentheorie» ein staatliches Rechtssetzungsorgan fehle und dennoch nicht von «Gewohnheitsrecht» die Rede sei und bietet hierfür folgende Erklärung an:

⁷⁹ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 56.

⁸⁰ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 57.

⁸¹ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 57f.

⁸² M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 58f.

Ich glaube, die Erklärung in der den Römern eigentümlichen naturrechtlichen Anschauung vom Recht finden zu müssen. Indem sie gewisse Einrichtungen als Bausteine ihrer gesellschaftlichen Ordnung so ansehen, als seien sie ihnen bereits am Anfang ihres völkischen Lebens mitgegeben worden, sind sie gezwungen, die für diese Einrichtungen geltenden Grundregeln gleichfalls als von vornherein gegeben anzusehen⁸³.

Hieraus folgt – im Original gesperrt gedruckt –:

Die Aufgabe der Rechtswissenschaft wie der Rechtsanwendung erschöpft sich darin, die Rechtssätze, die als solche von vornherein gelten, richtig zu erkennen. Darin liegt die naturrechtliche Auffassung der Römer von dem Recht, das mit dem Volk geboren ist und seine Regeln aus dem Wesen der im völkischen Leben zutage getretenen Erscheinungen empfängt⁸⁴.

Dieses Naturrecht sei nicht zu verwechseln mit dem *ius naturale*, vor allem nicht mit dem «griechisch beeinflusste[n] *ius naturale*», das «der weltbürgerlichen Betrachtungsweise der Griechen gemäß, übernational ist, [...] während das urrömische Naturrecht national ist»⁸⁵. Die so behauptete «natürliche» und «völkische» Rückbindung der römischen Rechtsvorstellungen hat nach Kaser verschiedene Konsequenzen: Sie erlaube es erstens, den «griechischen Einfluss» zu überwinden:

Mit Stolz weisen die Römer auf die seit alters angestammten Einrichtungen ihres *ius civile* hin, die den anderen Völkern fremd sind. Dieser Nationalstolz auf ihr Recht lebt noch bis in die Spätzeit fort und hat den griechischen Einfluß [...] zu überdauern vermocht⁸⁶.

Zweitens habe die nationale Rückbindung auch unmittelbar Konsequenzen für die Rechtsanwendung selbst:

Die Stärke der römischen Eigenart ist vermutlich die Hauptursache dafür, daß die Berufung auf das *ius naturale* in den klassischen Quellen

⁸³ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 59.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 60.

⁸⁶ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 60.

vielfach nur einen äußeren Zierat bildet, mit dem die Juristen nach den landläufigen gesellschaftlichen Anforderungen ihrer Schicht die Höhe ihrer geistigen Bildung beweisen wollen, ohne daß doch dem *ius naturale* in der Verarbeitung des Rechtsstoffes selbst als tragender konstruktiver Stütze eine allgemeinere Bedeutung zugewiesen würde⁸⁷.

Es werde überhaupt nicht nach dem Geltungsgrund einer Einrichtung gefragt und die Gesetzgebung greife nur dort ein, «wo ein politischer Zweck es fordert»⁸⁸. Vielmehr überlasse die römische «Eigenart» der Rechtsanwendung «die Einrichtungen ihrem Eigenleben, indem sie darauf vertraut, daß Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung aus der Anschauung dieser zweckbestimmten Institute das ‘richtige’ Recht erkennen werden»⁸⁹. Es folgt erneut die mit der Rechtsschichtenidee verbundene Vorstellung, dass das «Recht» in eine soziale Ordnung eingebettet ist, die «nicht normenleer war, sondern auf allen Gebieten ausgefüllt mit einer umfassenden Reihe von Rechtsinstituten, die aus den Erscheinungen des Lebens gebildet und darum lebensnah gestaltet waren»⁹⁰. Die Vorgaben dieses «Raumes» seien wie folgt umzusetzen:

In der Erkenntnis der einzelnen Rechtssätze, mit denen sie diese aus dem Leben geformten Einrichtungen erfassen, sind Theorie und Praxis allerdings frei. Sie müssen darin frei sein, wenn sie befähigt bleiben sollen, ihre Erkenntnis vom ‘richtigen’ Recht zu verbessern⁹¹.

Diese Freiheit sei ihrerseits «durch den Zweck» beschränkt, «die angestammten urrömischen Rechtseinrichtungen [...] zu verwirklichen»⁹².

Aus all diesen Überlegungen ergebe sich nicht nur die fehlende Bedeutung von Gewohnheitsrecht, sondern auch eine Infragestellung des «aktionenrechtlichen Denkens», das ohnehin hauptsächlich das *ius*

⁸⁷ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 60 mit Fn. 3 Verweis auf F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 24f.

⁸⁸ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 61 mit Fn. 1 Verweis auf F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 6f.

⁸⁹ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 61f. Sperrung im Original.

⁹⁰ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 62.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² *Ibid.*

honorarium betreffe⁹³: «Wir sehen, daß die Römer in Rechtseinrichtungen denken», was Kaser mit einem «Mangel an systematischem Gefühl» erklärt⁹⁴:

Bei den Römern geht die juristische Abstraktion nur so weit, daß sie die typischen Erscheinungen des Lebens als Rechtseinrichtungen erfassen. Zur Entwicklung allgemeinerer Begriffe und zu einem daraus mit zwingender Logik abgeleiteten systematischen Aufbau sind sie auf keiner Stufe ihrer Entwicklung fortgeschritten. Es ist ein deutlicher Beweis ihrer juristischen Genialität, daß sie die aus ihren Institutionen abgeleiteten Regeln dennoch mit schärfster Präzision aufeinander abzustimmen vermochten⁹⁵.

Der Beitrag gipfelt in der Behauptung, die Wendung *leges moresque* bezeichne «die gesamte soziale Ordnung, Recht und Sitte»⁹⁶; weder sei *lex* ein technischer Begriff, noch meinten die Juristen, «daß der ‘*mos*’ eine selbstständige Quelle der Rechtsentstehung» sei⁹⁷. Dennoch bleibe

der entscheidende Grenzstein, der den Brauch vom Recht trennt, [...] aufrecht: Mag sich die Sitte durch noch so starke gesellschaftliche Bande den Gehorsam erzwingen, [...] so bleibt doch die bindende Wirkung vor dem Staat dem Recht vorbehalten, das die lebenswichtigen Einrichtungen der völkischen Ordnung mit ihren Voraussetzungen und Folgen in feste Regeln gießt⁹⁸.

Auch in diesem, an die Fachöffentlichkeit gerichteten Beitrag verwendet Kaser somit den bereits im Aufsatz zur «Gemeinschaftsordnung» formulierten Gedanken, dass die römische Rechtsordnung aus Recht und Sitte bestehe, die zwar formell schon früh getrennt worden seien, zum Verständnis der Rechtsanwendung aber in einer Gesamtschau betrachtet werden müssten. Für die Fachöffentlichkeit bestimmt ist die Anwendung des Gemeinschaftsgedankens auf die aus der Pan-

⁹³ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 63 Fn. 2.

⁹⁴ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 63.

⁹⁵ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 64.

⁹⁶ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 94.

⁹⁷ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 99. Sperrung im Original.

⁹⁸ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 100f.

dektistik stammenden Kategorien von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht. Sie werden von Kaser neu definiert, indem er sie als integralen Teil einer überrechtlichen Ordnung deutet; gleichzeitig löst er den Gegensatz zwischen Gesetzes- und Gewohnheitsrecht auf, indem er die «Einrichtungen» des Verfassungs- und Soziallebens als vorgesetzliche unveränderliche Vorgaben der «Lebensordnung» auffasst, aus denen die Rechtsanwendung durch Anschauung das «richtige Recht» schöpfe. All dies sei strikt «national», d.h. nur vordergründig «griechisch» beeinflusst; rechtliche Argumente, vor allem aus dem *ius naturale*, sind nach dieser Deutung «Zierat», die nicht über den römischen Ursprung hinwegtäuschen dürfen. Auch diese Beschreibung des römischen Rechts ist direkt aus der NS-Ideologie geschöpft, nach der nur ein «nationales», d.h. «rassisch reines Recht» «gesund» sein soll, während jedes «weltbürgerliche Recht» als «rassevermischt» die «nationale Identität» gefährde⁹⁹.

Diese hier gebotene Beschreibung der römischen Rechtsordnung setzt sich in einem 1940 publizierten Beitrag fort, der «Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht» untersucht¹⁰⁰.

3.3. «Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht»

Auch diese Untersuchung beginnt mit der 1939 in der Schrift zur «Gemeinschaftsordnung» entwickelten Idee, «daß die Römer verhältnismäßig früh [...] Recht und Sitte begrifflich scharf voneinander geschieden» hätten¹⁰¹. Der neue Aufsatz soll Kasers «Beweisführung»

⁹⁹ Vgl. J. CHAPOUTOT, *Le nazisme*, zit., 427-450; ein Beispiel bei H. GÜNTHER, *Rassengeschichte des hellenischen und des römischen Volkes*, München, 1929, 69-130 zur «Rassengeschichte» des römischen Volkes.

¹⁰⁰ M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in *ZRG RA* 60 (1940) 95-150.

¹⁰¹ M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit*, zit., 95; später bilden «weltliches, sakrales Recht und Sitte eine Einheit», vgl. M. KASER, H. KRÜGER, *Fraus*, in *ZRG RA* 63 (1943) 120, was aber vermutlich nicht als Widerspruch, sondern als Beispiel für die Verbindung zu lesen ist.

abschliessen, indem er «die Äußerungen betracht[et], die uns die Überlieferung über das Verhältnis des sittenwidrigen zum rechtswidrigen Handeln hinterlassen hat»¹⁰². Es geht also erneut um die Frage, wie sich Sitte und Recht zueinander verhalten. Als Schwierigkeit einer solchen Untersuchung thematisiert Kaser die kaiserzeitliche Überlagerung der früheren zensorischen Sittenaufsicht, die «der Rechtswissenschaft ein[en] Anreiz gegeben» habe, «Recht und Sitte in eine enge Wesensbeziehung zu bringen»¹⁰³. Dieser Anreiz sei durch die griechische Philosophie verstärkt worden. Dennoch glaubt Kaser, dass «die Klassiker auch an der Grenze zwischen Recht und Sitte noch im alten Sinne festgehalten» hätten¹⁰⁴. Erneut wird die (griechische) «philosophische Lehre [...] auf einen äußerlich angefügten Zierat»¹⁰⁵ reduziert, womit die Bedeutung der Zensoren in den Mittelpunkt rückt. Sie hätten den Zweck verfolgt, «alles gemeinschaftswidrige Verhalten zu ahnden, das innerhalb des Rahmens der anerkannten Rechtsmacht begangen wird»¹⁰⁶. Der von den Zensoren angelegte Massstab der *boni mores* bezeichne «Rechtsgedanken [...] der römischen Tradition»¹⁰⁷:

Die Richtschnur für die Antwort auf die Frage, was in diesem Sinne gut und was schlecht ist, gibt hier wie dort das durch die Tradition erhärtete, sittliche Volksbewußtsein ab. Wir sehen in dieser Auffassung das Walten einer praktischen, von der Beobachtung des allgemeinen Besten hergeleiteten Lebenslehre, nicht eines philosophischen Systems¹⁰⁸.

Entscheidend ist nun die Idee, dass *contra bonos mores* erst «in nachklassischer Zeit den Sinn einer Verletzung «des Moralgesetzes» erlangt» habe, während die Sitten zu klassischer Zeit genauso strikt beachtet worden seien wie das Recht¹⁰⁹. Erneut ist es also die «Lebensordnung», die Recht und Sitte schafft, wobei jedenfalls die Sitte dem

¹⁰² M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit*, zit., 95.

¹⁰³ M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit*, zit., 96.

¹⁰⁴ M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit*, zit., 97.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit*, zit., 100.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit*, zit., 101.

¹⁰⁹ *Ibid.*

Gemeinschaftsgedanken verpflichtet sein soll. Mithilfe dieser Vorbereitungen kann Kaser den Vorwurf der angeblichen «Fremdrassigkeit» des römischen Rechts entkräften:

Die frühgeschichtliche Forschung versucht, die gemeinschaftlichen Wurzeln aller indogermanischen Rechte bloßzulegen und gewinnt damit ein wertvolles Zeugnis der römisch-germanischen Rassenverwandtschaft¹¹⁰.

Entsprechend müsse das klassische Recht freigelegt werden,

weil darin die geistige Kraft eines im Kern noch nicht von fremdrassischen Mächten gebrochenen indogermanischen Volkes von einmaliger juristischer Begabung seine höchste Blüte erreicht¹¹¹.

All diese Ausführungen entsprechen der auch in die Altertumswissenschaft rezipierten «Rassekunde», die den Untergang des römischen Rechts mit dem «Rassebastard» Caracalla beginnen lässt¹¹², und dienen an dieser Stelle dazu, die antisemitisch gefärbten Vorbehalte gegen das römische Recht zu entkräften.

Die von Kaser aus diesen Überlegungen abgeleiteten Folgerungen für die Rechtsanwendung stellen das «sittliche Volksempfinden», «das Gemeinwohl des römischen Volkes» auf eine Stufe mit «dem sittlichen Ideal der Gerechtigkeit, der *aequitas*»:

Im Rahmen des ihnen zu Gebote stehenden Spielraumes in der Anwendung der Einrichtungen des *ius civile* wie des *ius honorarium* entwickeln die Rechtsgelehrten [...] die Grundsätze, die das Recht mit den Geboten der Sitte in Einklang bringt, also mit dem, was nach dem sittlichen Volksempfinden angemessen ist und damit auch dem sittlichen Ideal der Gerechtigkeit, der *aequitas*, entspricht. Maßstab für das, was im Sinne der '*boni mores*' gut ist, ist hier wie überall das Gemeinwohl des römischen Volkes, das [...] in echt römischer Art aus der nüchternen Erfahrung hergeleitet wird. Das im römischen Volk seit alters her stark entwickelte soziale Bewußtsein gibt die Richtlinie ab für die staat-

¹¹⁰ M. KASER, *Die deutsche Wissenschaft*, zit., 207.

¹¹¹ M. KASER, *Die deutsche Wissenschaft*, zit., 207.

¹¹² J. CHAPOUTOT, *Le nazisme*, zit., 494-504.

lich nicht geregelte Sitte, steht aber als letztes Motiv auch überall hinter der Rechtsschöpfung¹¹³.

Erneut wird also das «Bewußtsein» des Volkes zur Rechtsquelle erklärt, aus der sich sowohl die «Einrichtungen» des *ius civile* wie des *ius honorarium* als auch die Sitten entwickelt hätten. Auch hinsichtlich der Verbindlichkeit seien Recht und Sitte als gleichwertig anzusehen, wie der Ausdruck *leges moresque* zeige, der «den Inbegriff der Verhaltensnormen» bezeichne¹¹⁴. Mit dieser völkischen Aufladung des Gewohnheitsrechts verbindet sich eine Entwertung des Gesetzes¹¹⁵: Die Juristen hätten

in ihrem Bedürfnis nach juristischer Genauigkeit das unjuristisch (sic!) verwendete Wort *lex*, durch eine spezialisierte Aufzählung der verschiedenen Rechtsquellen verdeutlicht¹¹⁶.

Hingegen halte sich aber zum Beispiel der Kommentar Ulpianus zum Edikt *de pactis* «überhaupt nicht an bestimmte Gesetze oder andere positive Rechtsquellen»¹¹⁷.

3.4. Zusammenfassung von Kasers Beiträgen aus den 1930er Jahren

Versucht man, die verschiedenen Äusserungen Kasers aus den Jahren 1939-1940 zur Beschreibung des römischen Rechts zusammenzufassen, so lassen sich die drei bekannten Verteidigungslinien der Romanistik erkennen, die Kaser allerdings mit neuen Argumenten und weitreichenden Folgerungen versieht.

Die erste, und in allen drei Beiträgen wichtigste Verteidigungslinie ist die Betonung der «Gemeinnützigkeit» bzw. der «Gemeinschaftsord-

¹¹³ M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit*, zit., 140.

¹¹⁴ M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit*, zit., 146.

¹¹⁵ Dies entspricht der Rechtsquellenlehre des Nationalsozialismus, vgl. J. SCHRÖDER, *Zur Rechtsquellenlehre des Nationalsozialismus im Kontext der neuzeitlichen Entwicklung*, in I. CZEGUHN (Hrsg.), *Recht im Wandel. Wandel des Rechts, Festschrift für Jürgen Weitzel zum 70. Geburtstag*, Wien-Köln, 2014, 599f. und 604.

¹¹⁶ M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit*, zit., 146.

¹¹⁷ M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit*, zit., 147.

nung», die den Vorwurf des Individualismus entkräften soll¹¹⁸. Kasers eigener Beitrag zu dieser Beweisführung ist die Entdeckung der «Schichtung» von Recht und Sitte, wobei er einerseits eine frühzeitige Trennung von Recht und Sitte postuliert, andererseits die gemeinschaftliche Bindungswirkung beider Schichten behauptet.

Die zweite, ebenfalls von anderen Romanisten bekannte Verteidigungslinie betrifft die Widerlegung der sogenannten «Fremdrassigkeit» des römischen Rechts. Kaser versucht einerseits die philosophischen («griechischen») Einflüsse als «Zierat» abzuwerten, um den «urrömischen», und damit dem «Germanentum» nahestehenden Rechtszustand herauszuarbeiten, andererseits betont er das «Volksbewußtsein» und den «Stolz» der Römer auf ihre ureigene Tradition.

Vor allem der Aufsatz zum *mos maiorum* enthält Ausführungen, die das römische Recht in die Nähe der «völkischen Rechtserneuerung» rücken. Hierzu gehört die Beschreibung der Rechtsordnung als «Lebensordnung», die auch ohne Gesetz verbindliche Regelungen und unverrückbare, «sittliche» Anforderungen an den Einzelnen (im Sinne der Gemeinschaft) stellt und eine Überordnung des Gemeininteresses über das Individualinteresse gewährleistet. Auf dieser Linie liegt auch, wenn Kaser, wie der Aufsatz zu «Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit» am besten zeigt, das römische Gesetz abwertet, indem er es als Teilelement einer auch die Sitte umfassenden Gemeinschaftsordnung beschreibt und dem Begriff *lex* jede Technizität abspricht.

4. Versuch einer Einordnung und Würdigung

Die mit nationalsozialistischen Vokabeln, wie «Gemeinschaft», «Führertum», «völkische Geschichtsauffassung», und rassistischen Vorstellungen gefärbten Ausführungen Kasers haben unterschiedliche Bewertungen erfahren. Während seine Schüler die Charakterstärke und den persönlichen Humanismus als Argument gegen eine Anpassung Kasers an nationalsozialistisches Gedankengut anführen¹¹⁹, verweist

¹¹⁸ Vgl. bereits R. KNÜTEL, *Max Kaser*, zit., XXIV.

¹¹⁹ R. KNÜTEL, *Max Kaser*, zit., XXV.

Dieter Simon auf die offensichtlichen Kontinuitäten, die mit der Zeit vor 1933 bestünden und bei Kasers Generation eine gewisse Anfälligkeit für Sprache und Inhalt der Nationalsozialisten begründet hätte. Simon zeichnet daher insgesamt «ein Bild der fachwissenschaftlichen Kollaboration»¹²⁰ und attestiert z.B. Kasers Lehrer Hans Kreller einen «haarsträubenden Opportunismus»¹²¹, während er Kaser eher für naiv zu halten scheint¹²². Allerdings setzen diese Bewertungen zum einen voraus, dass sich nationalsozialistische Anhänger und Nichtanhänger der Ideologie klar scheiden lassen, zum andern konzentrieren sie sich auf die individuelle moralische Verantwortung, die hier nicht untersucht werden soll.

4.1. Methodischer Ansatz

Vielmehr soll an dieser Stelle nach dem «überindividuellen Zusammenhang»¹²³ gefragt werden, in dem Kasers Schriften stehen. Es bleibt mithin ausser Betracht, aus welchen Gründen Kasers Ausführungen nationalsozialistisches Gedankengut übernehmen¹²⁴; entscheidend ist allein, ob seine Beschreibungen der römischen Rechtsordnung durch nationalsozialistisches Gedankengut geprägt sind und inwieweit dadurch ideologische Vorstellungen in die rechtshistorische Argumentation hineingetragen werden. Hintergrund dieser Fragestellung sind die Ergebnisse der Forschung zur Frage der Mitwirkung der Eliten an der NS-Herrschaft, vor allem von Lutz Raphael. Er hat herausgearbeitet, dass die nationalsozialistische Weltanschauung aufgrund ihrer Vieldeutigkeit und Bedeutungsoffenheit¹²⁵ vielfach eine «Selbstmobilisierung» von Wissenschaftlern beförderte, die bereit gewesen seien, ihre wissenschaftlichen Theorien im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie-

¹²⁰ D. SIMON, *Die deutsche Wissenschaft*, zit., 170.

¹²¹ D. SIMON, *Die deutsche Wissenschaft*, zit., 167.

¹²² D. SIMON, *Die deutsche Wissenschaft*, zit., 171: «Die politisch naive Apologetik, wie sie in den Ausführungen von Kaser zutage tritt, [...]».

¹²³ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 149.

¹²⁴ L. RAPHAEL, *Radikales Ordnungsdenken*, zit., 32.

¹²⁵ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 20-44.

bausteine zu formulieren und auszufüllen¹²⁶. Auf diese Weise seien auch Mitläufer an der Etablierung und Festigung des nationalsozialistischen Staates beteiligt gewesen¹²⁷, der ihnen «im Gegenzug die Sicherheit kompakter Weltansichten und staatlich befestigter Weltanschauungen» geboten habe¹²⁸. Diese Beobachtung gelte in besonderer Weise für das konkrete Ordnungsdenken als Leitideologie der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft. Es sei

als ein politisch kontrolliertes, aber intellektuell offenes Meinungsfeld aufzufassen, das bloß auf einige Begriffshülsen verbindlich festgelegt war, in dem aber die unterschiedlichen Elemente rassistischer Bewertungsschemata einen zentralen Platz einnahmen¹²⁹.

Auf diese Weise sei die «ohnehin schwierige Abgrenzung von Weltanschauung und Wissenschaftssystem [...] immer mehr verwischt und durch Führerwille und Volksgemeinschaft aufgehoben» worden¹³⁰. Für die Analyse der zitierten Schriften von Kaser folgt hieraus, dass neben den bereits konstatierten Anleihen beim nationalsozialistischen Bild der Antike zu prüfen ist, ob Kasers Darstellung auch inhaltlich-methodischen Konzepte der nationalsozialistischen Rechtslehre rezipiert hat.

4.2. Kennzeichen nationalsozialistischer Rechtslehre

Nach Bernd Rütters zeichnet sich die nationalsozialistische Rechtslehre durch folgende Kernelemente aus¹³¹:

1. Die Ablehnung des Gesetzespositivismus: Diese äussere sich einerseits in der Betonung der (völkischen, durch die Gemeinschaft be-

¹²⁶ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 45f.; gleichsinnig F.L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik*, zit., 329f. zu «Schnittmengen zwischen neuer und alter Zeit».

¹²⁷ L. RAPHAEL, *Radikales Ordnungsdenken*, zit., 37.

¹²⁸ L. RAPHAEL, *Radikales Ordnungsdenken*, zit., 40.

¹²⁹ L. RAPHAEL, *Radikales Ordnungsdenken*, zit., 28.

¹³⁰ L. RAPHAEL, *Radikales Ordnungsdenken*, zit., 31; vgl. bereits B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 45f. und 51f.; allgemein jetzt: M. GRÜTTNER, *Talar und Hakenkreuz*, zit., 377-390.

¹³¹ Vgl. auch J. SCHRÖDER, *Zur Rechtsquellenlehre*, zit., 608-611.

stimmten) Rechtsanwendung (oder des «Naturrechts») anstelle der Gesetzgebung¹³², andererseits in der Diffamierung des Positivismus als «Normativismus»¹³³.

2. Eine völkisch-rassische Orientierung der Rechtsanwendung: Sie komme zum einen in der Betonung der Gemeinschaft (der Volksgemeinschaft) als «natürlichem» Ursprung, Ziel und Sinn des Rechts¹³⁴ zum Ausdruck, zum anderen in der Ablehnung des «liberalistischen Trennungsdenkens»¹³⁵, d.h. in der Betonung der Einheit von Recht und Sitte, Recht und Moral (im Sinne eines totalitären Staates).
3. Das Denken in konkreten Ordnungen und konkreten Begriffen: Ein solches Denken zeichne sich zum einen dadurch aus, dass es die Abstraktion und die formale Logik des Rechtspositivismus¹³⁶ ablehne, zum andern enthalte es das Postulat, die «konkrete Gemeinschaft» lasse das Recht (die Moral, die Sitte) erkennen und bedürfe keiner weiteren Methode (das Sollen ergibt sich aus dem Sein).
4. Die Auflösung der subjektiven Rechte gegenüber dem Staat¹³⁷, d.h. der Vorrang der (rassisch definierten) Gemeinschaft gegenüber dem Einzelnen¹³⁸.

Die Integration dieser ideologischen Elemente in die eigene Wissenschaft führe zur Gleichschaltung mit der nationalsozialistischen Weltanschauung¹³⁹. Der Nachweis einer derartigen Gleichschaltung wird allerdings durch den relativ allgemeinen Charakter der Ausführungen erschwert. Dass die ideologischen Anleihen in den zitierten Schriften Kasers dennoch über rein programmatische Allgemeinplätze hinausgehen, die bei «allfälligen Situationsveränderungen rasch nachgeknetet

¹³² B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 22f.

¹³³ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 27.

¹³⁴ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 26f.

¹³⁵ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 26.

¹³⁶ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 47f.

¹³⁷ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 43f.

¹³⁸ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 45.

¹³⁹ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, zit., 54.

werden»¹⁴⁰ können, zeigt ein Vergleich mit der 1934 erschienenen Schrift von Fritz Schulz: «Prinzipien des römischen Rechts»¹⁴¹.

4.3. Ein Vergleich zwischen Schulz und Kaser

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die ideologische Färbung von Kasers Aussagen wird durch den Vergleich mit den Ausführungen von Fritz Schulz überdeutlich. Dies gilt sogar für Aussagen, für die Kaser auf Schulz verweist¹⁴². Während Schulz das römische Recht auf dem Boden der bestehenden Forschung gegen die antiliberalen und antisemitischen Angriffe verteidigt, wird das römische Recht bei Kaser in das nationalsozialistische Rechtsdenken eingegliedert.

4.3.1. Betonung ausserrechtlicher Bindungen

Wie gesehen hebt Kaser zur Verteidigung des römischen Rechts gegen den «Vorwurf des Individualismus» die ausserrechtlichen Bindungen durch die Sitten, die Ausdruck der Gemeinschaftsordnung seien, hervor (s.o. II.1-4). Auch Schulz versucht, den Vorwurf, das römische Recht sei individualistisch, durch Verweis auf die «außerrechtlichen Bindungen» zu entkräften¹⁴³. So hält Schulz unter dem Stichwort

¹⁴⁰ D. SIMON, *Die deutsche Wissenschaft*, zit., 167.

¹⁴¹ Zum Kontext der Schrift, vgl. W. ERNST, *F. Schulz (1879-1957)*, in J. BEATSON, R. ZIMMERMANN (edd.), *Jurists Uprooted. German-speaking Emigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford-New York, 2004, 123f.; Schulz musste 1939 als politischer Liberaler und sog. 'Halbjude' emigrieren, vgl. W. ERNST, *F. Schulz*, zit., 127 und 144-160; ferner K. TUORI, *Empire of Law. Nazi Germany, Exile Scholars and the Battle for the Future of Europe*, Cambridge, 2020, 40-72.

¹⁴² R. KNÜTEL, *Max Kaser*, zit., XXIII hat diese Zitate nach 1936 als besonders mutig angesehen; zum Publikations- und Zitierverbot jüdischer Autoren durch die «Reichsgruppe Hochschullehrer des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes» vom 03.10.1936, vgl. F.L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik*, zit., 374-376; T. FINKENAUER, A. HERRMANN, *Die Romanistische Abteilung*, zit., 10f., 25f. und 29f. betonen mit Blick auf die Savigny-Zeitschrift, dass Zitate jüdischer Romanisten keineswegs als «von wirklichem Humanismus geprägte Haltung» (so Mayer-Maly) anzusehen seien, sondern einen «Kompromiss zwischen den Anforderungen wissenschaftlicher Redlichkeit und dem 'völkischen' Zeitgeist» darstellten.

¹⁴³ So auch M. STOLLEIS, *Fortschritte*, zit., 78.

«Treue» knapp fest: «Der ‘römische Individualismus’ ist eine Legende»¹⁴⁴. Vielmehr gelte:

Das Privatrecht ist von den Römern individualistisch gestaltet worden im Vertrauen auf die Fülle und Stärke außerrechtlicher Bindungen (oben S. 15, 107) und auf das magistratische Imperium (oben S. 108, 111)¹⁴⁵.

Folgt man den Verweisen, gelangt man bei Schulz zu dem Stichwort «Isolierung», unter dem er die Trennung von Recht und Sitte beschreibt:

Die allgemeine Tendenz der Juristen bei dieser Grenzabmarkung ist freilich unverkennbar: das römische Freiheitsbedürfnis fordert Zurückhaltung in der Schöpfung und Anerkennung von Rechtsnormen. Man wünscht einen weiten rechtsnormfreien Raum im Vertrauen auf die Fülle und Stärke außerrechtlicher Bindungen. Der römische Mensch ist in ein Netz solcher Bindungen versponnen, von dessen Dichtigkeit und Festigkeit sich der isolierte Mensch der modernen Kultur nur schwer die rechte Vorstellung machen kann¹⁴⁶.

Weiter betont Schulz unter dem Stichwort «Freiheit» den «römischen Freiheitssinn», bevor er inzident den Vorwurf des Liberalismus zu widerlegen sucht:

Gegenüber dem Liberalismus des römischen Privatrechts wird es nicht überflüssig sein, hervorzuheben, daß sämtliche charakteristische Rechtsinstitute des modernen Kapitalismus nicht aus dem römischen Recht stammen: Rentenbrief, Inhaberpapier, Aktie, Wechsel, Handelsgesellschaft [...], Hypothek [...], direkte Stellvertretung¹⁴⁷.

Gleichzeitig hebt Schulz hervor:

Aber auch im Privatrecht bedeutet die große hier gewährte rechtliche Freiheit nicht, im Rahmen der Privatrechtsschranken tun zu dürfen, was man will. Von den Schranken des öffentlichen Rechts abgesehen sind

¹⁴⁴ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 161.

¹⁴⁵ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 161 Fn. 73.

¹⁴⁶ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 14f.

¹⁴⁷ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 107.

die Bindungen der *pietas*, *fides*, *humanitas*, kurz des *officium*, höchst reale Mächte¹⁴⁸.

Zu den Schranken der Rechtsausübung zählt Schulz das Verbot des Rechtsmissbrauchs, wobei er betont, dass «auch im Verhältnis des einzelnen zum Staat [...] das Freiheitsprinzip festgehalten» werde¹⁴⁹:

So groß die Anforderungen sind, die der römische Staat in militärischer und anfangs auch in steuerlicher Hinsicht an seine Bürger stellt, so groß ist doch auch die Freiheit, die er ihnen der Gemeinschaft gegenüber einräumt¹⁵⁰.

Obgleich auch Schulz eine Differenz zwischen Römern und Griechen (Athen und Sparta) ausmacht, stellt er die «Meinungs-, Glaubens- und Kultusfreiheit» ins Zentrum seiner Ausführungen, was ihn grundlegend von den völkisch gefärbten Beschreibungen Kasers, die offensichtlich auf individuelle Freiheit verzichten, unterscheidet. Dabei unterstreicht auch Schulz, dass «von der gesteigerten verfassungsrechtlichen Garantie der Freiheitsrechte moderner Verfassungen [...] in Rom keine Rede» sein kann:

Im Verhältnis des einzelnen zum Staat kreuzt sich eben das Freiheitsprinzip mit dem Autoritätsprinzip. Der römische autoritäre Staat nimmt das Freiheitsprinzip auch für sich selbst in Anspruch und gewährt die Bürgerfreiheit auch seinerseits ‘in Freiheit’¹⁵¹.

Hierin liegt eine Erklärung der historischen Realität, von der sich Schulz offensichtlich distanziert, da er verfassungsrechtliche Garantien als Ausgangspunkt wählt; bei Kaser hingegen ist die Beschreibung des römischen Rechts als Gemeinschaftsordnung ein Produkt der zeitgenössischen «völkische[n] Geschichtsauffassung», so dass der Eindruck ent-

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 108.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 111.

steht, dass die historische Beschreibung gleichzeitig als Modell für die Gegenwart dienen soll¹⁵².

Stolleis hat – unter anderen in Auswertung von Angriffen Heinrich Langes gegen Schulz¹⁵³ – die Ausführungen von Schulz zur Bedeutung der ausserrechtlichen Bindungen als Versuch gedeutet, «dem römischen Recht durch Unterstreichung seiner imperialen Züge und seiner Gemeinschaftswerte Unterstützung in einer veränderten politischen Landschaft zu geben»¹⁵⁴. Die vordergründige Übereinstimmung zwischen Kaser und Schulz darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass Schulz – anders als Kaser – die Technizität des Rechts, d.h. seine Isolierung, namentlich gegenüber der Politik, betont und gerade den Freiheitsraum des Einzelnen gegenüber dem Staat verteidigt, während Kaser das Individualinteresse dem Gemeinschaftsinteresse unterordnet¹⁵⁵, also letztlich Rom als totalitären Staat beschreibt.

Aus diesem Grundunterschied erklärt sich auch die abweichende Akzentsetzung beider Autoren: So beschreibt Kaser die verschiedenen «Bindungen», von denen Schulz gesprochen hat, im Sinne seiner «durch das völkische Erlebnis geläuterten Geschichtsauffassung» (s.o. II.1), d.h. in Anbindung an die nationalsozialistische Ideologie. Damit ist verbunden, dass *gens*, *curia* und *tribus* als Verbände gedeutet werden, die das Individuum beherrschen, die *mores maiorum* der Wahrung des Gemeinwohls dienen und dem Herrscher eine «Führerstellung» zukommt¹⁵⁶. Dadurch entsteht der Eindruck, dass Kaser die ideologische Konformität des römischen Rechts zu erweisen suchte, die sich von Schulz¹⁵⁷, der bei aller didaktischer Pointierung eine historische Beschreibung vorlegt, auch dadurch unterscheidet, dass sich Kaser von der früheren Forschung, namentlich von der «materialistischen»

¹⁵² Zu dieser Umdeutung der «klassischen Begriffe», vgl. auch F.L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik*, zit., 402.

¹⁵³ H. LANGE, *Deutsche Romanistik? Grundsätzliche Bemerkungen zu Fritz Schulz, Prinzipien des römischen Recht*, in *Deutsche Juristenzeitung* 39 (1934) 1493-1500.

¹⁵⁴ M. STOLLEIS, *Fortschritte*, zit., 79.

¹⁵⁵ So auch W. ERNST, *F. Schulz*, zit., 124 Fn. 160.

¹⁵⁶ Bewertung auch bei M. STOLLEIS, *Fortschritte*, zit., 80.

¹⁵⁷ W. ERNST, *F. Schulz*, zit., 124: «Schulz wrote ‘a manifesto in defence of a grand tradition’».

Betrachtungsweise der Pandektistik abgrenzt. Bereits Knütel hat beobachtet, dass Kaser «dem Zeitgeist erlegen» sei, weil er ein «Negativbild des 19. Jahrhunderts» zeichne¹⁵⁸. Hierbei handelt es sich freilich nicht um ein Detail einer rein historisch orientierten Wissenschaft; vielmehr ist Kasers Zerrbild der Pandektistik als ein Element der ideologischen Aufladung seiner Schriften anzusehen.

Eine vergleichbare Trennlinie ist zwischen Schulz und Kaser mit Blick auf die Betonung des Römertums zu ziehen.

4.3.2. Betonung des Römertums

In seinem 1939 erschienenen Beitrag zu «*Mores Maiorum* und Gewohnheitsrecht» verweist Kaser ausdrücklich auf Schulz, Prinzipien 23ff., um die bereits oben zitierte Aussage zur Selbstschöpfung des Rechts aus den vorgeschichtlichen axiomatischen «Bausteinen» (s.o. II.2.) zu belegen:

die Aufgabe der Rechtswissenschaft wie der Rechtsanwendung erschöpft sich daran, die Rechtssätze, die als solche von vornherein gelten, richtig zu erkennen. Darin liegt die naturrechtliche Auffassung der Römer von dem Recht, das mit dem Volk geboren ist und seine Regeln aus dem Wesen der im völkischen Leben zutage tretenden Erscheinungen empfängt¹⁵⁹.

Zu bemerken ist zunächst, dass Kaser «Naturrecht» in diesem Zitat in einem völkischen Sinne braucht. Damit ist nicht nur die Leugnung griechischer Einflüsse verbunden, sondern auch die Möglichkeit, das Gesetzesrecht in Frage zu stellen. Auch diese «Rechtsperversion» (Fabian Wittreck) entspricht nationalsozialistischem Rechtsdenken¹⁶⁰. Dass Kaser auch die Bedeutung des Gesetzes (*lex*) in Rom leugnet, wurde bereits oben dargelegt (§§ 2.2 und 2.3).

Übereinstimmung zwischen Kasers Darstellung und den «Prinzipien» von Schulz besteht nur insoweit, als auch Schulz betont, dass sich

¹⁵⁸ R. KNÜTEL, *Max Kaser*, zit., XXIV.

¹⁵⁹ M. KASER, ‚*Mores maiorum*‘, zit., 59.

¹⁶⁰ Vgl. B. RÜTHERS, *Recht oder Gesetz?*, zit., 826; F. WITTECK, *Nationalsozialistische Rechtslehre*, zit., 19-55 mwN.

das römische Naturrecht durch das Fehlen der «spekulative[n] Luftigkeit des griechischen Naturrechts» von letzterem unterscheidet¹⁶¹. Nur sehr vordergründig kann Kaser auch hinsichtlich der Rechtsfindung der römischen Juristen auf Schulz, der sich seinerseits auf Savigny stützt¹⁶², verweisen, denn Schulz schreibt:

Was die römischen Juristen erstreben, ist [...], die Regel zu finden, die sich aus der Natur der Sache, aus der Natur der Lebensverhältnisse ergibt. Man betrachte vor allem Rechtsgebiete, auf denen die römische Gesetzgebung keine oder nur eine geringe Rolle spielt [...]. Überall ist hier ohne weiteres deutlich, daß die Jurisprudenz sich nicht begnügen will mit der Darstellung des positiven, derzeit geltenden römischen Rechts, daß sie vielmehr um die Herausarbeitung eines Naturrechts bemüht ist. Daher auch die eigentümliche Art der Darstellung, die ihre Sätze eigentlich nicht beweist, sondern unmittelbar aus der Betrachtung der Lebensverhältnisse findet, sie aus der *ratio iuris* schöpft¹⁶³.

Zu beachten ist nämlich, dass diese Beschreibung der naturrechtlichen Rechtsfindung bei Schulz unter dem Stichwort der «Isolierung» steht, die Rechtsordnung mithin als unabhängig von anderen Systemen, wie Politik, Religion und Gesellschaft, beschrieben wird¹⁶⁴. Dazu gehört, dass Schulz für das Privatrecht den Status der «Privatrechtswissenschaft» in Anspruch nimmt, indem er «eine ungemene, fast logische Geschlossenheit» postuliert¹⁶⁵. Für Schulz ist nur diese Isolierung und juristische Selbstbezogenheit der Grund dafür, dass das Naturrecht keinen allgemeingültigen Anspruch hat, «das römische Privatrecht wirklich nur das der Römer war»¹⁶⁶; eine völkisch-antipositivistische Aufladung wie bei Kaser ist damit in keiner Weise verbunden.

Man muss daher zu dem Schluss kommen, dass die Betonung des Römertums bei Schulz zum einen die Grenzen der römischen Jurisprudenz aufzeigt, zum andern dazu dient, Interpolationsbehauptungen gegenüber erst der Spätantike zuzuschreibenden philosophischen Verall-

¹⁶¹ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 24.

¹⁶² F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 24 Fn. 71.

¹⁶³ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 25.

¹⁶⁴ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 13f., 16 und 18.

¹⁶⁵ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 23.

¹⁶⁶ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 24f.

gemeinerungen¹⁶⁷ zu entwickeln, also einer rechtshistorischen Rekonstruktion verpflichtet ist, der man folgen kann oder nicht¹⁶⁸. Kasers Darlegungen hingegen beschreiben die Methode der römischen Juristen im Sinne des konkreten Ordnungsdenkens, stellen das historische Beispiel also in den unmittelbaren Kontext, ja Dienst der zeitgenössischen staatlichen Ideologie. Für diese Deutung spricht, dass bei Kaser «die Einrichtungen» des römischen Rechts ein «Eigenleben», also eine konkrete Ordnung, bilden, in der für die Rechtswissenschaft und die Rechtsanwendung allein die Aufgabe bleibt, das «'richtige' Recht zu erkennen»¹⁶⁹. Freiheit wird dem Rechtsanwender nur zugestanden, um die «Erkenntnis vom 'richtigen' Recht zu verbessern»¹⁷⁰, und selbst diese Freiheit soll nur dem Zweck dienen, «die angestammten urrömischen Rechtseinrichtungen... zu verwirklichen»¹⁷¹. Hierzu passt auch, dass das Recht bei Kaser – anders als bei Schulz – nicht als eigenes, «isoliertes» System erscheint, sondern als Teil einer wiederum im Sinne des konkreten Ordnungsdenkens aufzufassenden Gesamtordnung¹⁷². Während also Schulz auf der Eigenständigkeit des Rechts beharrt¹⁷³, sieht Kaser Recht und Sittenordnung als integralen Teil einer völkischen Ordnung an. Der Unterschied zwischen Sitte und Recht wird darauf reduziert, dass der Staat nur für das Recht verbindliche Vorgaben formuliere. Und selbst für diese postuliert Kaser, dass sich diese Bindungswirkung auf die «lebenswichtigen Einrichtungen der völkischen Ordnung mit ihren Voraussetzungen und Folgen» beschränke¹⁷⁴.

Die in den zuletzt zitierten Darlegungen zutage tretende Widersprüchlichkeit, insbesondere die Aufhebung von Sein und Sollen, muss weiter als Indiz dafür angesehen werden, dass sich Kaser einer gegen-satzaufhebenden Begriffsbildung bedient. Auch die Wahl dieser Me-

¹⁶⁷ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 24.

¹⁶⁸ Zu dem historischen Hintergrund von Schulz' Ausführungen, vgl. D. SIMON, *Die animus-besessene Spätzeit*, in *Rechtshistorisches Journal* 14 (1995) 262-271.

¹⁶⁹ M. KASER, *„Mores maiorum“*, zit., 61f.

¹⁷⁰ M. KASER, *„Mores maiorum“*, zit., 62.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 26.

¹⁷⁴ M. KASER, *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, zit., 100f.

thode legt nahe, dass sich Kaser an die nationalsozialistische Ideologie anlehnt, und dass die ideologische Färbung seiner Ausführungen über eine bloße «Übermalung»¹⁷⁵ hinausgeht.

4.3.3. Die Betonung der Gemeinschaft gegenüber dem Individuum

Wie schon in dem an Schönbauer angelehnten Titel der Schrift von 1939 deutlich geworden ist, unterstreicht Kaser den Wert des römischen Rechts – verstanden als Rechts- und Sittenordnung in verschiedenen Verbänden – als «Gemeinschaftsordnung». Damit soll nicht nur der Vorwurf des Individualismus entkräftet werden; vielmehr wird – wie der 1940 erschienene Aufsatz «Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit» zeigt – das Individuum durch das Volksbewusstsein kontrolliert und das Recht unter den Vorbehalt des Gemeinwohls gestellt, den Kaser ausgerechnet mit der *aequitas* gleichsetzt (s.o. II.3). Gerade an dieser Schrift kann im Vergleich mit Schulz die Radikalisierung von Kasers Gedanken im Sinne nationalsozialistischer Weltanschauung gezeigt werden.

Auch diesbezüglich ist ein Vergleich der von Kaser und Schulz verwendeten Begriffe hilfreich: Während beide Aufsätze Kasers aus der Savigny-Zeitschrift die Begriffe «Gemeinschaft», «völkische Ordnung» und «Gemeinwohl» auf fast jeder Seite verwenden und die Eingliederung des Einzelnen in die konkreten «Ordnungen» beschreiben, erwähnt Schulz den Begriff der Gemeinschaft in seinen «Prinzipien» nur selten. Zudem bezieht sich Schulz unter dem Begriff «Gemeinschaft» in der Regel auf die *communio* (Miteigentum) oder andere Personenmehrheiten. Im Sinne einer staatlich-gesellschaftlichen Mehrheit verwendet Schulz «Gemeinschaft» nur an zwei Stellen. Das erste Zitat steht unter dem Stichwort «Tradition», unter dem Schulz den Traditionalismus des römischen Rechts beschreibt, den er als Kennzeichen der römischen Rechtsentwicklung ansieht:

Zugrunde liegt solcher Beharrungslust die tiefe Einsicht, daß das Recht seine Funktion nicht erfüllen kann, wenn es nicht den beständigen und dauerhaften Willen zum Recht darstellt; daß das Recht aber auch nicht

¹⁷⁵ M. STOLLEIS, *Fortschritte*, zit., 81.

fertig aus dem Haupte eines begnadeten Gesetzgebers entspringt, sondern die kontinuierliche Arbeit der Gemeinschaft am Recht fordert¹⁷⁶.

In diesem Zitat kommt die seit Ehrlich und Rotondi auch von Schulz vertretene geringe Bedeutung des Gesetzesrechts zum Tragen, die aber – anders als Kaser – weder die Technizität des Rechts oder der Rechtswissenschaft leugnen, sondern vielmehr die Bedeutung der Jurisprudenz gegenüber dem Gesetzgeber betonen¹⁷⁷. Erneut ist dies bei Schulz auch kein Programm, sondern eine historische Beschreibung, die den Wert des Gesetzes für die zeitgenössische Rechtswissenschaft nicht in Frage stellt.

Die historische Tendenz der Schulz'schen Darstellung zeigt sich auch in seinen Ausführungen zur «Gemeinschaft» unter dem Stichwort «Nation». Schon die Definition von «Nation» ist nüchtern-formal, wenn er sie beschreibt als «Volk, das sich als politische Sondergemeinschaft fühlt, sich politisch individualisiert und in Gegensatz zu andern politischen Gemeinschaften stellt»¹⁷⁸. Zudem betont Schulz, dass das Freiheitsprinzip auch für den Einzelnen gegenüber dem Staat Geltung habe¹⁷⁹. Ganz im Gegensatz hierzu bilden für Kaser die verschiedenen «Verbände» sowie die Volksgemeinschaft Bindungen des Einzelnen durch Sitte und Gemeinwohl; die Frage nach individueller Freiheit stellt sich hingegen nicht, weil ja das Gemeinwohl im Vordergrund steht und sogar als Synonym zur *aequitas* angesehen wird.

4.3.4. Ergebnis

Der Vergleich zwischen Kaser und Schulz führt vor Augen, dass Kasers Beschreibung der römischen Rechtsordnung nicht nur das nationalsozialistische Bild der Antike, sondern auch alle Elemente der nati-

¹⁷⁶ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 58f. mit Verweis auf Cato nach Cic., *de re publ.* 2.1.2.

¹⁷⁷ Zur Geistesgeschichte, vgl. D. MANTOVANI, *Legum multitudo. Die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht*, übersetzt und herausgegeben von U. Babusiaux, Berlin, 2018, 85-97 mwN.

¹⁷⁸ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 74.

¹⁷⁹ F. SCHULZ, *Prinzipien*, zit., 108.

onalsozialistischen Rechtslehre auf das römische Recht übertragen hat: Kaser leugnet die Bedeutung des Gesetzes und versteigt sich sogar zu der Behauptung, die römischen Juristen verwendeten den Begriff *lex* in «untechnisch[er]» Weise. Rechtsquelle soll stattdessen die Volksgemeinschaft sein, die ihre Regeln aus Sitte und Recht schöpfe und schaffe. Die so beschriebene römische Gemeinschaftsordnung besteht aus verschiedenen Unter-Ordnungen, deren «Bindungen» sich aus ihnen selbst ergeben. Gleichzeitig realisiert sich in diesen Bindungen der Vorrang der Gemeinschaft gegenüber dem Einzelnen.

Selbst wenn man berücksichtigt, dass manche Andienung an die NS-Ideologie «mit Widerwillen» erfolgte, wie es Kunkel in seinem Rückblick schreibt¹⁸⁰, sind Kasers wissenschaftliche Beiträge zur Beschreibung der römischen Rechtsordnung so weitgehend an nationalsozialistische Begrifflichkeiten und Konzepte angepasst, dass man nicht von blossen Lippenbekenntnissen ausgehen kann. Vielmehr ist Kaser als ein Beispiel für die «Selbstmobilisierung» (II.1.) eines jungen Romanisten für die nationalsozialistische Ideologie anzusehen¹⁸¹. Dass er dabei Motive verwendet, die auch bei Schulz vorkommen, ist kein Gegenargument, weil er sie derart mit nationalsozialistischen Inhalten verbindet, dass sie ihren Gehalt im Sinne des «geläuterten völkischen Geschichtsbewußtseins» verändern.

Mit diesem Ergebnis ist ein Blick auf die Kontinuitäten nach 1945 zu werfen.

4.4. Fortwirken nach 1945

Kaser hat die deutschsprachige Romanistik seit 1945 massgeblich geprägt. Hierzu gehören namentlich seine grundlegenden Studien zu den verschiedenen Rechtsschichten, d.h. seine Beiträge zum *ius civile*,

¹⁸⁰ W. KUNKEL, *Der Professor*, zit., 126: «Sätze zu schreiben, die er [...] vielleicht mit Widerwillen schrieb und heute [1965/66] lieber nicht geschrieben hätte».

¹⁸¹ F.L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik*, zit., 402, konstatiert auch für die Germanistik, dass sich gegenüber «dem Weimarer Mainstream der durchaus kollektivistische bzw. völkische Signaturen trug, [...] der Ton ganz erheblich» verschärft habe.

zum *ius praetorium* und zum *ius gentium*¹⁸²; in diesem Zusammenhang sind schliesslich Kasers Untersuchungen zur «Methode der römischen Rechtsfindung» und zur «Juristenmethode»¹⁸³ zu nennen. Dabei fällt auf, dass Kaser in diesen Beiträgen nicht auf seine 1939 und 1940 erschienenen Schriften verweist, obgleich die gedankliche Kontinuität unverkennbar ist. Dies betrifft sowohl die Konzeption der «Rechtsschichten» als auch die Beschreibung des Vorgangs der römischen Rechtsfindung.

4.4.1. «Rechtsschichten» 1950 und 1967

Wie oben dargelegt (§§ 2.1 und 2.2) entstammt die Schichtenidee der 1939 verfassten Schrift zum römischen Recht als Gemeinschaftsordnung und wurde im Fachaufsatz zu den *mores maiores* aus dem gleichen Jahr vertieft. Sie besagt, dass das römische Recht in eine umfassende Sitten- und Lebensordnung eingebunden ist, die sich schrittweise und in Schichten anlagert, weshalb die rechtlichen Vorgaben nicht allein und isoliert betrachtet werden dürfen und auch die Rechtsanwendung nicht allein vom Recht abhängt. In dem 1950 publizierten Lehrbuch «Römische Rechtsgeschichte», das nach seinem Vorwort bereits abgeschlossen war, als Kunkels Lehrbuch (1947) und Krellers Lehrbuch in 2. Auflage (1948) erschienen¹⁸⁴, wird unter dem Titel «Die Rechtsschichten der vorklassischen und klassischen Zeit», beginnend mit «§ 30. Das *ius civile*» genau diese Rechtsschichtenidee erneut dargelegt: Das römische Recht sei keine in «sich geschlossene Rechtsordnung», sondern bestehe aus verschiedenen «Rechtsnormen und Rechtsinstitutionen»¹⁸⁵. Das Nebeneinander erkläre sich daraus, «daß der

¹⁸² Zum *ius civile*, vgl. M. KASER, *Ueber Gesetz und Recht in der privatrechtlichen Erfahrung*, in ID., *Ausgewählte Schriften*, I, Neapel, 1976, 121-153; ID., ‚Lex‘ und ‚ius civile‘, in ID., *Ausgewählte Schriften*, I, Neapel, 1976, ID., ‚Ius honorarium‘ und ‚ius civile‘, in ZRG RA 101 (1984); zum *ius honorarium*, vgl. M. KASER, ‚Ius honorarium‘, zit.; ID., *Zum ‚ius honorarium‘*, zit. Zum *ius gentium*, vgl. M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993.

¹⁸³ M. KASER, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen*, Köln-Wien, 1986.

¹⁸⁴ M. KASER, *Jurisprudenz in Einzeldarstellungen*, zit., Vorwort (August 1949).

¹⁸⁵ M. KASER, *Jurisprudenz in Einzeldarstellungen*, zit., 111.

römischen Herrschaft Menschen von verschiedenem Bürgerrecht unterworfen waren», sowie aus den «vielfältigen und eigenartigen Wegen, die die Römer zur Fortbildung des Rechts und seiner Anpassung an den Wandel der Zeitumstände eingeschlagen haben»¹⁸⁶.

Die 1967 erschienene 2. Auflage hat unter dem gleichlautenden Titel: «Die Rechtsschichten der vorklassischen und klassischen Zeit» eine andere Überschrift für § 30 gefunden: «§ 30 Die Privatrechtsordnung im allgemeinen. Das *ius civile*». In dieser Neufassung setzt Kaser vor die Beschreibung der Rechtsschichten die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, die 1950 noch unter III. eingeordnet war, d.h. im Anschluss an die Darlegungen zur Entwicklung des *ius civile* (I.) und zum *ius civile* im Prinzipat (II). Hintergrund dürfte einerseits sein, dass Kaser in seiner *Römische Rechtsgeschichte* von 1967 die Bezugnahme auf die *utilitas* in Ulpian D. 1.1.1.2 nicht länger als Interpolation ansieht¹⁸⁷, andererseits ist Kaser von einem antipositivistischen Schichtenmodell, das die Rechtsordnung in die Sittenordnung einfügt, abgekommen, wie eine Synopse der Versionen von 1950 und 1967 zeigt:

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ Man vergleiche M. KASER, *Jurisprudenz in Einzeldarstellungen*, zit., 116: «Diese Einteilung [sc. in *ius publicum* und *ius privatum*] nach der Herkunft und Geltungsgrundlage des Rechts wird erst unter dem Einfluß der griechischen Philosophie, vermutlich in nachklassischer Zeit, umgedeutet in die nach den Interessen (der '*utilitas*'), die das Recht zu schützen hat», mit ID., *Römische Rechtsgeschichte*, zit., 129: «Daneben wird aber die Einteilung in *ius publicum* und *ius privatum* auch schon auf die Interessen (*utilitas*) bezogen, die das Recht zu schützen hat».

1950, 111 (Hervorhebungen von U.B.)	1967, 129 (Hervorhebungen von U.B.)
<p>«Das römische Recht in der Zeit seines großen Aufstiegs und seiner höchsten Blüte hebt sich von anderen geschichtlichen und modernen Rechten besonders auffällig dadurch ab, daß es <u>nicht eine einzige und sich geschlossene Rechtsordnung bildet</u>, sondern daß mehrere <u>große Komplexe von Rechtsnormen und Rechtseinrichtungen nebeneinander bestehen</u>, die sich in ihrem Ursprung, ihrer Geltungskraft und ihrem Anwendungsbereich voneinander unterscheiden und in ihrer Wirksamkeit gegenseitig ergänzen und teilweise überschneiden».</p>	<p>«Das römische Privatrecht in der Zeit seines großen Aufstiegs und seiner Blüte hebt sich von unseren heutigen kontinentaleuropäischen Rechten dadurch ab, daß es <u>nicht eine einheitliche Ordnung in einem geschlossenen System ist</u>. Vielmehr stehen in Rom mehrere <u>große Komplexe von Rechtsnormen und Rechtseinrichtungen nebeneinander</u>, die sich in ihrem Ursprung, ihrer Geltungskraft und ihrem Anwendungsbereich voneinander unterscheiden und in ihrer Wirksamkeit gegenseitig ergänzen und teilweise überschneiden: <i>ius civile</i>, <i>ius gentium</i>, <i>ius honorarium</i>, Kaiserrecht, Juristenrecht».</p>

Die hier hervorgehobenen Anpassungen erscheinen auf den ersten Blick subtil, sind aber vor dem Hintergrund von Kasers Ausführungen zur «Gemeinschaftsordnung» keineswegs unerheblich: 1950 wird dem römischen Recht – insofern in Kontinuität zu 1939 – die «Rechtsordnung» abgesprochen, weil «Rechtsnormen und Rechtseinrichtungen» nebeneinanderstehen und die römische Gemeinschaftsordnung auch aus verbindlichen Einrichtungen der Sitte besteht. 1967 verwendet Kaser den Rechtsschichten-Begriff hingegen dazu, die Vielgestalt der römischen «Rechtsbestandteile» (*partes iuris*) zu beschreiben. Die Rechtsschichten sind 1967 somit nicht mehr «Rechtseinrichtungen», die aus dem Leben entstehen und damit den konkreten Ordnungen entsprechen, sondern umfassen die auch in den antiken Katalogen genannten Rechtsquellen des *ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarium* und – was

nicht mehr dem antiken Vorbild entspricht – Kaiserrecht und Juristenrecht, wobei interessanterweise ausgerechnet das *ius naturale* fehlt.

Das hier aufgegebene ursprüngliche Verständnis der «Rechtsschichten» wird nur bei Einbezug von Kasers Schriften von vor 1945 deutlich; gleichzeitig zeigt der Vergleich der beiden Versionen des Lehrbuchs, dass die Rechtsschichten noch 1950 antipositivistisch konzipiert waren, was erst 1967 revidiert wird:

1950, 111 (Hervorhebungen von U.B.)	1967, 129 (Hervorhebungen von U.B.)
<p>«Ihre Ursachen haben diese Rechtsschichten teils darin, daß der römischen Herrschaft Menschen von verschiedenem Bürgerrecht unterworfen waren, teils in den vielfältigen und <u>eigenartigen</u> Wegen, die die Römer zur Fortbildung des Rechts und seiner Anpassung an den Wandel der Zeitumstände eingeschlagen haben».</p>	<p>«Dieses eigenartige Nebeneinander mehrerer ‘Rechtsschichten’ <u>erschwert dem heutigen Betrachter zuweilen die Übersicht</u>, hat aber den Römern selbst offenbar keine Schwierigkeiten bereitet. Ihre Ursachen haben diese Rechtsmassen teils darin, daß der römischen Herrschaft Menschen von verschiedenem Bürgerrecht unterworfen waren, teils in den <u>unterschiedlichen</u> Wegen, die die Römer zur Fortbildung ihres Rechts und seiner Anpassung an den Wandel der Zeitumstände eingeschlagen haben. <u>Der Vergleich mit dem Nebeneinander von ‘common law’ und ‘equity’ im englischen Recht liegt nahe</u>».</p>

Vor dem Hintergrund von Kasers Ausführungen von 1939 ist die Rechtsschichtenidee 1950 offensichtlich so zu verstehen, dass die Rechtseinrichtungen selbst bestimmte Vorgaben machen, die das Ergebnis der Rechtsfindung vorbestimmen. 1967 sind die Rechtsschichten

mit verschiedenen Rechtsquellen oder «Rechtsmassen» identifiziert, die zuvor keine Erwähnung fanden, zumal Kaser ausweislich des im Jahr 1950 für § 30 gewählten Titels ausschliesslich das *ius civile* (und dessen sittlichen Anlagerungen = Schichten) behandeln wollte. Erst 1967 werden hieraus die «Rechtsschichten» in dem heute akzeptierten Verständnis. Gleichzeitig vollzieht sich eine Akzentverschiebung: Während 1950 das Irrationale der römischen Rechtsfindung bzw. das sittliche Gebundene – wie schon 1939 – überwiegt, werden die «Rechtsschichten» 1967 zum Methodenproblem, jedenfalls für den «heutigen Betrachter» der römischen «Rechtsordnung».

Es ist hervorzuheben, dass Kaser auch dieses Methodenproblem teilweise in Kontinuität zu den bereits 1939 entwickelten Vorstellungen löst.

4.4.2. *Intuition und Rechtsfiguren*

Als grundlegend für Kasers methodische Studien sei der 1962 erschienene Beitrag: «Zur Methode der römischen Rechtsfindung»¹⁸⁸ genannt. Der Beitrag beginnt mit dem Hinweis, dass das römische Recht oftmals «in allgemein-methodologischer Hinsicht» gewürdigt werde «und zwar namentlich als Grundlage und Vorbild für unsere neuzeitlichen Rechtsordnungen»¹⁸⁹, beschreibt also ein Anliegen, das Kaser schon früher verfolgt hat, wenngleich er in diesem Aufsatz auf andere Autoren, nicht aber auf eigene frühere Arbeiten verweist¹⁹⁰. Die Untersuchung von 1962 will «die geschichtlichen Tatsachen, auf denen die oft beschriebene Eigenart der römischen Jurisprudenz beruht»¹⁹¹ untersuchen; äusserer Anlass der Schrift ist Theodor Viehwegs «Topik und

¹⁸⁸ Nachdruck in M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in *Ausgewählte Schriften*, I, Neapel, 1976, 3-78; noch T. GIARO, *Max Kaser (1906-1997)*, zit., und F. HORAK, *Unwesensschau*, in *Rechtshistorisches Journal* 17 (1998) nehmen hierauf Bezug, wenngleich sie in Details auf spätere Modifikationen hinweisen. Gerade die «Intuition» und die «Rechtsfiguren» sind aber auch in späteren Schriften nachweisbar.

¹⁸⁹ M. KASER, *Zur Methode*, zit., 5.

¹⁹⁰ *Ibid.* verweist nur in Fn. 2 auf seine «Römische Rechtsgeschichte».

¹⁹¹ M. KASER, *Zur Methode*, zit., 5.

Jurisprudenz»¹⁹², der Kaser in verschiedener Hinsicht entgegentritt¹⁹³. In seinem Gegenmodell beschreibt Kaser das römische Recht als «kasuistisch», wobei er die Kasuistik als Methode kennzeichnet, mit der «die als richtig befundene Entscheidung beim nächsten gleichartigen Fall nachgeahmt werden soll, und weiter, daß alle gleichartigen Fälle gleich entschieden werden sollen»¹⁹⁴. Das römische Recht habe

diesen fallrechtlichen, oder besser, problematischen Charakter immer behalten [...]. Das Gesetzesrecht (im weitesten Wortsinn) steckt für die schöpferische Rechtsfindung der Juristen nur einen recht lockeren Rahmen ab¹⁹⁵.

Die Juristen seien dabei

entgegen den Erwartungen [...] nicht sogleich auf die rationalen Methoden der Induktion und Deduktion verwiesen. Nach den Eindrücken, die die juristische Überlieferung zuverlässig vermittelt, steht vielmehr im Vordergrund die Intuition, also die Gewinnung der richtigen Entscheidung durch unmittelbares Erfassen, das des rationalen Argumentierens nicht bedarf¹⁹⁶.

Intuition definiert Kaser als «spontane[s] Erschauen der richtigen Lösung», das einerseits auf dem «gefestigte[n] und verfeinerte[n] juristische[n] Sachgefühl», andererseits auf der «in gründlicher Arbeit apperzipierten Fülle der Erfahrung» beruhe¹⁹⁷. Diese «Anschauung» bezeichnet Kaser als «schöpferisch»; sie stütze sich auf das «Selbstbewußtsein [...] sichere[r] Erkenntniskraft»¹⁹⁸. Somit sei die Rechtsfin-

¹⁹² TH. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953; dieser Aspekt kann hier nicht vertieft werden, vgl. einstweilen U. BABUSIAUX, *Rhetorik als Argumentationstheorie der römischen Juristen. Die antike Rhetorik im Spiegel der juristischen Romanistik*, in M. WAGNER-EGELHAAF et al. (Hrsg.), *Rhetoriken zwischen Recht und Literatur. Interdisziplinäre und interkulturelle Zugänge*, Berlin-Heidelberg, 2023, 49-71, mwN.

¹⁹³ M. KASER, *Zur Methode*, zit., 9.

¹⁹⁴ M. KASER, *Zur Methode*, zit., 10.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ M. KASER, *Zur Methode*, zit., 10f.

¹⁹⁸ M. KASER, *Zur Methode*, zit., 11.

dung in Rom eine völlig andere als in «unsere[n] heutigen systematisch durchgeformten und damit stärker rationalisierten Rechte[n]»¹⁹⁹.

Bereits Giaro hat kritisiert, dass Kasers Beschreibung der Kasuistik «erklärungsbedürftig sei», weil sie im «rechtsfreien Raum» erfolge²⁰⁰, und Kaser sich damit «in die Nähe derjenigen» begeben, «die behaupten, daß Einzelfälle selbst ihre Entscheidungen irgendwie enthalten»²⁰¹. Die von Kaser behauptete «schwache Normativität» des römischen Juristenrechts werde lediglich durch die 'Rechtsfiguren' aufgefangen, die immer zu einer «'wohldurchdachten' Ordnung» führten²⁰². Freilich bleibe auch die Rolle der «Rechtsfiguren» «rätselhaft»²⁰³.

Erst recht kritisch sieht Giaro die von Kaser variierend gebrauchte Intuition. 1962 beschreibt Kaser die Grundlagen der intuitiven Rechtsfindung wie folgt (Hervorhebungen U.B.):

Das eine dieser Elemente, das juristische Sachgefühl, ist in der Tat kein psychologisches. Wir meinen damit den Sinn für die einem jeden Problemfall als sachgerecht zukommende Lösung, also für materiale Gerechtigkeit und damit für eine spezifisch juristische Ethik. Die Fähigkeit zu diesem Rechtsgefühl ist den Menschen erfahrungsgemäß in ungleichem Maße verliehen. Doch steht fest, daß dem römischen Volk diese Gabe als ein ungewöhnlich reiches Talent beschieden war [...]. Bestimmte Züge im römischen Wesen kamen dieser juristischen Begabung entgegen. So der Sinn der Römer für die Wirklichkeiten des Lebens, der sie, wie in der Politik und in der Technik, so auch im Recht mit sicherem Griff die zweckmäßigsten Mittel zur Verwirklichung ihrer Absichten finden ließ. Dieser Realismus führte sie allenthalben zu den

¹⁹⁹ M. KASER, *Zur Methode*, zit., 12.

²⁰⁰ T. GIARO, *Über methodologische Werkmittel*, zit., 210.

²⁰¹ T. GIARO, *Über methodologische Werkmittel*, zit., 210f.

²⁰² T. GIARO, *Max Kaser (1906-1997)*, zit., 242f.

²⁰³ T. GIARO, *Max Kaser (1906-1997)*, zit., 251; deutlicher noch F. HORAK, *Unwesensschau*, zit., 286: «Befremdlich ist die Vorstellung von einem 'spontanen Erfassen der richtigen Lösung' ohne rationales Argumentieren auf jeden Fall» und 298: Die Prüfung der Quellen «sagt uns schlicht und einfach, daß es in zahllosen Fällen entweder die richtige Entscheidung nicht gab, oder daß zumindest der einen, richtigen Entscheidung, eine oder mehrere falsche gegenüberstanden. Das heißt nichts anderes, als daß in diesen Fällen die Intuition, die Wesensschau getrogen haben muß».

Lösungen, die der Natur der Dinge und damit der inneren Gesetzlichkeit der behandelten Materie am vollkommensten gerecht wurden²⁰⁴.

Als weiteren Zug verweist Kaser auf den «Traditionalismus der Römer», für den er den *mos maiorum* anführt. Auch diesbezüglich verschweigt Kaser seinen Aufsatz von 1939 zu den *mores maiorum*, obgleich Parallelen in der Gedankenführung zu 1939 ersichtlich sind: Unter dem Stichwort «Rechtsgefühl» wird auch 1962 die römische Sonderstellung im Vergleich zu anderen Völkern betont. 1939 «weisen die Römer auf die seit alters angestammten Einrichtungen ihres *ius civile* hin, die den anderen Völkern fremd sind» und ihren «Nationalstolz» hervorrufen²⁰⁵, während es 1962 lediglich die juristische Begabung ist, die bei den Römern besonders stark ausgeprägt sei und daher Verehrung auslösen soll. Gleichsinnig ersetzt 1962 der «Sinn für die Wirklichkeiten des Lebens» die 1939 noch an das konkrete Ordnungsdenken angelehnte Beschreibung der «Aufgabe der Rechtswissenschaft wie der Rechtsanwendung, [...] die Rechtssätze, die als solche von vornherein gelten, richtig zu erkennen»²⁰⁶, weil diese «aus den Erscheinungen des Lebens gebildet und darum lebensnah gestaltet waren»²⁰⁷. Am stärksten modifiziert ist die 1939 noch opportune Gleichsetzung der *mores maiorum* mit den «axiomatischen Bausteinen», die «zu den Lebensbedingungen» des römischen Volkes gehören²⁰⁸. Hingegen heisst es 1962:

Der *mos maiorum* schuf von den Einrichtungen der Gesellschaft und ihren Grundlagen, die zum Teil durch religiöse Gebote und Verbote gesichert waren, ein klares Bild, das in ererbtem bäuerlichem Konservatismus festgehalten wurde, und das auch die Rechtserkenntnis noch bis zum Ende der Klassik in sichere Bahnen wies²⁰⁹.

Auch wenn hier nicht mehr völkische Rechtsbildung behauptet wird, bleibt auf diese Weise die bereits 1939 formulierte Grundidee wirksam,

²⁰⁴ M. KASER, *Zur Methode*, zit., 12.

²⁰⁵ M. KASER, *Mores maiorum*‘, zit., 60.

²⁰⁶ M. KASER, *Mores maiorum*‘, zit., 59f.

²⁰⁷ M. KASER, *Mores maiorum*‘, zit., 62.

²⁰⁸ M. KASER, *Mores maiorum*‘, zit., 57f.

²⁰⁹ M. KASER, *Zur Methode*, zit., 12f.

dass die Gesellschaft in ihren Ordnungen das Recht schaffe und die Rechtserkenntnis auf das Erkennen der bereits in den Institutionen vorhandenen Rechtslösungen beschränkt sei. Für Giaro, der die Werke von 1939 und 1940 in seiner umfassenden Würdigung Kasers ausser Acht lässt, sind Kasers Methodenpostulate «rätselhaft»:

Man gewinnt den Eindruck, daß die intensiv angeschauten Rechtsfiguren von selbst in Bewegung kommen und durch Berührung mit den Rechtsfiguren eine richtige Lösung ergeben²¹⁰.

Giaro sieht die Beschreibung der römischen Intuition als Produkt der «Nachkriegsromanistik nach 1945» an, eine Einschätzung, die auch Okko Behrends teilt²¹¹. Vor dem Hintergrund von Kasers Ausführungen von 1939 kann die Annahme einer erst 1945 einsetzenden Entwicklung indes klar widerlegt werden: Schon in seinem Aufsatz zu den *mores maiorum* von 1939 beschreibt Kaser die römische Rechtsanwendung dahingehend, dass sie

die Einrichtungen ihrem Eigenleben [überlasse], indem sie darauf vertraut, daß Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung aus der Anschauung [gesperrt] dieser zweckbestimmten Institute das 'richtige' Recht erkennen werden²¹².

Die Rechtsanwendung ist damit auf das Erkennen der vorgegebenen Ordnungen beschränkt. Es ist mithin festzuhalten, dass die «Einrichtungen» der konkreten Ordnung eindeutig als Vorläufer der «Rechtsfiguren» angesehen werden müssen.

²¹⁰ T. GIARO, *Max Kaser (1906-1997)*, zit., 241.

²¹¹ T. GIARO, *Max Kaser (1906-1997)*, zit., 253-255; O. BEHREND, *Von der Freiheitsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken*, in R. DREIER, W. SELLERT (Hrsg.), *Recht und Justiz im ‚Dritten Reich‘*, Frankfurt am Main, 1989, 51.

²¹² M. KASER, *‚Mores maiorum‘*, zit., 61f.

5. Fazit

Einleitend ist der Begriff der «Rechtsschichten» als kontextabhängige Schöpfung Max Kasers aus der NS-Zeit bezeichnet worden; diese Vermutung konnte durch die Untersuchung seiner Schriften aus der Zeit von 1939/1940 im Vergleich mit Arbeiten nach 1945 bestätigt werden: Durch das Schichtenmodell konnte Kaser die römische Rechtsordnung als eine – mit dem nationalsozialistischen Verständnis von Recht kompatible – «Gemeinschaftsordnung» beschreiben, in der sich Sitte und Recht «in Schichten», d.h. voneinander getrennt, anlagern. Da die juristische Überlieferung die Sitte nicht erkennen lasse – so die Erklärung –, ergebe sich der falsche Eindruck des individualistischen römischen Rechts. Bei Einbezug der Sittenordnung werde jedoch erkennbar, dass das römische Recht in seinen verschiedenen Verbänden Bindungen vorsehe, die dazu dienten, das Gemeinwohl durchzusetzen. Die so umrissene Gemeinschaftsordnung wird von Kaser in verschiedenen Beiträgen konkretisiert; dabei kommt es auch zu ideologisch gefärbten Beschreibungen des Verhältnisses von Gesetz und Gewohnheitsrecht sowie zu Ausführungen über die «Artverwandtheit» des römischen Rechts mit dem germanischen; diese Neukonstruktion der römischen Rechtsordnung gipfelt in der Behauptung, die Realisierung des Gemeinwohls in den verschiedenen konkreten Ordnungen entspreche dem Gebot der *aequitas*.

Ein Vergleich mit Fritz Schulz' «Prinzipien des römischen Rechts» zeigt, dass Kasers Darstellung auf Motive zurückgreift, die auch bei Schulz verwendet werden, dort aber im Sinne der Rechtssicherheit und zur Verteidigung liberaler Freiheitsvorstellungen zitiert, wohingegen sie Kaser zur Untermauerung der Konformität des römischen Rechts mit nationalsozialistischen Ideologieelementen verwendet.

Erst nach 1945 wird die Rechtsschichtenidee in die heute übliche Fassung gegossen. Der Vergleich zwischen den beiden Auflagen von Kasers Lehrbuch «Römische Rechtsgeschichte» von 1950 und 1967 zeigt diesen Wandel von einem dezidiert ausserrechtlichen Konzept zu einem Oberbegriff über die «Rechtsmassen» des römischen Rechts. Die antipositivistische Haltung, die Kaser in seinen Aufsätzen von 1939 und 1940 in Andienung an nationalsozialistische Weltanschauung for-

muliert hat, bleibt aber in seiner Beschreibung der römischen Juristenmethode präsent und prägt auch die bis heute einflussreiche Vorstellung von der «Intuition» der römischen Juristen und der Selbstständigkeit der «Rechtsfiguren» bei der Rechtsanwendung. Diese Kontinuität zu ideologisch aufgeladenen Konzepten ist – auch weil Kaser seine unter der nationalsozialistischen Herrschaft entstandenen Arbeiten später nicht mehr zitiert – bisher nicht erkannt worden, wird aber durch den Vergleich der Schriften von 1939 und 1962 bewiesen.

Es wäre vermessen, die Überlegungen Kasers zur Juristenmethode oder zum fehlenden römischen Systemdenken lediglich aufgrund ihres Entstehungszusammenhangs zu verwerfen²¹³. Ebenso wenig sollte der seit 1967 erfolgreich mit neuem Inhalt versehene Begriff der «Rechtsschichten» in der heute akzeptierten Bedeutung aufgegeben werden. Dennoch zeigt das Beispiel der «Rechtsschichten» und der mit diesem Begriff zusammenhängenden methodologischen Postulate, wie wichtig die historiographische Verortung für die Erkenntnis der eigenen Traditionen und damit für die Vergewisserung der heutigen Romanistik über Inhalt und Implikationen ererbter Begrifflichkeiten und Konzepte ist: Die für den einzelnen Wissenschaftler möglicherweise tragische Anlehnung an die nationalsozialistische Weltanschauung, die Kasers Verschweigen seiner ideologisch gefärbten Ausführungen nach 1945 erklären mag, darf nicht zum Blindflug für nachfolgende Forschergenerationen führen.

Bibliographie

- BABUSIAUX, U., § 6 *Römische Rechtsschichten*, in EAD. et al. (Hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, Tübingen, 2023, 114-192
 - *Rhetorik als Argumentationstheorie der römischen Juristen. Die antike Rhetorik im Spiegel der juristischen Romanistik*, in WAGNER-EGELHAAF, M. et

²¹³ Vgl. L. SCHORN-SCHÜTTE, *Religion, Kultur und Staat*, zit., 19 mwN (zu Otto Brunner); M. STOLLEIS, *Die Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Umriss eines wissenschaftsgeschichtlichen Themas*, in ID., *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main, 1994, 79f.

- al. (Hrsg.), *Rhetoriken zwischen Recht und Literatur. Interdisziplinäre und interkulturelle Zugänge*, Berlin-Heidelberg, 2023, 49-71 (open access)
- BEGGIO, T., *Paul Koschaker und die Reform des romanistischen Rechtsstudiums in Deutschland. Ein unveröffentlichtes Dokument*, in *ZRG RA* 135 (2018), 645-680
- *Un commento alla proposta di riforma degli studi romanistici di Paul Koschaker in un documento inedito di Ulrich von Lübtow*, in *Index* 46 (2018), 589-622
- BEHREND, O., *Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken*, in DREIER, R., SELLETT, W. (Hrsg.), *Recht und Justiz im ‚Dritten Reich‘*, Frankfurt am Main, 1989, 34-79
- CHAPOUTOT, J., *Le nazisme et l'antiquité*, Paris, 2012
- CONRAD, H., DULCKEIT, G., *Bericht über den fünften Deutschen Rechtshistorikertag in Tübingen*, in *ZRG GA* 57 (1937) 767-776
- ERNST, W., *F. Schulz (1879-1957)*, in BEATSON, J., ZIMMERMANN, R. (edd.), *Jurists Uprooted. German-speaking Emigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford-New York, 2004, 105-203
- FELZ, S., *Im Geiste der Wahrheit? Die Münsterschen Rechtswissenschaftler von der Weimarer Republik bis in die frühe Bundesrepublik*, in THAMER, U., HAPP, S., DROSTE, D. (Hrsg.), *Die Universität Münster in der Zeit des Nationalsozialismus. Kontinuitäten und Brüche zwischen 1920 und 1960*, Münster, 2012
- *Recht zwischen Wissenschaft und Politik. Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Münster, 1902-1952*, Münster, 2016
- FINKENAUER, T., HERRMANN, A., *Die Romanistische Abteilung der Savigny-Zeitschrift im Nationalsozialismus*, in *ZRG RA* 134 (2017), 1-48
- FRASSEK, R., *Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren*, in *ZRG GA* 111 (1994), 564-591
- Steter Tropfen höhlt den Stein- Juristenausbildung im Nationalsozialismus und danach*, in *ZRG GA* 117 (2000), 294-361
- *Juristenausbildung im Nationalsozialismus*, in *Kritische Justiz* (2004) 85-96
- GAMAUF, R., *Die Kritik am Römischen Recht im 19. und 20. Jahrhundert*, in *Orbis Iuris Romani* 2 (1996), 33-61
- GIARO, T., *Über methodologische Werkmittel der Romanistik*, in *ZRG RA* 105 (1988), 180-262
- *Max Kaser (1906-1997)*, in *Rechtshistorisches Journal* 16 (1997), 231-357
- GRÜTTNER, M., *Talar und Hakenkreuz. Die Universitäten im Dritten Reich*, München, 2024

- GÜNTHER, H., *Rassengeschichte des hellenischen und des römischen Volkes*, München, 1929
- HÖPEL, S., *Die ‚Säuberung‘ der deutschen Rechtswissenschaft – Ausmaß und Dimensionen der Vertreibung nach 1933*, in *Kritische Justiz* 26 (1993), 438-460
- HORAK, F., *Unwesensschau*, in *Rechtshistorisches Journal* 17 (1998), 285-302
- JASCH, H.-CH., *Das preußische Kultusministerium und die „Ausschaltung“ von „nichtarischen“ und politisch mißliebigen Professoren an der Berliner Universität in den Jahren 1933 bis 1934 aufgrund des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933 (25. August 2005)*, in *forum historiae iuris*, <https://forhistiur.net2005-08-jasch>
- KALWODA, J., *Ernst Schönbauer (1885-1966). Biographie zwischen Nationalsozialismus und Wiener Fakultätstradition*, in *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* (2012), 282-316
- KASER, M., *Der Inhalt der patria potestas*, in *ZRG RA* 58 (1938), 62-87
- *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, Tübingen, 1939
 - *Ruhende und verdrängende Hausgewalt im älteren römischen Recht*, in *ZRG RA* 59 (1939), 31-51*
 - *Die deutsche Wissenschaft vom römischen Recht seit 1933*, in *Forschungen und Fortschritte* 15 (1939), 205
 - *‚Mores maiorum‘ und Gewohnheitsrecht*, in *ZRG RA* 59 (1939), 52-101
 - *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in *ZRG RA* 60 (1940), 95-150
 - *Römische Rechtsgeschichte. Jurisprudenz in Einzeldarstellungen*, Bd. 2, Göttingen, 1950
 - *Römische Rechtsgeschichte*, Göttingen, 1967
 - *Ausgewählte Schriften, I-II*, Neapel, 1976
 - *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, in *Ausgewählte Schriften, I*, Neapel, 1976, 3-34
 - *Ueber Gesetz und Recht in der privatrechtlichen Erfahrung*, in *Id.*, *Ausgewählte Schriften, I*, Neapel, 1976, 121-153
 - *‚Lex‘ und ‚ius civile‘*, in *Id.*, *Ausgewählte Schriften, I*, Neapel, 1976, 157-177
 - *‚Ius honorarium‘ und ‚ius civile‘*, in *ZRG RA* 101 (1984), 1-114
 - *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode. Ausgewählte, zum Teil grundlegend erneuerte Abhandlungen*, Köln-Wien, 1986
 - *Zum ius honorarium*, in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Köln-Graz, 1986, 84-111
 - *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993

- KASER, M., KRÜGER, H., *Fraus*, in ZRG RA 63 (1943), 117-174
- KOSELLECK, R., *Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung*, in *Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung*, Berlin, 1983, 7-21
- KNÜTEL, R., *Max Kaser (21.04.1906-13.01.1997)*, in ZRG RA 115 (1998), XV-XLVIII
- KRELLER, H., *Römische Rechtsgeschichte. Eine Einführung in die Volksrechte der Hellenen und Römer und in das römische Kunstrecht*, Tübingen, 1936
- Kreller 1936a = Hans Kreller, *Die Bedeutung des römischen Rechts im neuen deutschen Hochschulunterricht* in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* 1936, 409-411
- KROESCHELL, K., *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Göttingen, 1992
- KUNKEL, W., *Über das römische Recht als geschichtliche Erscheinung und Ausdruck römischen Wesens*, in *Neue Jahrbücher für Wissenschaft und Jugendbildung* 12 (1936), 193-205
- *Römische Rechtsgeschichte*, 1. Aufl., Münster-Köln, 1952
- *Der Professor im Dritten Reich*, in *Die deutsche Universität im Dritten Reich*, München, 1966, 103-133
- LANDAU, P., *Römisches Recht und deutsches Gemeinrecht*, in STOLLEIS, M., SIMON, D. (Hrsg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, Tübingen, 1989, 11-24
- LANGE, H., *Deutsche Romanistik? Grundsätzliche Bemerkungen zu Fritz Schulz ‚Prinzipien des römischen Recht‘*, in *Deutsche Juristenzeitung* 39 (1934), 1439-1500
- LEPSIUS, O., *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus*, München, 1993
- LIEBRECHT, J., *Die junge Rechtsgeschichte. Kategorienwandel in der rechtshistorischen Germanistik der Zwischenkriegszeit*, Tübingen, 2018
- MANTOVANI, D., *Legum multitudo. Die Bedeutung der Gesetze im römischen Privatrecht*, übersetzt und herausgegeben von U. Babusiaux, Berlin, 2018
- MAYER-MALY, TH., *Ernst Schönbauer zum Gedächtnis*, in ZRG RA 84 (1967), 627-630
- MEISSEL, F.-S., WEDRAC, S., *Strategien der Anpassung – Römisches Recht im Zeichen des Hakenkreuzes*, in MEISSEL, F.-S. et al. (Hrsg.), *Vertriebenes Recht – Vertreibendes Recht. Zur Geschichte der Wiener Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zwischen 1938 und 1945*, Wien, 2012, 35-78

- MESSERSCHMIDT, M., *Die deutsche Rechtsgeschichte unter dem Einfluß des Hitlerregimes*, in *Kritische Justiz* 21 (1988), 121-136
- PIELER, P.E., *Das römische Recht im nationalsozialistischen Staat*, in DAVY, U. et al. (Hrsg.), *Nationalsozialismus und Recht*, Wien, 1990, 427-444
- PUCHTA, G.F., *Cursus der Institutionen Bd. 1: Geschichte des Rechts by dem römischen Volk, mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft*, 4. Aufl. hrsg. von A.F. Rudorff, Leipzig, 1853
- RAPHAEL, L., *Radikales Ordnungsdenken und die Organisation totalitärer Herrschaft: Weltanschauungseliten und Humanwissenschaftler im NS-Regime*, in *Geschichte und Gesellschaft* 27 (2001), 5-40
- RÜCKERT, J., *Das ‚gesunde Volksempfinden‘ – eine Erbschaft Savignys?*, in *ZRG GA* 103 (1986), 199-247
- RÜTHERS, B., *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München, 1988
- *Recht oder Gesetz? Gründe und Hintergründe der ‚Naturrechtsrenaissance‘ – zugleich eine Besprechung zur Lena Foljanty: Recht oder Gesetz*, *Tübingen 2013*, in *Juristenzeitung* 2013, 822-829
- VON SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, 1840
- SCHÄFER, F.L., *Juristische Germanistik als Rechtsgeschichte während des Nationalsozialismus*, in *ZRG GA* 132 (2015), 323-419
- SCHORN-SCHÜTTE, L., *Religion, Kultur und Staat. Deutungsmuster aus dem Krisenbewußtsein der Republik von Weimar. Eine Einleitung*, in EAD. (Hrsg.), *Alteuropa oder Frühe Moderne. Deutungsmuster für das 16. bis 18. Jahrhundert aus dem Krisenbewußtsein der Weimarer Republik in Theologie, Rechts- und Geschichtswissenschaft*, Berlin, 1999, 7-24
- SCHRÖDER, J., *Zur Rechtsquellenlehre des Nationalsozialismus im Kontext der neuzeitlichen Entwicklung*, in CZEGUHN, I. (Hrsg.), *Recht im Wandel. Wandel des Rechts, Festschrift für Jürgen Weitzel zum 70. Geburtstag*, Wien-Köln, 2014, 597-615
- SIMON, D., *Die deutsche Wissenschaft vom römischen Recht nach 1933*, in STOLLEIS, M., SIMON, D. (Hrsg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Tübingen, 1989
- SIMON, D., *Die animus-besessene Spätzeit*, in *Rechtshistorisches Journal* 14 (1995), 253-283
- SCHIEHMANN, G., *In memoriam Ludwig Schnorr von Carolsfeld (1903-1989)*, in *ZRG RA* 108 (1991), 677-679

- SCHNORR VON CAROLSFELD, L., *Geschichte der juristischen Person, Bd. 1: Universitas, Corpus, Collegium im klassischen römischen Recht*, München, 1933
- *Auflockerung des juristischen Denkens durch rechtsgeschichtliche Betrachtung*, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, 1936, 412-414
- SCHULZ, F., *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, 1934
- STEVETING, L., *Juristen in Münster. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster/Westf.*, Münster, 1999
- STOLLEIS, M., *Die Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Umrisse eines wissenschaftsgeschichtlichen Themas*, in ID., *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main, 1994, 57-67
- *Fortschritte der Rechtsgeschichte' in der Zeit des Nationalsozialismus?*, in ID., *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main, 1994, 68-93
- *Römisches Recht und Rassegesetze*, in ALBRECHT, A., DANNEBERG, L., DE ANGELIS, S. (Hrsg.), *Die akademische „Achse Berlin-Rom“. Der wissenschaftlich-kulturelle Austausch zwischen Italien und Deutschland 1920 bis 1945*, Wien-Berlin, 2017, 71-80
- TUORI, K., *Empire of Law. Nazi Germany, Exile Scholars and the Battle for the Future of Europe*, Cambridge, 2020
- VIEHWEG, TH., *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953
- WINKLER, V., *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieackers ‚Privatrechtsgeschichte der Neuzeit‘ und die deutsche Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts*, Hamburg, 2014
- WITTECK, F., *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*, Tübingen, 2008
- ZIEGLER, K.-H., *Max Kaser*, in SCHRÖDER, H., SIMON, D. (Hrsg.), *Rechtsgeschichtswissenschaft in Deutschland 1945 bis 1952*, Frankfurt am Main, 2001, 77-95

THE TEACHING OF ROMAN LAW IN OXFORD AND CAMBRIDGE BETWEEN THE WARS: TRADITION AND NEW TRENDS

Lorena Atzeri

SUMMARY: *Introduction. 1. The Teaching of Roman Law in Oxford and Cambridge in the second half of the 19th century. 2. Reforming Legal Education and the Teaching of Roman Law. 3. The Professors. 4. The Tutors. 4.1. E. Grueber (1846-1933): The Teaching of Roman Law in Oxford through German Eyes. 4.2. J.B. Moyle (1852-1930): "a man of one book". 4.3. E.A. Whittuck (1844-1924): a man of no books. 5. The Teaching of Roman Law in Oxford and Cambridge at the Turn of the Century. 6. The Teaching of Roman Law and its place in the Education of Lawyers: A Never-Ending Debate. 7. The Teaching of Roman Law at Oxford under Francis de Zulueta (1878-1958). 8. The Teaching of Roman Law at Cambridge under William Warwick Buckland (1859-1946). 9. 'Jurists Uprooted': The German Émigré Scholars and their Contribution to the Teaching of Roman Law. 9.1. Fritz Pringsheim (1882-1967). 9.2. Hermann U. Kantorowicz (1877-1940). 10. Oxford and the 'Polish Faculty of Law'. Conclusion.*

Introduction

The teaching of Roman law in Oxford between the two World Wars mainly corresponds with the teaching of Francis de Zulueta, who became Regius Professor of Civil Law (i.e. Roman Law) in 1919, holding the Chair until 1948. As regards Cambridge, the corresponding Regius Chair of Civil Law was occupied by William Warwick Buckland, who held it from 1914 to 1945. In the Twenties and Thirties, some guest scholars from continental Europe, such as Salvatore Riccobono, Fritz Pringsheim, Paul Koschaker, Hermann Kantorowicz and Paul Collinet, were occasionally invited to give lectures. From 1933, the teaching of Roman law was also extended to some of the leading German scholars who had fled from Nazi-Germany and sought refuge in Oxford and Cambridge: Hermann Kantorowicz and Fritz Pringsheim, in particular,

were engaged by de Zulueta and Buckland in teaching activity, in the form of seminars and lectures on specific subjects, intended for advanced students and research students.

In order to better understand how much tradition, but also new trends, characterised the teaching of Roman Law in Oxford and Cambridge between the Wars, it might be useful to first give an outline about how that teaching was organized, and what subjects it focused on, in the preceding decades.

1. The teaching of Roman Law in Oxford¹ and Cambridge² in the second half of the 19th Century

According to the 1846 Report of the ‘Select Committee appointed to inquire into the present state of Legal education in England and Ireland’, set up by the House of Commons³, the situation of the teaching of law in England at that time was very bleak. As for Oxford, the only two Chairs, of Civil and Common Law respectively, were described as «a very meagre provision for the legal instruction of the community»⁴,

¹ On the Oxford Law School in the 19th and 20th century, and in general on the study and teaching of (Roman) law in Britain, various important contributions have been published so far: the most significant remains F.H. LAWSON, *The Oxford Law School 1850-1965*, Oxford, 1968, followed by various articles: e.g. P. STEIN, *Legal Theory and the Reform of Legal Education in mid-nineteenth Century England*, in A. GIULIANI, N. PICARDA (eds.), *L'educazione giuridica. 2. Profili storici*, Perugia, 1979, 185-206; B. NICHOLAS, *Ch. 15. Jurisprudence*, in M.G. BROCK, M.C. CURTHOYS (eds.), *The History of the University of Oxford*, vol. 7: *Nineteenth-Century Oxford*, part 2, Oxford, 2000, 385-396; P. BIRKS, *Roman Law in Twentieth-Century Britain*, in J. BEATSON, R. ZIMMERMANN (eds.), *Jurists Uprooted. German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford, 2004, 249-268. Also useful is a short but rich article of W.S. HOLDSWORTH, *The Oxford Law School*, in *The Oxford Magazine* 30.1.1930, 386 f.

² On the teaching of Law in Cambridge until the end of 1880s, see E.C. CLARK, *Cambridge Legal Studies*, Cambridge-London, 1888.

³ *Report from the Select Committee on Legal Education; together with the minutes of evidence, appendix and index, ordered, by the House of Commons, to be printed, 25 August 1846*. See also F.H. LAWSON, *op. cit.*, 8-11; P. STEIN, *op. cit.*, 188-191.

⁴ *Report, cit.*, iii.

especially when compared to the wealth of legal education in foreign countries, particularly in Germany, and notably in Berlin, with its «not less than 32 branches and 14 professors»⁵. Moreover, those two Oxford Chairs were not even «in full operation and efficiency»: according to the testimony given by the then Regius Professor of Civil Law, Joseph Phillimore, «though the lectures presumed to be given are limited to the Code [i.e. the codification] of Justinian, even this duty is not fulfilled, or its fulfilment indeed required»⁶. In Phillimore's own words, «education in Civil law [...] has fallen a great deal into disuse in Oxford»⁷, since few or no students were attending his classes. The public teaching of Roman law at the University of Oxford was merely formal and nominal: basically, an empty shell. Some teaching did take place in the Colleges and was carried out by College tutors.

Cambridge, with its Faculty of Law, presented a similar, although contrasting, situation. Here too there were only two Professorship of Law: the Regius Professorship of Civil Law, filled since 1814 by James William Geldart, and the Downing Professorship of Law, which, «though ostensibly for Civil Law», included also the Law of England⁸. Twenty-four lectures were required to be given each year, but in order to obtain the degree in Civil Law only attendance at the lectures on that subject was required. According to the 1846 Report, however, whereas there was a reasonable attendance at Geldart's lectures, even if «not such as to be called a very large one»⁹, no lectures on English Law (which was an optional subject) given by the Downing Professor were attended by the students. At any rate, that represented «the whole amount of legal education at present given»¹⁰ within the University of Cambridge, whereas the system of legal education was conducted «without questions or examinations»¹¹. Only disputations, or 'Acts'¹²,

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Report*, cit., v.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Report*, cit., vi.

¹¹ *Ibid.*

on Civil Law were necessary for the degree of LL.B., but these were considered by the Committee «a meagre substitute for more regular study»¹³.

The Committee thought it useful to examine, with a comparative intent, the system of legal education in a foreign country, namely Germany. The comparison brought to light a German system that was by contrast comprehensive and regulated, and an «immense number of Professors, and minute subdivision of subject and labour»¹⁴. As for Roman law, mandatory courses on the ‘Institutes’ and on ‘The History and Antiquities of Roman law’ (6 hours weekly) were followed by courses on the ‘Pandects’ (10 hours weekly). Moreover, the knowledge acquired by the students was tested by efficient examinations.

The contrast with English (and Irish) universities could not be more overwhelming, and any further comment on the emerging inefficiency of the English (and Irish) system, on its «inadequacy and inutility»¹⁵, was intentionally avoided by the Committee. The Report is very honest to the bitter end: as for Oxford, the Regius Professor himself had stated that

the course of lectures on Civil Law is mere form, the lectures are nominal, the examination nominal both in Civil and Common Law. There is no Chair of Common Law, no instruction for pupils in Arts; *in fine*, in plain terms, no system of Legal Education¹⁶.

Indeed, Phillimore, the only lecturer on Civil Law, was said by a witness to give no lectures at all! At Cambridge the situation was re-

¹² ‘Acts’ were «an oral exercise, including questions, by the Regius Professor or other graduate of the faculty of Law, who presides, upon the subject of the thesis, or occasionally of a more general nature»: E.C. CLARK, *op. cit.*, 23.

¹³ *Report*, cit., v.

¹⁴ *Report*, cit., xxii.

¹⁵ *Report*, cit., xxviii.

¹⁶ *Ibid.* A disillusioned summary of the poor conditions of ‘the present state of Legal Education in England and Ireland’ as «extremely unsatisfactory and incomplete», and in «striking contrast and inferiority to such education, provided (...) with ample means and judicious system (...) in all the more civilised States of Europe and America», also in *Report*, cit., lvi.

versed; nevertheless, «the opinion entertained as to the legal education at Cambridge by its own professors, is not more favourable»¹⁷.

The necessity of an immediate alteration was undeniable, especially in the light of the successful German experience¹⁸. The Committee passed 34 ‘Resolutions’ with conclusions and suggestions¹⁹. Both the Report and its conclusions sparked a lively discussion, as a polemical article written by an anonymous lawyer and published in *The Law Magazine* a year later shows²⁰, remarking on the desolate state of legal studies and urging for reforms. And yet, the opposition to the direction these reforms were suggested to take was strong²¹. As Lawson points out, «the lecture *ex cathedra* of the continental Professor was actively disliked by the early Victorian reformers because of its doctrinaire tendency»²². From the pages of the same issue of *The Law Magazine*, in reviewing ‘The Middle Temple Lectures’²³ given in 1847 by G. Long (Barrister at Law and Reader in Jurisprudence and Civil Law at the Middle Temple)²⁴, another lawyer (who signed just with his initial ‘W.’)²⁵ took the opportunity to criticise – with unmistakeably na-

¹⁷ *Report*, cit., xxviii.

¹⁸ F.H. LAWSON, *op. cit.*, 13 f.: «It was, however, difficult to maintain the existing position in face of the evidence coming from Germany, where, especially since the foundation of the University of Berlin in 1810, universities had had as one of their main functions to advance knowledge and prepare for the professions».

¹⁹ *Report*, cit., lvi-lxi (excerpts also in P. STEIN, *op. cit.*, 200-203 [appendix]).

²⁰ ANON., *Legal Education*, in *The Law Magazine, or Quarterly Review of Jurisprudence* 37 N.S. 6 (1847) 175-200.

²¹ As the 1971 Report of the ‘Ormrod Committee on Legal Education’ briefly and effectively states, «the history of legal education in England over the past 120 years is largely an account of the struggle to implement the recommendations of the 1846 Committee and the effects of that struggle» (reported in P. STEIN, *op. cit.*, 191).

²² F.H. LAWSON, *op. cit.*, 6; see also 22: «It was a fear of indoctrination that, as much as anything else, made Oxford hostile to a professorial system like the German».

²³ The content of these two lectures was manifestly inspired by the ‘Resolutions’ of the Committee.

²⁴ ANON., *s.v. Long, George*, in *Encyclopaedia Britannica*, vol. 16, 11th ed. 1911, 973 f.

²⁵ W., *The Middle Temple Lectures*, in *The Law Magazine, or Quarterly Review of Jurisprudence* 37 N.S. 6 (1847) 232-243.

tionalistic tones – Long’s plaidoyer on the advantages of studying Roman law and praise of the German teaching model:

Mr Long states that in pursuing his course he shall follow the example set by the German jurists, making Roman law the expositor to a great extent of our general jurisprudence. He adopts a general and a special division [...]. Mr Long must take especial care not to be led by Savigny [...] into too abstract and Germanized a system of lecturing²⁶.

2. *Reforming Legal Education and the Teaching of Roman Law*

A first step towards a reform of legal education was the combination, experimented with at Oxford in 1853, of Law and Modern History, which in fact made legal education even more liberal. This choice, which openly contrasted with the reforms suggested by the Committee, might seem strange, but it was probably the natural consequence of the British idea of a university as an instrument «for the general education of all classes, rather than as institutions for the special education of the learned professions»²⁷, such as the legal profession. Any close approach to the special professional education typical of the continental model was not particularly desired, whereas an exchange between Legal studies (considered inferior), on the one hand, and Historical and Classical studies, on the other hand, was seen as a gain for both fields²⁸. As for the legal examination, all candidates could choose between some parts of Blackstone’s Commentaries on the Laws of England and Justinian’s Institutes²⁹. According to Barry Nicholas, one of the reasons for the prescribing of those set texts was that they «provided a protection

²⁶ W., *The Middle Temple Lectures*, cit., 237 f.

²⁷ *Report*, cit., xlv.

²⁸ This clearly emerges from the statement by Creasy, a lawyer practising at the Common Law Bar: «I think that the student who comes with a bachelor’s degree from Cambridge or Oxford shows that he is master of considerable knowledge of the classics, and also of mathematics or logic»: *Report*, cit., 31.

²⁹ F.H. LAWSON, *op. cit.*, 20 f.

against the then current fear of the importation from Germany of professorial indoctrination»³⁰.

Not surprisingly, this combined School, where legal instruction had inevitably become «almost a farce»³¹, did not prove successful for the education of future lawyers. In 1872, Law was again separated and became the independent Honour School of Jurisprudence (commonly called ‘the Law School’)³². This was the beginning of a new era: the number of students increased, and so did the demand for more teaching staff. «In the making of this provision for the teaching of law All Souls College ha[d] played the leading part», re-endowing the Regius Chair of Civil Law, providing «a library for the use of all Oxford law students» and funding various Readerships, including one in Roman Law³³. Most of the teaching was in fact held in rooms of All Souls. In commenting upon this new development, the Principal of Jesus College, Hazel, noted that «The tendencies of the time [were] affecting the older academic studies; training [was] preferred to education, and the cultivation of the mind ha[d] to give way to the preparation for a career»³⁴. However, in his view the university of Oxford had tried to reconcile the vocational and cultural aspects of legal studies. In that challenge, Roman law was to play an important role.

Whereas in the past the teaching of Roman law in Oxford had exclusively concentrated on the Institutes of Justinian, dealing with a differ-

³⁰ B. NICHOLAS, *Jurisprudence*, cit., 387. See already F.H. LAWSON, *op. cit.*, 22: «It was a fear of indoctrination that [...] made Oxford hostile to a professorial system like the German».

³¹ G. SMITH, *The Reorganization of the University of Oxford*, Oxford-London, 1868, 28: «Law, indeed, is at present absurdly placed as a subordinate item in a general course [...]; and we need not wonder that the legal portion of the so-called Law and History School has become almost a farce, leaving the School, in truth, merely a School of History». See also F.H. LAWSON, *op. cit.*, 28 f.

³² On this development and on the character of the new School, see F.H. LAWSON, *op. cit.*, 34-60.

³³ W.S. HOLDSWORTH, *op. cit.*, 386.

³⁴ A.E.W.H.[AZEL], *The Oxford Law School*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1928, 33-35, esp. 33.

ent book each term³⁵, in 1871 the ‘Board for Studies for the School of Jurisprudence’ decided to extend the subject for examination also to ‘The Commentaries of Gaius’³⁶. However, there were no changes in the teaching method, which just continued adapting itself to the structure of those sources. The real turning point can be dated to 1881-82, when the teaching on offer in Roman law increased conspicuously and assumed a more varied character. The *Oxford University Gazette* offers a clear overview of this sudden richness: beside more introductory courses and traditional courses still dedicated to single Books of the Institutes both of Gaius and Justinian, other courses made their appearance, focusing each on more specific subjects, such as ‘Real Rights (Pledge and Mortgage)’, ‘Real Property Law’, ‘Ownership and Possession’, ‘*Iura in re aliena* and Inheritance’, ‘Status and Family Law’, ‘Law of Obligations’, ‘Law of Contracts’, ‘Delicts and Civil Procedure’, and ‘History of Judicial Institutions and Civil Procedure’.

As for Cambridge, a University Commission was set up in 1850, which produced, two years later, several important proposals in regard to legal studies. Here too, Law was for a time combined, in 1868, with Modern History, but the combination did not prove satisfactory, and the two subjects were again separated in 1873. A few years later, a ‘Special Board for Law’ was entrusted with the emendation of the regulations for the Law Tripos³⁷ (i.e. the scheme of legal education) along the lines designed by the 1850 Commission. In 1887 the Board, presided over by the Regius Professor of Civil Law, E.C. Clark, proposed a new scheme. Clark himself presented it in a book³⁸, briefly discussing the two main questions, «whether law can be successfully taught at all in Oxford and Cambridge, and whether examination is a good or bad medium of education»³⁹. Clark defends the mission of a university, which – in the tra-

³⁵ Lectures were held by K.E. Digby (Vinerian Reader of English Law) and by tutors (a Mr. Owen, Mr. Shadwell and Mr. Knox) in various Colleges. The examination in Roman law also included ‘*The Antiquities of the Roman Law* by Heineccius’, a sort of antiquarian commentary on the Institutes.

³⁶ *Oxford University Gazette* (from now on: *OUG*) 13.6.1871, 242.

³⁷ Traditionally, the name given to B.A. degrees at Cambridge University.

³⁸ E.C. CLARK, *Cambridge Legal Studies*, cit.

³⁹ E.C. CLARK, *op. cit.*, 2.

ditional view – was «first to educate its students, and second, to prepare them for their special business in life»⁴⁰. The examination had been divided into two parts: Law Tripos, Part I (at the end of the second year) and Part II (at the end of the third year, for the B.A. degree); «the subjects which may rather be considered as forming part of a high class general education will come first, and those which approximate to actual practice last»⁴¹. Roman law was falling into the first category. As for examinations, one of the principal changes was «the more searching treatment of Roman and English law»⁴². No books other than the Roman Institutes and the Digest were specified, in order to leave «free power of making special arrangements for each particular year [...] and the Roman Digest must, from its great extent, be always represented by selected portions»⁴³.

In 1900, a proper Law School with adjacent Law Library (substantially funded by a Miss Squire) was erected⁴⁴, and the lectures, previously scattered among various Colleges, were finally concentrated in one deputed location. This was a preliminary step to further development of legal studies. Up to 1922, lectures on Roman Law, one of the core subjects, were intended only for candidates for the Law Tripos, Part I; but, unlike in Oxford, the variety of those lectures was still very limited.

A brief overview of the role and the teaching of Roman Law in British universities around the end of 1880s, meant to inform Italian scholars, can also be found in an unusual location: the preface written by Pietro Cogliolo to the Italian translation of the manual of Roman law by John Roby⁴⁵. Cogliolo shows his enthusiasm about the *renaissance* of Roman law studies in Britain, and above all his appreciation both for

⁴⁰ E.C. CLARK, *op. cit.*, 3.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² E.C. CLARK, *op. cit.*, 3 f.

⁴³ E.C. CLARK, *op. cit.*, 4.

⁴⁴ *Cambridge University Reporter* (from now on: *CUR*) 15.5.1900, 848: *Report of the Law School and Library Buildings Syndicate*.

⁴⁵ J. ROBY, *Introduzione allo studio del Digesto giustiniano. Regole e notizie per l'uso delle Pandette nella scienza e nella pratica. Vita ed opere dei giuristi romani. Traduzione dall'inglese di G. PACCHIONI, con Prefazione di P. COGLIOLO*, Firenze, 1886.

the British direct approach to the study of its sources and for the independence of mind towards German scholarship. He asked Roby a report about the teaching of Roman law in British universities: many details related to universities in England, Scotland and Ireland (Dublin) are exposed by Cogliolo in his Preface⁴⁶, including the name of every teacher, the subjects taught there (extended to the area covered by Jurisprudence), the number of teaching hours and that of students attending the lectures, the suggested books and manuals, and even scholarships.

3. *The Professors*

Between 1870 and 1893, the Regius Chair of Civil Law in Oxford was occupied by the famous jurist and Liberal politician, Sir James Bryce (1838-1922)⁴⁷. He had studied also in Heidelberg with von Vangerow. With his arrival, which coincided with the separation of the Law School, new life was breathed into the teaching of Roman law. Some of the new courses explicitly linked Roman law to English law, like Bryce's Course on 'Law of Contracts, with illustrations from English law' (Michaelmas Term 1882)⁴⁸.

Bryce was to be succeeded in 1893 by Henry Goudy⁴⁹ (1848-1921), who had started his teaching career in the Chair of Civil Law at Edinburgh in 1889, in succession to James Muirhead, of whom he was a

⁴⁶ P. COGLIOLO, *Prefazione* a J. ROBY, *Introduzione*, cit., XV-XIX.

⁴⁷ On Bryce and his teaching, H.A.L. FISHER, *James Bryce: Viscount Bryce of Dechmont, O.M.* (2 vols.), London-New York, 1927; F.H. LAWSON, *op. cit.*, 24, 29 f., 49.

⁴⁸ On the other hand, teachers of English law were doing the same: in 1879 the Vinetian Reader of English law, Sir W.R. Anson, held a course on 'Principles of the English Law of Contract, with illustrations from the rules of Roman Law'.

⁴⁹ With the full approval of Bryce, who preferred him to Moyle (and others), as a correspondence between Bryce and the Prime Minister W.E. Gladstone reveals: J. Bryce, letter to Gladstone, 16.6.1893 (published in F.H. LAWSON, *op. cit.*, Appendix III under C, 219 f.). On Goudy: F. DE ZULUETA, *In Memoriam. Henry Goudy*, in *Transactions of the Grotius Society* 7 (1921) xxii-xxvi; ANON. (but F. DE ZULUETA), *The late Professor Goudy*, in *Oxford Magazine* 39 (1920-1921) 273; E.A. WHITTUCK, *Henry Goudy*, in *Transactions of the Grotius Society* 7 (1921) xxvi-xxix; F.H. LAWSON, *op. cit.*, 82 f. and *passim*.

pupil. Beside Glasgow and Edinburgh, Goudy had been educated at the university of Königsberg and was in touch with German literature. He also cultivated a friendship with Otto Lenel, who was to be his guest in Oxford. Goudy's inaugural lecture, held on 24th January 1894 as newly appointed Regius Professor of Civil Law at Oxford, explored 'The Fate of the Roman Law North and South of the Tweed'⁵⁰, that is, in Scotland and England, running through the ages, from the period prior to the Norman conquest to his own days, and highlighting the different influences of Roman law. In January 1894 he also delivered his first 'Historical and doctrinal lectures, with special reference to the Institutes of Gaius'. According to Lawson, Goudy was «a Roman lawyer of the old school, bred in the old Pandectistic tradition» and «an excellent lecturer who spoke with great clarity and distinction»⁵¹.

In Cambridge, the Regius Chair of Civil Law was held for 40 years (between 1873 and 1913) by Edwin Charles Clark (1835-1917), «an erudite, productive scholar» and an antiquarian, who devoted himself to teaching and wrote «primarily for his students»⁵², leaving no substantial mark on the discipline.

4. *The Tutors*

The teaching of Roman law was also carried out by Readers, Lecturers and Tutors scattered among the various Colleges. As for Oxford, between 1870 and the first decades of the 20th century, two to six of them were giving lectures and informal instructions on Roman law each

⁵⁰ H. GOUDY, *An Inaugural Lecture on the Fate of the Roman Law North and South of the Tweed, delivered at All Souls College, London-Oxford, 1894*.

⁵¹ F.H. LAWSON, *op. cit.*, 82.

⁵² W.E. RUMBLE, *s.v. Clark, Edwin Charles (1835-1917)*, in *ODNB online*. All his books on Roman Law (i.e. E.C. CLARK, *Early Roman Law: The Regal Period*, London 1872; *History of Roman Private Law, Part I. Sources*, Cambridge, 1906; *Part II. Jurisprudence*, Cambridge, 1914 [2 vols.]; *Part III. Regal Period*, Cambridge, 1919) have introductory character.

term. The most significant lecturers in Oxford appear to be E. Grueber, E.A. Whittuck, and J.B. Moyle⁵³.

A similar situation can be found in Cambridge, where until 1912 there were only two lecturers: H. Bond⁵⁴ and W.W. Buckland. In fact, it was Bond who was considered more suitable to the Regius Chair after Clark. But, as the anonymous author of Bond's obituary wrote, underlining his modesty, «In 1913, when the Chair of Civil Law became vacant, he refused, to the regret of many friends, to allow his name to be put forward, and the post fell to one of his old pupils», i.e. Buckland⁵⁵. From 1912, the number of lecturers was raised to six⁵⁶, although none of them – apart from Patrick Duff, who became the successor of Buckland – made any significant contribution to Roman Law scholarship.

4.1. E. Grueber (1846-1933): *The Teaching of Roman Law in Oxford through German Eyes*

Erwin Grueber⁵⁷, a German scholar from the university of Munich⁵⁸, was elected on the 5th August 1881 Reader in Roman Law⁵⁹ at the uni-

⁵³ Lectures on Roman law were also held in those years by J.C. Wilson and G.B. Burnham.

⁵⁴ Henry Bond (1853-1938) studied Law and History; appointed Lecturer in Roman Law at Trinity College (1886) and then at Trinity Hall (1887); Master of Trinity Hall (1919-1929). As the anonymous author of his Obituary notes, «During the last 30 to 40 years a great part of the burden of teaching of Roman Law to Tripos students was on his shoulders [...]. He wrote only a few papers and book reviews, but enough to show that under other circumstances he might have been a much more prominent writer» (ANON., *Dr. H. Bond*, in *The Times*, 8.6.1938, 14).

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Apart from Bond, they were: C.T. Carr (1878-1966), P.H. Winfield (1878-1953), D.T. Oliver (d. 1947), J.W.C. Turner (1886-1968), and, from 1927, P.W. Duff (1901-1991). Most of them were also lecturing in other subjects – like Roman-Dutch Law (Oliver), English Law (Winfield), Administrative Law (Carr) or Criminal Law (Turner) –, to which they made a more substantial contribution.

⁵⁷ A grandchild of the jurist Johann Suibert Seibertz and a nephew of the Pandectist Karl Ludwig Arndts von Arnsberg. On him, see P.E. SENSBURG, *Die großen Juristen des Sauerlandes. 22 Biographien herausragender Rechtsgelehrter*, Arnsberg, 2002, 196-203.

versity of Oxford⁶⁰, where he was to remain until 1893. He supported Bryce in the teaching of Roman law and helped him «to maintain a high standard»⁶¹. For some time, he had also been Deputy Regius Professor of Civil Law, but when the time came to provide for a successor to Bryce, his name was immediately ruled out⁶². He left at the same time that Goudy, the new Regius Professor, arrived.

Grueber' lectures often highlighted the historical development of Roman law institutions. He represents a bridge between the German and the English – or rather, Oxford – system of legal education. He is also an important witness to the teaching of Roman law in Oxford, and of its evolution, in his own times⁶³. Precious information can be obtained from a lecture he gave in 1888 to the Juridical Society in Berlin on the role of Roman law 'as part of the legal education at English universities', particularly in Oxford⁶⁴. Shortly thereafter, Grueber had another occasion of expressing his point of view in an *Introductory Essay*

⁵⁸ From 1873 to 1875 he was a *Mitarbeiter* at the University of Munich, where he got his PhD (1874) and a year later his *Habilitation*, then becoming a *Privatdozent*.

⁵⁹ The *Readership in Roman Law* had been advertised on the *OUG* of the 9.12.1879, 164, and again in the *OUG* of the 10.5.1881, 397 f. The Reader was to be appointed for a period of three years; his annual stipend was of £400, paid by All Souls College; the subject of the expected lectures was to be «Roman Law and the Sources and the History thereof». Beside the lectures, the Reader was expected to give 'private instruction' to the students attending his lectures.

⁶⁰ *OUG*, 18.10.1881, 35. His first lectures, held in February 1882, were on 'Introduction, History of Roman Legislation and the Contents of the First Book of the Institutes of Gaius and of Justinian', followed in the Easter Term by 'Roman Law of Inheritance in its historical development (Institutes of Gaius, II § 101 – III § 87; Institutes of Justinian II.10 – III.12)' and in Michaelmas Term by 'Introduction. History of Roman Legislation, Status and Family Law' (*OUG* 6.12.1881, 144; 14.3.1882, 303; 6.6.1882, 485). Lectures were held in All Souls College, though Grueber was attached to Balliol College.

⁶¹ F.H. LAWSON, *op. cit.*, 79.

⁶² Letter of Gladstone to Bryce (see above, fn. 49).

⁶³ On him, F.H. LAWSON, *op. cit.*, 79. According to Lawson, Grueber was a 'second best' after Mitteis, who declined the invitation and preferred to remain in Germany.

⁶⁴ E. GRUEBER, *Das römische Recht als Theil des Rechtsunterrichtes an den englischen Universitäten. Zugleich ein Beitrag zur Reform unserer juristischen Studien und Prüfungen. Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 13. Oktober 1888*, Hamburg, 1889.

written for the first English translation of the manual on Roman law by the Leipzig Professor, Rudolph Sohm⁶⁵.

By comparing the English and the German system of legal education on the basis of his own experience, Grueber not only detected what, in his view, were both the strengths and the weaknesses of each system, but also formulated various proposals about how to change the German system, suggesting importing from the English approach some of its peculiarities. When one thinks of the Report of the 1846 Committee, which saw in the German system of education a model for Britain, Grueber's attitude is a rather surprising sign of a change of perspective.

The introductory part of Grueber's lecture begins with a brief overview of the study of Roman law in Britain, starting from its revival around the middle of the 19th century⁶⁶. Since its teaching had mainly concentrated on the Institutes of Justinian and, later, also on those of Gaius, the textbooks produced adopted the form of analytical Commentaries, which simply followed the text of the two ancient manuals respectively⁶⁷. But Grueber, from his German and Pandectistic point of view, is pleasantly surprised by the fact that the British authors of those Commentaries were making good use of continental methods and textbooks on Roman law, especially the German ones, thus importing into England that method of exposition of the subject. As he notes, the British had adopted the German art of «systematise, connect and disconnect, the contents of the Institutes»⁶⁸, further processing in their foot-

⁶⁵ R. SOHM, *The Institutes of Roman Law, translated by J. Crawford Ledlie, with an Introductory Essay by E. Grueber*, Oxford, 1892.

⁶⁶ E. GRUEBER, *Das römische Recht*, cit., 15; see also ID., *rev. of Moyle, Imperatoris Justiniani Institutionum*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 27.2 (1885) 241-244, esp. 241; ID., *Introductory Essay*, cit., xxxiii f.

⁶⁷ E. GRUEBER, *Das römische Recht*, 15 f.

⁶⁸ E. GRUEBER, *Das römische Recht*, 16; see also ID., *Introductory Essay*, cit., xxxiv: «Their learned authors are fully in touch with modern historical and systematic research». However, the same ID., *rev. of Moyle, Imperatoris Justiniani Institutionum*, cit., also wrote that British scholars were unaware of the more recent research conducted not only in Germany, but also in France and in the Netherlands. Grueber, though, also recognised that the German system was rather the result of abstraction and new

notes the results reached by modern German scholarship⁶⁹. But, according to Grueber, in so doing those British authors were at the same time creating a confusing mixture⁷⁰. Moreover, as Grueber observed in another contribution, the knowledge obtained from those commentaries was «too much scattered» and «split up into too many particulars»⁷¹. More important, therefore, were the lectures in Roman law, both public and those taking the form of ‘informal (or private) instruction’, which were compensating for those ‘defects’, presenting Roman law in a more systematic way and accompanying each of its parts with an historical introduction.

However, according to Grueber, a very positive aspect was that, unlike Germany, in England students were in a much closer and more direct contact with Roman law sources rather than with an abstract system of rules⁷². And, since Roman law had a casuistic character, like English law, students were at the same time being trained in the art of solving practical cases and of applying, and therefore interpreting, the law. Roman law cases represented «a constant, living illustration of the abstract rules of law»⁷³; in dealing with them, the student was «familiarised with, and prepared for, the practical task of his calling»⁷⁴.

As for the main question, whether the study of Roman law at an English university was of any importance, Grueber’s answer is definitely a positive one. He focused on three reasons: (1) some of the English Courts ‘proceeded and decided’ according to the principles of Roman law; (2) a modified Roman law was still playing an important role in some British areas (e.g. in Scotland and – according to him – Canada) and therefore in some Higher Courts in London; (3) according to more

logical connections made by scholars, and had been superimposed on the substance of the Roman legal sources.

⁶⁹ E. GRUEBER, *Das römische Recht*, 16: «Unter dem Eindrucke dieser Arbeiten werden die Ergebnisse unserer Wissenschaft allenthalben in die Anmerkungen hinein verarbeitet».

⁷⁰ E. GRUEBER, *Das römische Recht*, cit., 16; ID., *rev. of Moyle, Imperatoris Justiniani Institutionum*, cit., 242.

⁷¹ E. GRUEBER, *Introductory Essay*, cit., xxxiv.

⁷² E. GRUEBER, *Das römische Recht*, cit., 17; ID., *Introductory Essay*, cit., xxxiv.

⁷³ E. GRUEBER, *Introductory Essay*, cit., xxxv.

⁷⁴ *Ibid.*

recent research, English law had been influenced by Roman law in a deeper way than had hitherto been believed⁷⁵.

In Grueber's view, the study of Roman law based on the Institutes of Gaius and Justinian, as systematized over the centuries by scholars, was more important and advantageous for an English student, since it was giving him that overview of an intertwined legal system with categories and concepts, and providing a theoretical structure of legal principles, which he could not obtain from the study of the still casuistic English law, which had never undergone such systematization.

A few years after Grueber's arrival, at the beginning of 1885, following the increasingly loud requests within the law faculties for the extension of the study of Roman law to the Digest for more advanced students, the Board of the Law Faculty in the university of Oxford decided to select the title on the *Lex Aquilia*, considering it the most informative about the topic 'Roman law of damage to property'⁷⁶. It was Grueber who wrote the first text-book in English on the subject⁷⁷, in the traditional form – for an English student – of a commentary (Part I) to each passage within Title 9.2 of the Digest; however, Grueber also took the opportunity to show (in Part II) how, from the explanation of single legal determinations and decisions, a legal system could be devel-

⁷⁵ E. GRUEBER, *Das römische Recht*, cit., 19.

⁷⁶ On this aspect, see the accurate study of J.W. CAIRNS, *The Early Historiography of the Lex Aquilia in Britain: Introducing Students to the Digest*, in P.J. DU PLESSIS (ed.), *Wrongful Damage to Property. British Perspectives*, Edinburgh, 2018, 3-45.

⁷⁷ E. GRUEBER, *The Roman Law of Damage to Property, being a Commentary on the Title of the Digest 'Ad legem Aquilianam' (IX.2), with an Introduction to the Study of the Corpus Iuris Civilis*, Oxford, 1886. In its Preface, Grueber gives more details about that decision: «The Board of the Faculty of Law in the University of Oxford, being convinced that a more thorough knowledge of Roman law would be the best means of advancing a scientific understanding and culture of English law, has recently encouraged candidates in the Final School of Jurisprudence to exhibit a knowledge of some portion of the Digest, and has selected for that purpose the title 'Ad Legem Aquilianam', considering that it contains, perhaps more fully than any other title in the Digest, the chief materials referring to one particular topic, viz. the Roman law of damage to property» (p. vii). On the teaching of the subject and on the role of Grueber's book, see also J.W. CAIRNS, *The Early Historiography*, cit., 3 f. and *passim*.

oped⁷⁸. The literature used by Grueber for his book is, of course, almost exclusively German⁷⁹, with only two exceptions⁸⁰.

For the Oxford students of Roman law, Grueber also collaborated in an English translation of the fourth edition of the textbook of Rudolph Sohm, for which he wrote an Introductory Essay on the historical development of ‘The Study of Roman Law on the Continent and in England’⁸¹.

Beyond Grueber’s teaching and works, the results of the German Pandect-School had in fact already penetrated to Oxford. A good example was the Commentary to the Institutes of Justinian by J.B. Moyle⁸², which, in the words of Grueber, was showing clear signs of the fact that German *Wissenschaft* was finding more and more recognition abroad⁸³.

4.2. J.B. Moyle (1852-1930): “a man of one book”⁸⁴

John Baron Moyle⁸⁵, a Fellow and Tutor at New College, was one of the most popular Tutors in Roman law at Oxford. He obtained his

⁷⁸ E. GRUEBER, *Das römische Recht*, cit., 24. See also ID., *The Roman Law of Damage*, cit., viii.

⁷⁹ Among other things, the *Lehrbuch der Pandekten* of Arndts, Brinz, Wangerow and Windscheid respectively; the *System des heutigen römischen Rechts* of Savigny and the more specific *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischen Rechte* of Pernice.

⁸⁰ Being the Commentary to the Institutes of Justinian by Moyle (see below, fn. 82) and O.W. HOLMES, *The Common Law* (1882).

⁸¹ See above, fn. 65.

⁸² J.B. MOYLE, *Imperatoris Iustiniani Institutionum Libri Quattuor, with Introductions, Commentary, and Excursus*, Oxford, 1883.

⁸³ E. GRUEBER, *rev. of Moyle, Imperatoris Justiniani Institutionum*, cit., 244.

⁸⁴ So F.H. LAWSON, *op. cit.*, 78, referring to the success of his Commentary on the Institutes (see above, fn. 82) and its many editions, which was not followed by further works.

⁸⁵ F. DE ZULUETA, *John Baron Moyle*, in *LQR* 46 Oct. 1930, 405; ANON. [but F. DE ZULUETA], *Dr. J. B. Moyle*, in *The Oxford Magazine*, 13.3.1930, 613 f. The corrected proofs of this obituary can be found among the papers left by de Zulueta to the University of Aberdeen (Sir Duncan Rice Library, Special Collections, MS 2785/2/1, two copies). On one of the proofs there is a manuscript note of de Zulueta revealing his

B.C.L. degree in October 1879 and was nominated Public Examiner a few months later, in May 1880⁸⁶. He had been a pupil of Bryce at Lincoln's Inn⁸⁷ and had also studied Roman law under Windscheid in Leipzig.

According to Lawson, he was «a very sound Roman lawyer» who «brought a great vigour into the teaching of Roman law to his college [i.e. New College] and University»⁸⁸. He is the author of a new English translation of the Institutes of Justinian, with an ample commentary and various excursus⁸⁹. Moyle's translation became a standard work of reference for students, and by 1912 had already reached its fifth edition. Moreover, he wrote some entries for the third edition of *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* edited by W. Smith (1890-91).

According to the anonymous author (in fact Francis de Zulueta, by then Regius Professor)⁹⁰ of Moyle's obituary published in *The Oxford Magazine*, Moyle was «a first-rate teacher. His lectures were among the best and most popular in the Law School». In the opinion of de Zulueta, who had been tutored by Moyle as a student, he would in fact have been best suited for the Regius Chair: «No Oxford board of electors could have failed to appoint Moyle as successor to Bryce. The actual successor [i.e. Goudy] had other and great qualities, but, to speak plainly, in simple effectiveness Moyle was the better man»⁹¹. In another obituary published in the *Law Quarterly Review*, de Zulueta remarked that «Other law-teachers may have had a deeper influence in the last half century, but none can have had a wider» than Moyle through his *Insti-*

authorship: «I did not sign this because of my official position. F.d.Z.». See also F.H. LAWSON, *op. cit.*, 78 f.

⁸⁶ Moyle was also an Examiner for the London Intermediate Law Examinations and for Cambridge University, being also a member of its Special Board of Studies: see *CUR* 27.10.1899, 124.

⁸⁷ One of the four Inns of Court for barristers.

⁸⁸ F.H. LAWSON, *op. cit.*, 78.

⁸⁹ J.B. MOYLE, *Imperatoris Iustiniani Institutionum Libri Quattuor, with Introductions, Commentary, Excursus and Translation*, vols. 1-2, Oxford, 1883.

⁹⁰ See above, fn. 85. The anonymity of the obituary allowed him to frankly express his criticism towards the appointment of his predecessor.

⁹¹ Bryce's opinion, though, was completely different and less positive: see his letter to Gladstone (see above, fn. 49).

tutes: «To one trained under Windscheid it would have been easy to write a more learned work, but from the point of view of the beginner this would have been mere parade», he continues. His textbook had given to him «an assured and honoured place in the history of the study of Roman law in English-speaking countries», making him worthy to join «that group of great Oxford teachers» like Holland, Bryce and Pollock⁹². Indeed, Moyle too was very familiar with the production of German legal scholars of the 18th and 19th century, as some of the books of his personal library, later acquired by de Zulueta, also tell us⁹³.

Moyle was mainly lecturing on the Institutes of Gaius, on ‘History and Law of Persons’, ‘Law of Property and Testaments’, ‘Roman Law of Obligations’, and on ‘Contract of sale and Digest XVIII.1’. He retired in 1905.

4.3. E.A. Whittuck (1844-1924): a man of no books

Edward Arthur Whittuck, a Fellow and Tutor at Oriel College⁹⁴, was a «law lecturer to a number of colleges from 1876 to 1894»⁹⁵; he then became, in 1895, Lecturer in International and Constitutional law at the newly funded London School of Economics⁹⁶. During his time in Oxford, he gave lectures on various topics of Roman Law: for the year 1881-82, for example, they went from ‘Roman Law: *Iura in re aliena* and Inheritance’ to ‘Principles of Real Property Law’; and from the ‘Law of Obligations’ to ‘Delicts and Civil Procedure’. Besides Roman

⁹² F. DE ZULUETA, *John Baron Moyle*, cit., 405.

⁹³ Works of Ludwig Arndts von Arnesberg, Julius Baron, Heineccius, Kuntze, Leist, Marezoll, Friedrich Mommsen, Puchta, Unterholzner, Vering, Voigt, Walter are now kept, together with the other books once belonging to de Zulueta, in Aberdeen University Library (Taylor Library). The *ex libris* reveal their provenance.

⁹⁴ Whittuck was also one of the founders and members of the Grotius Society and the founder of *The British Year Book of International Law*.

⁹⁵ F.H. LAWSON, *op. cit.*, 55.

⁹⁶ F.A.H.[AYEK], *The London School of Economics 1895-1945*, in *Economica* 49 N.S. 13 (1946) 8.

law, he also taught English law, Jurisprudence, Public and Private law, and International law⁹⁷. He was also a Public Examiner.

Whittuck revised and enlarged the English translation with commentary of the Institutes of Gaius by Poste⁹⁸. No further publications on Roman law are known. He must have had a close relationship with de Zulueta, to whom he bequeathed the Roman law books from his personal library. This emerges from the *ex libris* and some specific annotations on those books, which are now in the University Library (Taylor Library) of Aberdeen, where de Zulueta's library is kept. Whittuck's books reveal that he was well acquainted with German studies on Roman law and with German critical editions of the main sources, as well as with the German Pandectistic literature⁹⁹. From the *ex libris* of two of his books it can be inferred that in 1875 Whittuck had spent some time in Göttingen¹⁰⁰.

⁹⁷ He also published an article on the state of the teaching of International Law: E.A. WHITTUCK, *International Law Teaching*, in *Transactions of the Grotius' Society* 3 (1918) 43-59. In his article, beside deploring «the unsatisfactory condition» of the teaching of that subject in Britain, Whittuck also remarks (at p. 46) that the educational system of Oxford (and Cambridge) was not encouraging the growth of a Law School.

⁹⁸ *Gai Institutiones, or Institutes of Roman Law by Gaius, with a translation and commentary of the late Edward POSTE, fourth edition, revised and enlarged by E. A. WHITTUCK, with an historical introduction by A.H.J. GREENEDGE*, Oxford, 1904.

⁹⁹ Amongst his books: *Das römische Institutionen-System von Affolter* (Berlin, 1897); *Der Besitzwille* of Jhering (Jena, 1889); *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte* of Mühlenbruch (Greifswald, 1836); *Lehrbuch der Pandekten* of Vangerow (Marburg, 1876); *Römische Rechtsgeschichte* di Voigt (vol. 1: Leipzig, 1892; vol. 2: Stuttgart, 1899; vol. 3: Stuttgart-Berlin, 1902). Whittuck also possessed a good collection of the main German editions of Roman law sources, namely the edition of the Institutes of Gaius by Böcking and that by Krüger and Studemund; the edition of the Institutes of Justinian by Schrader, Tafel and Clossius; the *Corpus Iuris Romani Antejustiniani* by Böcking, Bethmann-Hollweg and Puggé; the six volumes of the *Basilica* by the brothers Heimbach; the *Iurisprudentiae antejustiniana quae supersunt* by Huschke.

¹⁰⁰ One of these is R. VON JHERING, *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. Zum akademischen Gebrauch*, 2nd ed., Jena, 1870 (Aberdeen University Library: Taylor Library; shelfmark: 346.43 Jhe). The label of the 'Akademische Buchhandlung von Vandenhoeck u. Ruprecht (G. Haessel) in Göttingen' is stuck on to the book; moreover, the *ex libris* records: 'E. A. Whittuck, 1875 – Göttingen'. The same *ex libris* is also written on G.F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838 (Aberdeen University

As is to be expected, German Roman law studies, especially those produced by the Pandectist-School, had indeed supplied the logical structure to English scholars, a structure which percolated into the commentaries (used as textbooks) to the Institutes of Gaius and Justinian produced in England the last decades of the 19th century. In his preface to the second edition of his translation with commentary on the Institutes of Gaius, for instance, Edward Poste acknowledges his obligation to Puchta, Jhering, Bethmann-Hollweg, von Vangerow and Savigny amongst others¹⁰¹. By 1904, in the fifth edition revised and enlarged by Whittuck, in addition to those, the works of more German scholars, including some of the most famous Pandectists (Keller, Kuntze, Windscheid, Dernburg, Sohm, Lenel) had also been exploited¹⁰².

In general, as noted by Lawson¹⁰³, the influence of the great German jurists in the Roman law books produced in England in the last decades of the 19th century was palpable.

5. The Teaching of Roman Law in Oxford and Cambridge at the Turn of the Century

By the turn of the century, the Oxford Law School was flourishing. As the famous legal historian and Vinerian Professor of English law, W.S. Holdsworth, points out, the law school was not conceived to give a professional training, but rather an academic one: a training in legal principles and legal theory, which was both legal and liberal, therefore fitting for different careers. «For that reason it ha[d] always insisted that such subjects as jurisprudence, Roman law, international law, and

Library: Special Libraries; shelfmark: SB 34541 Puc). This book too has a German label 'Buchhandlung Rudolph Deuerlich in Göttingen, Weender Str. N. 59'.

¹⁰¹ E. POSTE, *Preface to ID., Gaii Institutionum iuris civilis commentarii quatuor, or Elements of Roman law by Gaius, with a translation and commentary by Edward Poste, 2nd ed. revised and enlarged*, Oxford, 1875, viii.

¹⁰² E.A. WHITTUCK, *Preface to Gai Institutiones* (1904), cit., ii. The Latin text of the Institutes was the latest one edited by Krüger and Studemund, who had given permission for its use by their English colleague.

¹⁰³ F.H. LAWSON, *op. cit.*, 83 f.

legal history, must be studied alongside of English law»¹⁰⁴. Dissertations were produced by students for the Degree of D.C.L. on subjects like ‘The practical utility to English lawyers of the study of Roman law’¹⁰⁵. Professional training, though, was acquired in Chambers or at the Inns of Court. For the Bar, Roman law was a required subject.

As appears from the *Oxford University Gazette*, around 1900 nearly every field of Roman private law was covered: apart from introductory lectures and lectures on the History of Roman law and its sources, and specifically on the Institutes of Justinian and Gaius, the following subjects were taught in single courses: Law of Persons; Status and Family Law; Law of Property and Modes of acquisition; Possession and Servitudes; Law of Inheritance; Intestate Succession and Testaments; Legacies; Obligations; Contract, esp. Verbal and Consensual Contract; Law of Delict; The *Lex Aquilia* and principles of Noxal Liability, also with reference to the Law of England; Judicial Institutions; Actions and Procedure; moreover, selected titles of the Digest, most often D. XVIII.1 *De contrahenda emptione* (on the law of sale).

As for Cambridge, at the turn of the century and until 1913, the teaching of Roman Law was still limited, as the pages of the *Cambridge University Reporter* reveal: just a few Lecturers were mostly teaching elementary subjects, like the Institutes of Gaius and Justinian (also under the simple heading ‘Roman Law’), ‘General Principles of Roman Private Law’ and ‘History of Roman Law’¹⁰⁶, whereas only the Regius Professor was lecturing on more specific subjects, which varied each Term. These were: single books of the Digest (‘D. IX.2 *Ad legem Aquiliam*’; ‘D. XLI.1 *De acquirendo rerum dominio*’; ‘D. VII.1 *De usufructu*’, ‘D. XIX.2 *Locati conducti*’), but also the Digest itself (‘The Scheme and Sources of the Digest’, and ‘History, Contents and Arrangement of the Digest’); moreover, ‘The History of the Roman Law of Delict (and Crime)’ and ‘History and Principles of Roman Property Law’. Sporadically, more original subjects were also taught, like ‘On

¹⁰⁴ W.S. HOLDSWORTH, *op. cit.*, 387. In Holdsworth’s view, academic training in law should lead to a degree, whereas professional training had the function of obtaining a license to practice.

¹⁰⁵ *OUG* 21.6.1881, 542.

¹⁰⁶ Examination in Roman Law was conducted on these two subjects.

the recent discovery of an alleged law of Numa' (Easter Term 1900) and 'The Division of a Corpus Juris by Subjects. Justinian and Blackstone with Notes on Austin, Lectures XL-LVII, Tables and Notes' (Michaelmas Term 1910), doubtless following the interests of the Regius Professor, E.C. Clark.

The 'List of Books' recommended in 1900 for the Law Tripos by the Special Board for Law at Cambridge¹⁰⁷ shows an interesting selection of the suggested literature on Roman Law, which was not limited to the production of British scholarship. As for the editions of sources: Brun's *Fontes Iuris Antiqui*; the Institutes of Gaius edited by J. Muirhead; the Institutes of Justinian edited by Moyle, and Mommsen's edition of the Digest. As for the textbooks: Gneist's *Institutionum et Regularum Juris Romani Syntagma* (used as the official textbook); the *Historical Introduction to the Private Law of Rome* by Muirhead; *Les institutions juridiques des Romains* by Cuq; Sohm's *Institutes of Roman Law*¹⁰⁸; Girard's *Manuel de droit romain* (2nd ed.), and Roby's *Introduction to the Study of the Digest*. Finally, for the historical part, chapter 44 of Gibbon's *Decline and Fall of the Roman Empire*; and, as a lexicon, the *Manuale Juris Civilis* by Dirksen.

In 1922, a 'qualifying examination in law', to be taken before the Law Tripos, Part I, was introduced. Roman Law became the object of both examinations; the number and variety of its lectures expanded, as did the number of lecturers. From 1925, more lectures in Roman Law were also given for the candidates for the LL.B. degree, joined in 1927 by the candidates for the ordinary B.A. degree. Roman law lectures make their appearance also among the 'Lectures intended for advanced students and research students'. Towards the end of the Twenties, the teaching of Roman Law in Cambridge may be said to have reached its acme.

¹⁰⁷ *CUR* 5.6.1900, 997.

¹⁰⁸ See above, fn. 65.

6. *The Teaching of Roman Law and its place in the Education of Lawyers: A Never-Ending Debate*

And yet, students were wondering what role the teaching of Roman law in a more and more professionalising university could still play. One of them, the American lawyer Robert Hale, recounts in great detail his experience as an undergraduate student at the Law School in Oxford at the beginning of the 20th century¹⁰⁹. As for the teaching in general,

lectures are carefully prepared but are generally read slowly from the lecturer's manuscript and the pupil is expected to take them verbatim. This seemed to me at the time and still seems to me to underrate the pupil¹¹⁰.

Students were supposed to passively listen and take notes: recollections of cramped hands in freezing cold rooms were not amongst their happiest ones. Hale's judgement on the teaching given by tutors, or college lecturers, is hardly more positive: «unless the lecturer says something not readily accessible in books or puts into information personality and charm which it would otherwise lack, he is an intruder and not a helper»¹¹¹. Much more appreciation is expressed towards the informal instruction given by professors to a small group of students: that was «the best instruction that is given in Oxford» and was compared by Hale to what «in German universities is called a seminar»¹¹².

On Roman law in particular, going back to his days in Oxford, when the subject was taught by Goudy, Hale cannot help asking the fateful question: «Of what use is so much time devoted to the study of Roman law?». His answer: «For practical purposes [...] none whatever»¹¹³. What follows is a fictional questioning of the former Regius Professor, James Bryce, called by the 'prosecutor', Hale, to an imaginary witness-

¹⁰⁹ R. HALE, *The Teaching of Law at Oxford University*, in *American Bar Association Journal*, 12.10, October 1926, 702-707. Since he mentions Richards as Chichele Professor of International Law, he must have been in Oxford not before 1911.

¹¹⁰ R. HALE, *op. cit.*, 704.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ R. HALE, *op. cit.*, 706.

stand to defend the teaching of Roman law. The ‘prosecutor’ puts him under pressure: «“Now, in the name of Jupiter, Lord Bryce, what good is the damn stuff?”». The answer of the fictional Bryce is a long and passionate apology: he discourses, first, on the educational value of Roman law in forming good citizens; on the tradition of its study through the centuries; on its influence on the jurisprudence of the continental countries; but, above all, he

believe[s] in the study of Roman law for its educational and scientific worth as forming and strengthening those habits of mind in which a lawyer’s excellence consists. The system has a unity and symmetry which English law lacks [...]. In learning Roman law, one learns the elements of law in general, and therefore of English law also.

The ‘prosecutor’ is satisfied: «“That will do, Lord Bryce. Thank you. You will not be cross-examined”»¹¹⁴. Surely a remarkable example of Roman law in an Anglo-American court-room!

But the role of the teaching of Roman Law in Law Schools, not only at Oxford but in Britain at large, had been the object of discussions at least since the middle of the 19th century. George Long’s passionate defence in 1847¹¹⁵ – actually referring to the teaching at the Middle Temple – had been rebuked by his reviewer ‘W.’ with the following arguments:

One or two introductory lectures on the history of our jurisprudence [...] would form a proper basis, but the bulk of the lectures must be of a useful and practical nature [...] Roman law is a useful and fitting study for the closet, but should not occupy too much of a course of lectures for young English lawyers [...]. The *privatum jus* is embodied to a great extent in our own law, and its best axioms are enriched by their transplantation into the more genial soil of English jurisprudence [...]. We should guard against the sacrifice of too much time at the shrine of our Roman prototypes, and direct our homage chiefly, if not wholly, to the enlarged version in use in our own law and land¹¹⁶.

¹¹⁴ R. HALE, *op. cit.*, 707.

¹¹⁵ See above, 95.

¹¹⁶ W., *The Middle Temple Lectures*, cit., 238 f.

It is also worth recalling an essay on *Roman Law and Legal Education* published in 1856 by the great scholar Sir H.S. Maine¹¹⁷. In recognizing «a revival of interest in the Roman civil law», he listed and illustrated with many argumentations «the grounds upon which the study of Roman jurisprudence is to be defended»¹¹⁸, stressing its importance especially in times of changes for the English law. «It is not because our own jurisprudence and that of Rome were *once* alike that they ought to be studied together – it is because they *will* be alike»¹¹⁹: a powerful counterpoint to the prediction of diminishing relevance expressed by ‘W.’.

By 1888, one frequent objection against the retention of the study of Roman law in an English legal education was the necessity of Latin. Clark regarded the argument of its difficulty greatly exaggerated¹²⁰: as for the subject-matter itself, the Cambridge Regius Professor considered the exclusive study of English law as leading not only «to a degree of prejudice and opposition against reform” but also to “a certain narrowness of view, and an inability to recognise the proportionate importance of different parts of our own system»¹²¹. The study of Roman law, seen as the common heritage of antiquity underlying many legal systems, allowed a comparison with a foreign system, and was therefore regarded by Clark as a good corrective against an exclusively insular viewpoint. His defence also covers the study of the Digest – as opposed to that of the more easily understandable Institutes: «the Digest alone can give a life and meaning to the dicta of the Institutes [...]. The selected portion of the Digest, in fact, furnishes [...] an admirable series of illustrative problems»¹²².

¹¹⁷ In *Cambridge Essays*, London, 1856, 1-29; republished in H.S. MAINE, *Village-communities in the East and West. Six Lectures delivered at Oxford, to which are added other Lectures, Addresses, and Essays* (I consulted the edition New York, 1889, 330-383, from which I quote).

¹¹⁸ H.S. MAINE, *Roman Law and Legal Education*, cit., 330.

¹¹⁹ H.S. MAINE, *op. cit.*, 332.

¹²⁰ E.C. CLARK, *Cambridge Legal Studies*, cit., 10, 12.

¹²¹ E.C. CLARK, *op. cit.*, 13.

¹²² E.C. CLARK, *op. cit.*, 13 f.

Nevertheless, in 1920s the role of the teaching of Roman Law in British universities was still the object of reflexion and discussion. Its importance and usefulness, which to Maine seemed to be obvious under so many points of view, was more and more questioned. It is worth mentioning the role in this discussion of the ‘Society of Public Teachers of Law’. The initiative of creating such a Society was taken by Goudy and other law teachers back in 1908; its first annual meeting, presided over by Goudy, took place in July 1909¹²³. Within the Society, issues related to legal education in the universities of England and Wales were discussed, and in 1924 a Journal was founded to that purpose. In 1926, in the light of the prospect of reform, Jolowicz published in that Journal an article on the teaching of Roman law¹²⁴. These are its opening, not very encouraging lines: «The exact place which Roman law should hold in English legal education has always been something of a problem». The discussion focused on making Roman law a compulsory subject for a law degree and a professional qualification, and to what extent, also with an eye on the educational system of continental universities.

The ultimate difficulty is that we all feel that for us Roman law is part of the theoretical side of legal instruction, and yet, as our own law is not based on Roman principles, we cannot make the teaching of it part of an introductory course on law in general, as it is to a certain extent on the Continent¹²⁵.

Again, a few years later, at the meeting of the same Society held in 1931, H.G. Hanbury¹²⁶ read a paper on the role of Roman law within the Law Faculties¹²⁷. This was composed in the light of a discussion

¹²³ On the origins of the Society, W.S.H.[OLDSWORTH], *The Society of Public Teachers of Law*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1924, 36.

¹²⁴ H.F. JOLOWICZ, *The Teaching of Roman Law*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1926, 22-25.

¹²⁵ H.F. JOLOWICZ, *op. cit.*, 22.

¹²⁶ At that time, he was teaching elementary Roman law at Oxford. He then became Vinerian Professor of English Law (1949-1964).

¹²⁷ H.G. HANBURY, *The Place of Roman Law in the Teaching of Law To-Day*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1931, 14-23. At pp. 24 f. the interventions of Duff, Buckland and many other participants are reported.

generated on that issue by «letters of a modern Junius in the person of a law student»¹²⁸, which were perceived as an attack to the subject. Those letters were met by a defensive reply of P. Duff¹²⁹. The division of Hanbury's remarks – made by himself in his article – in «reasons for the dislike of Roman Law manifested by some students and others», «the uses of the study of Roman Law», and «suggestions for improvements in the teaching of Roman Law», sums up the core of the matter. Hanbury imagines what kind of objections could be expressed by a modern student against the necessity of studying Roman law as a compulsory subject: «Primarily I wish my studies to be of practical value to me in my career, and Roman Law cannot help me there»¹³⁰. The fact that «education means something more than a mere absorption of knowledge *ad hoc*»¹³¹ might not seem enough to him. The necessity of the use of Latin was also a source of complaints. In response to that, Hanbury's defence stresses the impossibility of separating «the practical and the cultural standpoints»¹³²: the study of Roman law produces better and more efficient lawyers, and it must be considered indispensable for judges. Suggestions on how to make Roman law more palatable to students came also from an article of D.T. Oliver, published that same year¹³³ and praised by Hanbury.

The whole discussion around the utility of Roman law in legal education shows a growing dislike for the 'remote abstractions' of an 'unreal' Roman law, as it was presented and taught to students, and a desire for a more 'social' and historical approach, able to set the law of the ancient Romans into their daily life. The issue was manifestly still a hot topic, and Roman Law needed yet again to be defended.

¹²⁸ H.G. HANBURY, *op. cit.*, 14.

¹²⁹ As Hanbury, *ibid.*, puts it, «This attack ha[d] not been allowed to pass unchallenged».

¹³⁰ H.G. HANBURY, *op. cit.*, 15.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² H.G. HANBURY, *op. cit.*, 16.

¹³³ D.T. OLIVER, *Roman Law as Illustrated in Pliny's Letters*, in *CLJ* 4.2 (1931) 153-163. The Author suggested, as a means to stimulate the study of Roman law at universities, to add to the Commentaries on the Institutes illustrations of how that law operated in practice, in order to facilitate the learning of what were perceived by the students as rules which were too abstract.

7. *The Teaching of Roman Law at Oxford under Francis de Zulueta (1878-1958)*

After graduating with First Class Honours in *Literae Humaniores* (i.e. Classics) in Oxford in 1901, Francis de Zulueta¹³⁴ attended the Law School, graduating First Class in *Iurisprudentia* in the Spring of 1902. During this time, he was tutored by Moyle. In that Academical Year 1901-02, the Roman law subjects taught by Goudy were ‘History of Roman Law’ and ‘Civil procedure’, whereas the other areas of Roman law were taught by the tutors J.C. Wilson (the law of ‘Succession’ and ‘Obligations’); A.T. Carter (‘Institutes of Gaius and Justinian, commencement’, followed by ‘Intestate Succession and Obligations’); J.C. Miles (‘Emptio Venditio’); J. Williams (‘Obligations’), and J.B. Moyle, who concentrated on the first two books of the Institutes of Gaius (‘Gaius I, II’) and on the ‘Contract of Sale and Digest XVIII.1’. (Some of these names, with the obvious exception of Moyle, have to be understood rather as teachers than as scholars engaged in research and publication on Roman law).

A few months after his graduation, de Zulueta was elected to a fellowship in Law at Merton College and in 1905 he started his teaching as Tutor in place of Moyle, who had retired in the meantime. In 1912 he was to become All Souls Reader in Roman Law, and then, in 1919, Goudy’s successor to the Regius Chair. When Goudy died two years later, in 1921, de Zulueta wrote his obituary describing, amongst other things, his qualities as a teacher; thereby de Zulueta’s own views on the teaching of Roman law emerge. His perspective was, at the same time, that of an Oxford university teacher and of a former pupil:

¹³⁴ On de Zulueta: F.H. LAWSON, *s.v. Zulueta, Francis de*, in E.T. WILLIAMS, H.M. PALMER (eds.), *The Dictionary of National Biography (DBN) 1951-1960*, Oxford, 1971, 1097-1099 (= in H.C.G. MATTHEW, B. HARRISON (eds.), *Oxford Dictionary of National Biography [ODBN]*, vol. 60, Oxford, 2004, 1021 s.); ANON., *Prof. Francis de Zulueta. The Teaching of Civil Law*, in *The Times*, 18.1.1958, 8; H.G. HANBURY, *Obituary: Professors R.W. Lee and F. de Zulueta*, in *The Times*, 10.2.1958, 14; B. NICHOLAS, *Francis de Zulueta*, in *IVRA* 9 (1958) 138 s.; P. STEIN, *Ricordo di Francis de Zulueta*, in *Labeo*, 4, 1958, 238-241; more recently L. ATZERI, *Francis de Zulueta (1878-1958): An Oxford Roman Lawyer between Totalitarianisms*, in K. TUORI, H. BJÖRKLUND (eds.), *Roman Law and the Idea of Europe*, London etc., 2019, 53-71.

Purely academic work seldom brings fame; its rewards are the gratitude of generations of pupils and the recognition of a few colleagues. But in Oxford, as in other universities, we claim the right to judge our teachers for ourselves, and that chiefly by their humdrum inside achievement. Goudy took great pains with his lectures, which were learned, clear, and comprehensive. In less formal instruction and in conversation he was sympathetic, inspiring, alive, ever ready to help a pupil or a younger colleague. The specific quality of his teaching was a grasp of fundamental principles and the power to relate a question to them. He never failed in the great duty of a university teacher to hold up the highest standard as alone worthy of endeavour¹³⁵.

While the teaching carried out by Goudy and by other teachers had been characterised by tradition, a new, socio-historical approach to the teaching of Law came to Oxford with the arrival in 1903 of the Russian scholar, Paul Vinogradoff (1854-1925). After graduating in Moscow, Vinogradoff moved to Berlin to study under the greatest historians of his time, Theodor Mommsen and Heinrich Brunner. There, he attended Mommsen's seminars¹³⁶.

With Vinogradoff, who became Corpus Professor of Jurisprudence¹³⁷, new methods and research fields started to open up the minds of the law students. He «brought an air of cosmopolitan learning to Oxford»¹³⁸, where, in the words of Lawson, he

instituted the first seminar on the continental model and trained in regular habits of research many historians and lawyers who afterwards became eminent [...]. His lectures attracted the more enlightened and ambitious undergraduates, to whom he communicated his deeply felt sense

¹³⁵ F. DE ZULUETA, *In memoriam. Henry Goudy*, in *Transactions of the Grotius Society* 7 'Problems of Peace and War', London, 1922, xxii-xxvi, esp. xxiii.

¹³⁶ H.A.L. FISHER, *Paul Vinogradoff. A Memoir*, in *The Collected Papers of Paul Vinogradoff. With a Memoir by H.A.L. Fisher*. vol. 1: *Historical*, Oxford, 1928, 11 f. The *Memoir* is dated Oxford 1927.

¹³⁷ A subject that comprehends legal history, legal theory, legal philosophy and comparative law. Before him, that prestigious Chair had been occupied by Sir Henry S. Maine and then by F. Pollock.

¹³⁸ H.A.L. FISHER, *op. cit.*, 31 f.; see also F.M. POWICKE, *Sir Paul Vinogradoff*, in *EHR* 41 No 162 (1926) 236-243, esp. 239.

of Roman law as a system of law actually governing human beings and as the foundation of much modern law¹³⁹.

On his arrival, Vinogradoff explicitly defended the ‘Seminar system’, pleading for «its integration into the ‘regular course of university studies’»¹⁴⁰. To that purpose, he founded a Seminar Library named after F.W. Maitland. This library, specialised in legal and social history, was located at first in one of the rooms of All Souls College, and played an important role in supporting and widening the interests of the participants to his Seminar¹⁴¹. One of them was Francis de Zulueta, who in 1907-08 attended two of Vinogradoff’s Seminars, on ‘Studies in the Law and History of the Later Roman Empire’ and on the Codex Theodosianus respectively, a new critical edition of which had been realised by Mommsen and published just two years before, in 1905. Neither this source nor Late-Antique legislation had ever been the object of any Roman law course in Oxford. The very first publication of de Zulueta, *De patrociniis vicorum*, a study on the Late Antique patronage, was one of the first fruits of that Seminar.

De Zulueta considered himself one of Vinogradoff’s first Oxford pupils. In his obituary of 1926, he highlights the great qualities of the Russian professor as an inspiring teacher: «His great interest even then

¹³⁹ F.H. LAWSON, *op. cit.*, 109 f.

¹⁴⁰ W.E. BUTLER, V.A. TOMSINOV, *Sir Paul Vinogradoff: A Biographical Sketch*, in W.E. BUTLER (ed.), *On the History of International Law and International Organization: Collected Papers of Sir Paul Vinogradoff*, Clark (NJ), 2009, 15-34. The Seminar indeed became «an integral component of an Oxford postgraduate education». His method of seminar teaching, which combined history and law, «generated an enthusiastic coterie of disciples» (p. 23). A lively and thorough description of Vinogradoff’s seminars in H.A.L. FISHER, *op. cit.*, 32-35.

¹⁴¹ On the ‘Maitland Library’, see H.A.L. FISHER, *Frederic William Maitland, Downing Professor of the Laws of England: a Biographical Sketch*, Cambridge, 1910, 174; ID., *Paul Vinogradoff*, cit., 40; F.J.K[ING], *The Maitland Library*, in *Bodleian Quarterly Record* IV No 48 (1925) 279; VII No 79 (1933) 294. In 1920, the Maitland Library was transferred to a room in the Examination Schools; in 1925, control was taken over by the Curators of the Bodleian Library, the books rearranged and made available also to Bodleian readers. By 1933, however, the Library had been dispersed: a selection of books was given to the Faculty of Modern History; some of the legal books were kept, whereas books considered ‘obsolete and redundant’ were disposed of.

lay in the training of promising men in the methods of scientific research, and his Seminar directed to this end were exceptionally popular and fruitful...»¹⁴². It can be said that Vinogradoff laid in Oxford the foundations for the formation of legal scholars, especially in the field of Roman law. Indeed, according to some of his pupils, «his work was not so much to convey information as to create the zeal and the equipment for seeking knowledge»¹⁴³.

In the absence of any surviving lecture notes, it is not easy to say whether de Zulueta's long teaching activity in Oxford, from 1905 to 1948 – first as a Tutor, then as a Reader and finally as a Professor –, while treating the traditional subjects prescribed by the university (Institutes of Gaius and Justinian, Law of Things, Law of Obligations, Law of Sale, *Lex Aquilia*¹⁴⁴ and so on), was nevertheless showing signs of the influence of the new methods coming from the Continent. On the one hand, de Zulueta saw himself as a 'trustee', and the teaching of Roman law as a legacy: as he wrote in his inaugural lecture (given in 1920), «My chief duty as trustee will be to hand down the legacy unimpaired to the next generation»¹⁴⁵. But he was also aware of the fact that Roman law could not be taught without a knowledge and awareness of the newly developing trends: «In order to do this – he continues the metaphor – it will not suffice to maintain the existing investments. Trustee securities, when left to themselves, have a well-known tendency to depreciate»¹⁴⁶. For this reason, rather than concentrating on the educational value of Roman Law, considered as a deposit of dead knowledge, in his address de Zulueta wanted to show it as «a living and progressive subject, an international study, in which important and interesting results are proceeding»¹⁴⁷. When compared to the inaugural

¹⁴² F. DE ZULUETA, *Paul Vinogradoff, 1854-1925*, in *LQR* 42 (1926) 202-211, esp. 206.

¹⁴³ H.A.L. FISHER, *Paul Vinogradoff*, cit., 35.

¹⁴⁴ On the teaching of this specific subject, and more in general on the teaching of Roman Law in Oxford in those decades, see now B. SPAGNOLO, *Student's Digest: 9.2 in Oxford in the Twentieth Century*, in P.J. DU PLESSIS (ed.), *Wrongful Damage to Property. British Perspectives*, Edinburgh, 2018, 137-160.

¹⁴⁵ F. DE ZULUETA, *The Study of Roman Law To-Day. Inaugural Lecture delivered May 12, 1920 before the University of Oxford at All Souls College*, Oxford, 1920, 3.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ *Ibid.*

lecture of Goudy, which was very much Britain-centred, the openness of de Zulueta's approach and his interest in new trends and methodologies, certainly in the study and perhaps also in the teaching of Roman Law, is all the more evident. By then, especially after the German codification had entered into force, the direction of Roman law studies had become more historical, as recognized by the newly appointed Regius Professor:

the tradition of treating Justinian's lawbooks chiefly and primarily as a Code to be interpreted and adapted to practical use belongs to the past [...]. This change is not without disadvantages from the point of view of elementary curriculum¹⁴⁸.

Instead of searching for the 'half-buried' – and in his view largely hypothetical – classical Roman law, de Zulueta suggested instead keeping the feet planted on the more solid ground represented by Justinianic law. Another problem was posed by the new development, in Germany and elsewhere, of the 'interpolation question' and the increasing suspicion towards the authenticity of the text of Roman law sources:

This is an uncomfortable state of affairs for the scholar, and it is worse for the teacher. [...] A certain reserve, a *disciplina arcani*, is necessary in most elementary teaching, but the modern teacher of Roman Law has to exercise it to an unexampled degree¹⁴⁹.

In the anonymous obituary of de Zulueta published in *The Times* after his death, it was recognised that:

To the chair de Zulueta brought profound learning, a power of writing restrained and graceful English, and a training all the more perfect in that it had been matured under Vinogradoff, to whose instruction in methods of exact scholarship, and to whose power of taking a text or some other subject of study and squeezing the last drop out of it, he frequently acknowledged his obligation. [...] As a teacher he had good success among college pupils, and during his tenure of the professorship his lectures steadily gained in popularity; but he was probably at

¹⁴⁸ F. DE ZULUETA, *op. cit.*, 6 f.

¹⁴⁹ F. DE ZULUETA, *op. cit.*, 14 f.

his best when taking a small group of students in an informal class¹⁵⁰ or seminar¹⁵¹.

The teaching of de Zulueta is also described as very successful in the obituary written by Hanbury:

His seminar classes on the two relevant titles of the Digest [i.e. ownership and possession] were quite indispensable to all students for the degree of Bachelor of Civil Law, and no one who attended his classes could bear to miss a moment of his exposition and his textual criticism¹⁵².

More details on his teaching are also given by Lawson in his (slightly barbed) entry on de Zulueta in the *Dictionary of National Biography*:

In lecturing he believed in systematic exposition which did not perhaps show him at his best. Temperamentally he was better fitted to the more explosive [!] method appropriate to informal instruction or to revision lectures in which he could assume a general knowledge of the subject and needed only to draw attention to interesting points which had probably been neglected¹⁵³.

According to the more balanced obituary written by Barry Nicholas, de Zulueta

exercised a great influence on the teaching of Roman Law in Oxford and, through his books, in other British universities also. [...] His wide reading [...] and balanced judgment equipped him well to interpret to English students the course which Roman Law studies on the continent were taking¹⁵⁴.

¹⁵⁰ That is, informal instruction.

¹⁵¹ ANON., *Prof. Francis de Zulueta*, cit., 8.

¹⁵² H.G. HANBURY, *Obituary: Professors R.W. Lee and F. de Zulueta*, cit., 14.

¹⁵³ F.H. LAWSON, s.v. *Zulueta, Francis de*, in *DNB*, cit., 1098 (= in *ODNB*, cit., 1022).

¹⁵⁴ B. NICHOLAS, *Francis de Zulueta*, cit., 138 s.

Finally, Peter Stein pushes the teaching aspect even further, pointing out that:

De Zulueta seems to have regarded himself, despite the profound scholarship [...], as primarily a teacher. Much of his work was designed for the student rather than for the specialist and had a specifically pedagogic aim¹⁵⁵.

A very interesting remark, coming from a comparison between the teaching of Roman Law in Oxford and in Germany, can be found in the obituary written by Harding-Barlow, a South African jurist¹⁵⁶ who studied Law in Oxford under de Zulueta. In his obituary, which is mainly focused on de Zulueta's teaching, Harding-Barlow stresses in particular the point 'tradition in law teaching':

He [i.e. de Zulueta] always made great use of the Journal of the Savigny-Foundation (Roman Law Division), and it is interesting to note that J. Kerr Wylie¹⁵⁷ remarks that Koschaker regards it as a weakness of present-day jurists¹⁵⁸ in Germany that their feeling for tradition is so poorly developed, and that in legal publications there you will hardly find a mention of Savigny or of any other of the great Pandectists of the preceding century. One can only guess that this is partly due to the German idea that one should not go to a university for itself, but to learn from some particular professor whose teachings are likely to interest one¹⁵⁹.

The general opinion about de Zulueta's teaching of Roman law, as reflected in these testimonies, is overall a very positive one: his 'profound learning and scholarship' in Roman law, his vast readings and his knowledge of the developments that it was undergoing on the Continent

¹⁵⁵ P. STEIN, *Ricordo di Francis de Zulueta*, cit., 239.

¹⁵⁶ Also formerly Lecturer in Law at Rhodes University College (now Rhodes University), South Africa.

¹⁵⁷ J. Kerr Wylie (d. 1948), Advocate and Professor of Roman law at the University of Cape Town.

¹⁵⁸ I.e. at the end of the Forties.

¹⁵⁹ M. HARDING-BARLOW, *De Zulueta of Oxford University and his Teaching of the Study of Roman Law*, in *South African Law Journal* 75 (1958) 418-427. This Obituary is partially based on the one published in *The Times*.

in both its study and its teaching, made his lectures and, above all, his seminars up-to-date and appealing for students. At the same time, his sense for tradition manifested itself in his use and citation of the great German scholars of the Pandectist School, a habit which in Germany itself had gone out of fashion in the meantime. De Zulueta can hardly be described as an innovator; however, his thorough knowledge of Roman law sources and his sensitivity for legal-historical aspects and for doctrinal debates, distinguish him as a teacher in touch with the developments of the subject.

By 1928, in Oxford «the teaching power of the Law Faculty, now considerable, [was] provided by Professors, Readers, University Lecturers and College Tutors»¹⁶⁰. As for the latter, they were not only supervising pupils in their respective Colleges, but also giving open courses of lectures. According to Hazel, «In the Law Faculty, they [were] happily blended in an effective whole»¹⁶¹.

In the Thirties, the teaching of Roman law was supplemented by F.H. Lawson, H.F. Jolowicz (only until 1931)¹⁶², Sir John Miles and A.H. Campbell. Through the synergy of both lectures and informal instruction, the whole statutory programme for Roman Law was covered. As for the taught subjects, there was little variation over the years. The topics mostly fell squarely within the field of Roman private law: Law of Succession; Obligations; Ownership and Possession; Sale; Delicts, especially Theft (i.e. Digest XLVII.2 *De furtis*) and Damage to property (*Lex Aquilia*); Digest XVIII.1 and XIX.1 (i.e. *emptio venditio* and related actions); Praetorian Edict, Formula and Actions. Compared to the teaching at the turn of the 20th century, more areas of the Digest were now covered.

There were still courses and informal instruction on the Institutes of Gaius. Campbell held also more historical courses on ‘The legal basis of Roman civilisation’ and on ‘Roman Law: sources and external history’. In 1934, a course on the ‘Elements of Roman Law’ even figures among the courses offered to students in Roman History. It can be said

¹⁶⁰ A.E.W.H.[AZEL], *The Oxford Law School*, cit., 34.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² He then became professor in London and, in 1948, went back to Oxford as the successor of de Zulueta.

that the current teaching of Roman Law did not depart, at least for its topics, from the traditional teaching which had been carried out in Oxford for decades.

8. *The Teaching of Roman Law at Cambridge under William Warwick Buckland (1859-1946)*

After studying for a time at the Crystal Palace School of Engineering in London, in 1881 W.W. Buckland¹⁶³ (aged 22) made a new start by turning to the study of the Law at Cambridge, winning in 1885 the Chancellor's Medal for Legal Studies. He then became, in 1889, Lecturer in Law at Gonville and Caius College and there started his teaching in Roman Law. Until 1914, when he became the Regius Professor of Civil Law, Buckland had only been giving lectures on 'General Principles of Roman Private Law' (covering the whole spectrum, from Persons to Actions) and the 'Institutes of Gaius and Justinian'. As Regius Professor, he could finally concentrate on different subjects, such as 'Roman Legal History from Augustus to Justinian'; the 'Roman Law of Property' (combined in 1917 with 'Servitudes and Succession by Will'); the Roman Law of obligations, Possession, Usufruct, Quasi-contract, *condictiones*, and Roman civil procedure, with a focus on the formulary system. As for single titles of the Digest, his courses were dedicated to D. IX.2 *Ad legem Aquiliam*, D. XVIII.1 *De contrahenda emptione*, D. XIX.2 *Locati conducti*, and D. XLVII.2 *De furtis*.

Buckland also gave courses focused on the discussion of cases in Roman law. In 1915 (Easter Term) he gave a short course on 'Problems in Roman Law' based on Jhering's *Law in Daily Life*, recently translat-

¹⁶³ On Buckland: J.H. BEALE, *William Warwick Buckland*, in *Cambridge Legal Essays written in honour of and presented to Doctor Bond, Professor Buckland and Professor Kenny*, Cambridge, 1926, 9-13; ANON., *Obituary. Dr. W. W. Buckland. Civil Law at Cambridge*, in *The Times*, 17.1.1946, 7; H.F. JOLOWICZ, *Professor W. W. Buckland*, in *LQR* 219 (1939) 321-323; P.W. DUFF, rev. W.E. RUMBLE, *s.v. Buckland, William Warwick*, in *ODNB* online (with further bibl.); A.D. MCNAIR, P.W. DUFF, *s.v. Buckland, William Warwick*, in *Proceedings of the British Academy* 33 (1947) 283-291.

ed into English by Goudy¹⁶⁴. This short manual was articulated as a series of legal questions on various aspects and problems arising from everyday life, to which no answer was given, and must have been considered by Buckland ideal for stimulating the development of a legal mind in his students. In the following years, that course evolved into ‘Solution of problems in Roman Law’, structured as a conversation class. Finally, some courses had a more comparative perspective, such as ‘Sale of Goods in Roman and English Law’ (Michaelmas Term 1926) or ‘Roman Law and Common Law’ (Michaelmas Term 1931).

Unlike de Zulueta, Buckland does not seem to have expressed in his own writings any personal view of the teaching of Roman law in a Law Faculty, nor is there any external witness. However, some of his lectures have survived: among his papers, preserved in the Squire Law Library¹⁶⁵, there are also some sets of his lectures (typescript notes) on *De conditionibus*, *Emptio-venditio*, *De Furtis*, and *Lex Aquilia*¹⁶⁶. Moreover, a typewritten copy of the notes of his lectures on *De conditionibus* taken by P. Duff, who attended them, has also survived¹⁶⁷. These notes allow us to look into Buckland’s teaching methods. The few introductory remarks in the first lecture of the course, for example, show the character of Buckland’s teaching, which used to go ‘straight to business’ without too many frills:

Books: Mr Oliver’s book *De conditionibus*; and you must read the general accounts in the textbooks. If you are doing it thoroughly you ought to have available the whole Digest. If anyone thinks he is going

¹⁶⁴ R. VON JHERING, *Law in daily life. A collection of legal questions connected with the ordinary events of everyday life* (transl. by H. GOUDY), Oxford, 1904. Its original title was *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen* (Leipzig, 1847 ff.).

¹⁶⁵ MSS 31/ TS I (5 boxes).

¹⁶⁶ This set of lectures has been recently published by D. IBBETSON, *William Warwick Buckland on the Lex Aquilia*, in P.J. DU PLESSIS (ed.), *Wrongful Damage*, cit., 46-116, with a useful overview of the teaching of Roman law at pp. 57-60 (§ 3. *The lectures and their audience*).

¹⁶⁷ I would like to thank prof. David Ibbetson (Cambridge) for putting them at my disposal. A copy (together with its photocopy) can be found amongst Buckland’s papers.

to learn much from my syllabus¹⁶⁸ he is mistaken. [...] Now let us get to business.

The lectures appear to be very rich and demanding; they were mainly based on the sources (Institutes of Gaius and Justinian, Digest, occasionally Theophilus' Paraphrase and the Glossa), which were analysed and commented upon one by one. Historical aspects are generally overlooked. The lectures are interspersed with stimulating questions to the students. Literature is only occasionally referred to (de Visscher, Beseler, Buckland himself). A *Leitmotiv* seems to be the question 'Classical – not Classical Roman law', showing that Buckland was following very closely both the Continental discussion around interpolation criticism¹⁶⁹ and the recent discoveries in the field of legal papyrology¹⁷⁰. In 'Lecture III' (at p. 7), in commenting on D. 12.1.1, he states:

There is scarcely a word of it – perhaps none – that has not been declared interpolated and Byzantine; but a few months ago [a] papyrus fragment of the 4th century was found which gave the latter part of this text exactly as it stands in the Digest. That does not prove it is genuine; but, if interpolated, it was very early; and personally I have no doubt whatever that it is genuine.

¹⁶⁸ This was a sort of handout for the students prepared by Buckland, «in essence the map of the lectures» with «headings and subheadings linking to texts» (D. IBBETSON, *op. cit.*, 57 f.).

¹⁶⁹ On Buckland's (and de Zulueta's) attitude towards interpolation criticism, see L. ATZERI, *Reazioni all'interpolazionismo tra Cambridge e Oxford nella prima metà del Novecento*, in M. AVENARIUS, C. BALDUS, F. LAMBERTI, M. VARVARO (eds.), *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik. Methodentransfer unter europäischen Juristen im späten 19. Jahrhundert / Gradenwitz, Riccobono e gli sviluppi della critica interpolazionistica. Circolazione di modelli e metodi fra giuristi europei nel tardo Ottocento*, Tübingen, 2018, 267-301, esp. 273-277, 281-285, 288-290.

¹⁷⁰ On the active contribution of Buckland and de Zulueta in what was then the new field of legal papyrology, and especially in the edition of some legal papyri in British collections (P. Oxy., P. Rylands), see L. ATZERI, *Diritto romano dal deserto. Percorsi editoriali di papiri giuridici nella prima metà del Novecento*, Torino, 2020; EAD., *Roman Law from the Desert. A.S. Hunt, F. de Zulueta, E. Levy, V. Arangio-Ruiz and the Editing of Legal Papyri*, in *ZRG RA* 138 (2021) 446-506.

In Buckland's lectures, tradition and new trends are blended, although tradition seems to prevail. According to Ibbetson, who refers to interpolation criticism as a method which "had done something to rescue Roman law scholarship from the slavish acceptance of the texts" of the Digest, «English scholarship was still substantially stuck in this world of Roman law positivism, and even Buckland worked within this tradition in his lectures»¹⁷¹.

From 1923, the teaching of Roman law had considerably expanded and was now taught for the Qualifying examination in law (i.e. in first year), the Law Tripos, Part I (i.e. in the second year), and, from 1925, for the LL.B. degree. The number of lecturers had also increased¹⁷², and so had the variety of topics. Some courses were limited to a single Term, whereas some others extended over two or even three Terms. To give one example, in 1930-31 Buckland was teaching 'Digest XVIII.1 (*de contrahenda emptione*)', 'Sources of Roman Law', 'The Roman Law of Obligations', 'The course of an action under the *formula*', 'Problems in Roman Law (conversation class)', 'Roman Law of Usufruct' and 'Roman Law of Theft'. The Lecturers and Tutors were teaching as follows: C.T. Carr and J.W.C. Turner, 'Roman Law'; Turner and P.W. Duff, the 'Institutes of Justinian and Gaius'; Duff alone 'Roman Legislative and Judicial Processes' and 'Digest XVIII.1 (*de contrahenda emptione*)'; Turner alone 'Damage to Land etc. in English and Roman Law'.

However, these courses were subject to modifications, while other topics were occasionally introduced: e.g., in 1933 Buckland also gave a course on 'Some Problems of Jurisprudence', whereas, from that same year, he replaced his course on Roman usufruct with 'Roman Law of quasi-contract'.

¹⁷¹ D. IBBETSON, *Buckland on the Lex Aquilia*, cit., 62.

¹⁷² Between 1935 and 1940, Roman law was also taught by D.I.C. Ashton-Cross, by then assistant lecturer.

9. 'Jurists Uprooted'¹⁷³: The German Émigré Scholars and their Contribution to the Teaching of Roman Law

The arrival of German jurists of Jewish origin in Oxford and Cambridge in the Thirties brought new research methods and new teaching topics. The academic community, and especially de Zulueta and Buckland, was ready and willing to help some of its German colleagues¹⁷⁴, with whom there had already been contacts and exchanges in the past. As regards Roman law and legal history, Fritz Pringsheim and, above all, Hermann Kantorowicz were given the opportunity to held lectures, seminars and informal instructions, while Fritz Schulz was supported in his research¹⁷⁵.

9.1. Fritz Pringsheim (1882-1967)¹⁷⁶

When still a Professor at the University of Freiburg im Breisgau, Pringsheim had been invited by de Zulueta to Oxford, where in the au-

¹⁷³ On this subject, see the fundamental work, *Jurists Uprooted*, cit.

¹⁷⁴ This not always could be given for granted. On the role played by Oxford University and Colleges in keeping alive that scholarship in the field of Arts and Humanities, in addition to the excellent *Jurists Uprooted*, cit., see now S. CRAWFORD, K. ULM-SCHNEIDER, J. ELSNER (eds.), *Ark of Civilization. Refugee Scholars and Oxford University, 1930-1945*, Oxford, 2017. On the conditions of academic refugees encountered in Oxford, and on the environment in which they lived and worked, A. GRENVILLE, *Academic Refugees in Wartime Oxford. An Overview*, in S. CRAWFORD, K. ULM-SCHNEIDER, J. ELSNER (eds.), *Ark of Civilization*, cit., 50-61, esp. 51: «The nature of the reception afforded to the refugee academics [...] depended very largely on the attitude of their colleagues. Like the reception of refugees from Nazism in Britain in general, this was distinctly mixed». Previous personal contacts made the difference.

¹⁷⁵ On these Roman law scholars in Oxford and Cambridge, K. TUORI, *Exiled Romanists between Traditions: Pringsheim, Schulz and Daube*, in K. TUORI, H. BJÖRKLUND (eds.), *Roman Law and the Idea of Europe*, London etc., 2019, 35-51.

¹⁷⁶ On Pringsheim, and especially on his time in England, see T. HONORÉ, *Fritz Pringsheim (1882-1967)*, in J. BEATSON, R. ZIMMERMANN (eds.), *Jurists Uprooted*, cit., 205-232; K. TUORI, *Exiled Romanists*, cit., 37-40; some details also in L. BROCKLISS, *Welcoming and Supporting Refugee Scholars. The Role of Oxford's Colleges*, in *Ark of Civilization*, cit., 62-76, esp. 72.

tumn of 1930 he gave two lectures on ‘*Animus in Roman Law*’¹⁷⁷. He was again in Oxford and Cambridge in the Autumn 1933, where he gave further lectures¹⁷⁸. When a few years later, in 1939, he was forced to leave Germany, Pringsheim found it only natural to seek refuge in Oxford. There he was given the opportunity of becoming a faculty lecturer «under the auspices of de Zulueta»¹⁷⁹. Some of the topics of his lectures were quite unusual for Oxford law students, and reflected Pringsheim’s own research interests, both in Roman and Greek law. The following courses are known: ‘The General Character of Justinian’s Legislation’ and ‘Classical and Postclassical Law’ (both held at Merton College in 1939); ‘D. 41.1 *De acquirendo rerum dominio*’ (informal instruction, 1940), and ‘Greek Private Law: Guarantee and Sale’ (also held in 1940). According to Honoré, «in wartime conditions [Pringsheim] does not seem to have delivered any lectures»¹⁸⁰; even some tutorial teaching was difficult to find for him in these years. However, in a letter written after the war, in 1948, to the editor of the Oxford University Press, Kennet Sisam, in recommending Pringsheim for some coaching work, de Zulueta remarked on his success with the students¹⁸¹. One of Pringsheim’s pupils, Tony Honoré, later became Regius Professor of Civil Law at Oxford.

¹⁷⁷ OUG 10.10.1930, p. 48.

¹⁷⁸ The lectures held in Cambridge were published a few years later as F. PRINGSHEIM, *The Inner Relationship between English and Roman Law*, in *CLJ* 5 (1933) 347-365.

¹⁷⁹ T. HONORÉ, *op. cit.*, 221.

¹⁸⁰ *Ibid.*, based on a remark expressed by the same Pringsheim in a report.

¹⁸¹ Oxford University Press (OUP) Archives: PB/ED/010382 Box OP 1390: letter to Sisam of 31.5.1948: «P. has been a success». T. HONORÉ, *op. cit.*, 224, highlights the fact that de Zulueta actively tried to help Pringsheim, sending letters to law tutors in various Colleges and suggesting he could take up some teaching of Roman law at a time when undergraduates were returning to Oxford.

9.2. Hermann U. Kantorowicz (1877-1940)¹⁸²

Kantorowicz had visited England in 1924, residing in London. A diary composed on that occasion¹⁸³ preserves the impressions left on him by this new experience. On the 23rd of April he made a trip to Oxford, where he bought many books and visited the most beautiful Colleges. That brief visit was enough to allow him to see the contrast between the German and the Oxford educational system: «this is where people are educated, not cogs being produced for the academic machine»¹⁸⁴.

Immediately after Hitler's rise to power, in spring 1933, Kantorowicz sought refuge in England. After a short stay in Cambridge, followed by a brief visit to the United States, in June 1934 he came back to stay in Cambridge¹⁸⁵. From 1935 he was formally involved in the teaching for the Law School there¹⁸⁶, especially for advanced and research students; in 1937 he is considered a member of the Faculty of Law, with the title of Assistant Director of Research in Law. In Cambridge, Kantorowicz gave lectures and seminars on 'Medieval Legal Manuscripts (Research class)' (Michaelmas Term 1935), 'Textual Criticism with special regard to Mommsen's Praefatio to the Digest'¹⁸⁷

¹⁸² On Kantorowicz, K. MUSCHELER, *Hermann Ulrich Kantorowicz: Eine Biographie*, Berlin, 1984; D. IBBETSON, *Hermann Kantorowicz (1877-1940) and Walter Ullmann (1910-1983)*, in *Jurists Uprooted*, cit., 269-298 (with further bibl.). See also L. ATZERI, *Notizie biografiche*, in L. ATZERI, P. MARI (eds. and transl.), H. KANTOROWICZ, *Introduzione alla critica del testo. Esposizione sistematica dei principi della critica del testo per filologi e giuristi*, Roma, 2007, XXXIII-LVI (with further bibl.).

¹⁸³ Kantorowicz's personal papers are now kept in the Archives of the Albert-Ludwigs-Universität of Freiburg im Breisgau (Universitätsarchiv Freiburg: Nachlass Kantorowicz C 36). A diary of this trip (*Reise nach England*) in C 36/138.

¹⁸⁴ Kantorowicz, *Reise nach England*, cit., 10r: «hier werden Menschen gebildet, nicht Rädchen im Wissenschaftsbetrieb ausgestantzt».

¹⁸⁵ Documents about his teaching activity can also be found among his personal papers (Nachlass Kantorowicz, cit.).

¹⁸⁶ At the same time, Kantorowicz was also lecturing at the London School of Economics, where he held a course on 'Law and the Social Order', and a seminar on 'Modern Dictatorships'.

¹⁸⁷ From two 'Memoranda' written by Kantorowicz and P.W. Duff (future Regius Professor of Civil Law in Cambridge) respectively, it emerges that the Cambridge seminar had been attended with great interest and engagement by Duff and Daube among

(Michaelmas Term 1937), 'Jurisprudence, the Nature of Law and Legal Science' (Michaelmas Term 1938), 'Roman Law in Bracton' (Michaelmas Term 1939: originally 'Medieval Ideas on Law and Justice'). A research class on 'Medieval Universities', announced in January 1936, does not seem to have taken place¹⁸⁸.

From 1936, Kantorowicz was also given the opportunity to teach in Oxford, where he held Seminars on Roman Law as well as on Canon and Medieval Law and Jurisprudence. Some of the Seminars were the same offered in Cambridge. As for Jurisprudence and Canon and Medieval Law, Kantorowicz held the following Seminars: 'Advanced classes on Medieval Legal Manuscripts' (1936: four classes of two hours each); 'Roman and Canon Law in Bracton' (informal instruction; four classes held in 1937, and again in 1939); 'The Nature of Law and of Legal Science' (1939: informal instruction, four classes)¹⁸⁹. As regards Roman Law, in 1935 Kantorowicz gave lectures on 'Savigny', and in 1938 he gave four classes (informal instruction) on 'Textual Criticism with special regard to Mommsen's Praefatio to his edition of the Digest', where philological questions and methods were explored. His Seminars were organized with the active help of de Zulueta, who provided for a room in All Souls and sent out programmes to scholars in Oxford who might have an interest in attending¹⁹⁰; moreover, future participants were asked to write to de Zulueta, as well as to Kantoro-

others (Nachlass Kantorowicz C 36/3: 'Memorandum on Textual Criticism' I and II: both typewritten, undated).

¹⁸⁸ A printed programme of those proposed classes can be found in the Nachlass Kantorowicz, C 36/3, II A, 7: «Faculty of History. Directors of Studies are invited to call the attention of suitable candidates to the following notice about Research Classes. Professor Kantorowicz, formerly of Kiel, proposes to give research classes during the Lent Term on 'Medieval Universities'. He will give a general survey of the various types of medieval Universities, and then proceed to interpret one of the oldest statutes, the 'Statuta universitatis scholarium iuristarum Bononiensium' (1317-1347)».

¹⁸⁹ Eight more classes on the same subject were planned for 1940, but he died in February of that year.

¹⁹⁰ A correspondence between de Zulueta and Kantorowicz related to the organization of the teaching can be found in the Nachlass Kantorowicz, C 36/3.

wicz, in order to confirm their participation. As appears from the lists of participants¹⁹¹, de Zulueta himself rarely missed those Seminars.

Kantorowicz's Seminars and Research Classes, intended for advanced students and research students in Law, History and Classics, were attended by students, scholars (including theologians) and librarians as well, as emerges from some of the letters sent to confirm participation¹⁹². Lists of participants can still be found in the Nachlass Kantorowicz¹⁹³.

Very lively discussions and some articles came out of those courses and seminars. A list of 'Topics for further research connected with the Seminar on Legal Manuscripts', prepared by Kantorowicz¹⁹⁴, shows the lines along which studies were promoted and directed to by his teaching. As for Roman Law, those topics were intended to develop a critical approach to the study of Roman law sources and their printed editions. Here are just a few examples: 'How and how much did the Romans quote literature and other sources?' or 'Examine the modern theories of the filiation of the MSS. of the Digest'; or again 'The critical basis of Krüger's edition of the Codex Iustinianus'. One of the topics indicated for Canon Law was 'Life, works and letters of Antonius Augustinus, Archbishop of Tarragona'. This might have inspired de Zulueta in choosing the Spanish Humanist philologist as a suitable subject for his 'David Murray Lecture', given in 1939¹⁹⁵.

10. Oxford and the 'Polish Faculty of Law'

There is one last brief but interesting chapter on the teaching of Roman law in Oxford between the two Wars: it is the teaching held in the

¹⁹¹ See below, fn. 193.

¹⁹² Letters of F.H. Lawson, J.O. Prestwich, P.L.D. Chamier communicating their attendance are still preserved in the Nachlass Kantorowicz, C 36/3, Fasc. II A, 8.

¹⁹³ Nachlass Kantorowicz C 36/3, Fasc. II A, 9.

¹⁹⁴ Nachlass Kantorowicz C 36/13.

¹⁹⁵ F. DE ZULUETA, *Don Antonio Agustín (Being the eight Lecture on the David Murray Foundation in the University of Glasgow delivered on February 24th, 1939)*, Glasgow, 1939.

so-called Polish University at Oxford. Since the subject has been recently studied in detail by Maciej Jońca, a short hint will suffice¹⁹⁶.

In March 1944 the University of Oxford agreed to the creation of a Polish Faculty of Law at Oxford, in order to enable the Polish displaced by the War, including Polish soldiers¹⁹⁷, to study Law, but also to teach and do research¹⁹⁸. The inauguration followed a month later, on the 27th of April¹⁹⁹. The Teaching staff was going to be composed by professors from both Polish universities and the University of Oxford. De Zulueta was one of them, and actively engaged, not only in the teaching, but also in attending meetings and celebrations organized by his Polish students. His teaching is remembered by his former students as «interspersed with jokes, digressions, *ad personam* allusions and disputes. [...] He gesticulated, shouted and at the same time greatly enjoyed the reactions of his audience»²⁰⁰. Towards his Polish students, de Zuleuta was very helpful²⁰¹ and welcoming, even invited some of them to his home.

¹⁹⁶ M. JOŃCA, *Asylum Oxoniense*, in *Edukacja Prawnicza* 1(139) (2013) unpag. (available online: <https://www.edukacjaprawnicza.pl/asylum-oxoniense/>); ID., *Francis de Zulueta – Romanista i przyjaciel Polaków*, in *Kwartalnik EP* 2(173) rok akademicki 2018/2019, 62-66. An English translation of both contributions was kindly put at my disposal by the Author, to whom I would like to express my gratitude.

¹⁹⁷ In the Polish Armed Forces, which in 1940 – after having lived through the fall of Poland and that of France – had moved to Britain, there was a substantial number of students in Law and Medicine, moreover some university professors and lecturers.

¹⁹⁸ The equivalent of the Polish School of Medicine, created for the first time in 1941 at the University of Edinburgh; on this School, see W. TOMASZEWSKI (ed.), *The University of Edinburgh and Poland. An historical Review*, Edinburgh, 1968. In 1942, a new one-year Diploma course of lectures in Administrative Law and Practice for Polish law students (and lawyers) was introduced, and in 1943 a Polish Veterinary Study was added to the medical School. The example of Edinburgh was then followed by the universities of Liverpool (Polish School of Architecture, 1942) and Oxford.

¹⁹⁹ The Polish Faculty was active until April 1947, when it moved to London: M. JOŃCA, *Asylum Oxoniense*, cit.

²⁰⁰ M. JOŃCA, *Francis de Zulueta*, cit., 63.

²⁰¹ He even purchased textbooks on Roman law with the funds of All Souls (M. JOŃCA, *Asylum Oxoniense*, cit.).

In his Preface to his manual on *The Roman Law of Sale*²⁰², written in August 1944, few months after the battle of Monte Cassino – which cost so many lives of young Polish soldiers²⁰³ –, de Zulueta dedicated his book to the ‘admirable perseverance’ of the Polish Law Faculty at Oxford, «non solum armis decorata sed etiam legibus armata» (an almost verbatim quotation from Justinian’s constitution *Imperatoriam maiestatem*), looking forward to the reinstatement of the Polish Republic «Deo favente».

Conclusion

The teaching of Roman Law in Oxford and Cambridge between the two Wars, while holding to traditional approaches, also benefited from the new trends, fully reflecting the events which marked Europe in those decades. The struggle between the positivistic-analytical and the historical study of Roman law; between vocational and liberal legal education; between practical usefulness and educational value; between indispensable and ornamental knowledge; between the empirical demands of a professional life and the questions arising from a remote past, all these seemed to have found a compromise. The teaching of Roman law by F. de Zulueta and W.W. Buckland was, at the same time, still marked by the British tradition, visible also in the books destined to the teaching²⁰⁴, but also open to the new trends and methods, partly reflected in their lectures. The contribution of the émigré scholars from Germany happily met the open-minded approach of the two Ox-

²⁰² F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale. Introduction and Select Texts*, Oxford, 1945. This moving dedication has already been highlighted by M. JOŃCA, *Francis de Zulueta*, cit., 64.

²⁰³ In the words of T.B. Smith, pronounced during the conferment of an honorary degree, the capture of Monte Cassino was «the greatest, most costly, and most gallant achievement of Polish arms»: reported in *The University of Edinburgh and Poland*, cit., 72.

²⁰⁴ In the Preface to his *The Roman Law of Sale*, de Zulueta (at p. V) recalls a criticism expressed in 1932 by Levy towards «the English practice of publishing annotated editions of isolated titles of the Digest»; as remarked by de Zulueta, though, this was not to be seen as «the result of traditionalism in method», but only as «an attempt to meet a practical academic need».

bridge Roman lawyers. Unlike their predecessors, de Zulueta and Buckland had always cultivated close contacts and fruitful exchanges with their Continental colleagues²⁰⁵, and kept themselves up-to-date with the literature and the new trends produced and developed on Continental Europe. This constant dialogue of Roman law scholarship – expressed both in correspondence and publications – was thus able to survive the cataclysm of the Second World, and was even intensified at the personal and institutional levels.

Bibliography

- ANON. (but F. de Zulueta), *Dr. J. B. Moyle*, in *The Oxford Magazine*, 13.3.1930, 613 f.
- ANON. (but F. de Zulueta), *The late Professor Goudy*, in *Oxford Magazine* 39 (1920-1921) 273
- ANON., *Dr. H. Bond*, in *The Times*, 8.6.1938, 14
- ANON., *Legal Education*, in *The Law Magazine, or Quarterly Review of Jurisprudence* 37 N.S. 6 (1847) 175-200
- ANON., *Obituary. Dr. W. W. Buckland. Civil Law at Cambridge*, in *The Times*, 17.1.1946, 7
- ANON., *Prof. Francis de Zulueta. The Teaching of Civil Law*, in *The Times*, 18.1.1958, 8
- ANON., s.v. *Long, George*, in *Encyclopaedia Britannica*, vol. 16, 11th ed. 1911, 973 f.
- ATZERI, L., *Contatti fra i romanisti inglesi e quelli italiani tra le due Guerre*, in *Hormos. Ricerche di storia antica*, NS 16 (2024) 460-489
- *Diritto romano dal deserto. Percorsi editoriali di papiri giuridici nella prima metà del Novecento*, Torino, 2020
- *Francis de Zulueta (1878-1958): An Oxford Roman Lawyer between Totalitarianisms*, in TUORI, K., BJÖRKLUND, H. (eds.), *Roman Law and the Idea of Europe*, London etc., 2019, 53-71
- *Notizie biografiche*, in ATZERI, L., MARI, P. (eds. and transl.), KANTOROWICZ, H., *Introduzione alla critica del testo. Esposizione sistematica dei*

²⁰⁵ On the frequent contacts between de Zulueta and Buckland, on the one hand, and Italian Roman law scholars, on the other hand, see now L. ATZERI, *Contatti fra i romanisti inglesi e quelli italiani tra le due Guerre*, in *Hormos. Ricerche di storia antica*, NS 16 (2024) 460-489.

- principi della critica del testo per filologi e giuristi*, Roma, 2007, XXXIII-LVI
- *Reazioni all'interpolazionismo tra Cambridge e Oxford nella prima metà del Novecento*, in AVENARIUS, M., BALDUS, C., LAMBERTI, F., VARVARO, M. (eds.), *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik. Methodentransfer unter europäischen Juristen im späten 19. Jahrhundert / Gradenwitz, Riccobono e gli sviluppi della critica interpolazionistica. Circolazione di modelli e metodi fra giuristi europei nel tardo Ottocento*, Tübingen, 2018, 267-301
 - *Roman Law from the Desert*. A.S. Hunt, F. de Zulueta, E. Levy, V. Arangio-Ruiz and the Editing of Legal Papyri, in ZRG RA 138 (2021) 446-506
 - BEALE, J.H., *William Warwick Buckland*, in *Cambridge Legal Essays written in honour of and presented to Doctor Bond, Professor Buckland and Professor Kenny*, Cambridge, 1926, 9-13
 - BIRKS, P., *Roman Law in Twentieth-Century Britain*, in BEATSON, J., ZIMMERMANN, R. (eds.), *Jurists Uprooted. German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford, 2004, 249-268
 - BROCKLISS, L., *Welcoming and Supporting Refugee Scholars. The Role of Oxford's Colleges*, in CRAWFORD, S., ULMSCHNEIDER, K., ELSNER, J. (eds.), *Ark of Civilization. Refugee Scholars and Oxford University, 1930-1945*, Oxford, 2017, 62-76
 - BUTLER, W.E., TOMSINOV, V.A., *Sir Paul Vinogradoff: A Biographical Sketch*, in BUTLER, W.E. (ed.), *On the History of International Law and International Organization: Collected Papers of Sir Paul Vinogradoff*, Clark (NJ), 2009, 15-34
 - CAIRNS, J.W., *The Early Historiography of the Lex Aquilia in Britain: Introducing Students to the Digest*, in DU PLESSIS, P.J. (ed.), *Wrongful Damage to Property. British Perspectives*, Edinburgh, 2018, 3-45
 - CLARK, E.C., *Cambridge Legal Studies*, Cambridge-London, 1888
 - *Early Roman Law: The Regal Period*, London, 1872
 - *History of Roman Private Law, part I. Sources*, Cambridge, 1906
 - *History of Roman Private Law, part II. Jurisprudence*, Cambridge, 1914 [2 vols.]
 - *History of Roman Private Law, part III. Regal Period*, Cambridge, 1919
 - CRAWFORD, S., ULMSCHNEIDER, K., ELSNER, J. (eds.), *Ark of Civilization. Refugee Scholars and Oxford University, 1930-1945*, Oxford, 2017

- DE ZULUETA, F., *Don Antonio Agustín (Being the eight Lecture on the David Murray Foundation in the University of Glasgow delivered on February 24th, 1939)*, Glasgow, 1939
- *In Memoriam. Henry Goudy*, in *Transactions of the Grotius Society* 7 (1921) xxii-xxvi
 - *John Baron Moyle*, in *LQR* 46 Oct. 1930, 405
 - *Paul Vinogradoff, 1854-1925*, in *LQR* 42 (1926) 202-211
 - *The Roman Law of Sale. Introduction and Select Texts*, Oxford, 1945
 - *The Study of Roman Law To-Day. Inaugural Lecture delivered May 12, 1920 before the University of Oxford at All Souls College*, Oxford, 1920
- DUFF, P.W., rev. RUMBLE, W.E., s.v. *Buckland, William Warwick*, in *ODNB* online
- FISHER, H.A.L., *Frederic William Maitland, Downing Professor of the Laws of England: a Biographical Sketch*, Cambridge, 1910
- *James Bryce: Viscount Bryce of Dechmont, O.M.* (2 vols.), London-New York, 1927
 - *Paul Vinogradoff. A Memoir*, in *The Collected Papers of Paul Vinogradoff*. vol. 1: *Historical*, Oxford, 1928
- GOUDY, H., *An Inaugural Lecture on the Fate of the Roman Law North and South of the Tweed, delivered at All Souls College*, London-Oxford, 1894
- GRENVILLE, A., *Academic Refugees in Wartime Oxford. An Overview*, in CRAWFORD, S., ULMSCHNEIDER, K., ELSNER, J. (eds.), *Ark of Civilization. Refugee Scholars and Oxford University, 1930-1945*, Oxford, 2017, 50-61
- GRUEBER, E., *Das römische Recht als Theil des Rechtsunterrichtes an den englischen Universitäten. Zugleich ein Beitrag zur Reform unserer juristischen Studien und Prüfungen. Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 13. Oktober 1888*, Hamburg, 1889
- rev. of Moyle, *Imperatoris Justiniani Institutionum*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 27.2 (1885) 241-244
 - *The Roman Law of Damage to Property, being a Commentary on the Title of the Digest 'Ad legem Aquiliam' (IX.2), with an Introduction to the Study of the Corpus Iuris Civilis*, Oxford, 1886
- HALE, R., *The Teaching of Law at Oxford University*, in *American Bar Association Journal*, 12.10, October 1926, 702-707
- HANBURY, H.G., *Obituary: Professors R.W. Lee and F. de Zulueta*, in *The Times*, 10.2.1958, 14
- *The Place of Roman Law in the Teaching of Law To-Day*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1931, 14-23

- HARDING-BARLOW, M., *De Zulueta of Oxford University and his Teaching of the Study of Roman Law*, in *South African Law Journal* 75 (1958) 418-427
- H.[AYEK], F.A., *The London School of Economics 1895-1945*, in *Economica* 49 N.S. 13 (1946) 8
- H.[AZEL], A.E.W., *The Oxford Law School*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1928, 33-35
- H.[OLDSWORTH], W.S., *The Society of Public Teachers of Law*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1924, 36
- HOLDSWORTH, W.S., *The Oxford Law School*, in *The Oxford Magazine*, 30.1.1930, 386 f.
- HONORÉ, T., *Fritz Pringsheim (1882-1967)*, in BEATSON, J., ZIMMERMANN, R. (eds.), *Jurists Uprooted. German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford, 2004, 205-232
- IBBETSON, D., *Hermann Kantorowicz (1877-1940) and Walter Ullmann (1910-1983)*, in BEATSON, J., ZIMMERMANN, R. (eds.), *Jurists Uprooted. German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford, 2004, 269-298
- *William Warwick Buckland on the Lex Aquilia*, in DU PLESSIS, P.J. (ed.), *Wrongful Damage to Property. British Perspectives*, Edinburgh, 2018, 46-116
- JOLOWICZ, H.F., *The Teaching of Roman Law*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1926, 22-25
- *Professor W. W. Buckland*, in *LQR* 219 (1939) 321-323
- JOŃCA, M., *Asylum Oxoniense*, in *Edukacja Prawnicza* 1(139), 2013 (available online: <https://www.edukacjaprawnicza.pl/asylum-oxoniense/>)
- *Francis de Zulueta – Romanista i przyjaciel Polaków*, in *Kwartalnik EP* 2(173) rok akademicki 2018/2019, 62-66
- K.[ING], F.J., *The Maitland Library*, in *Bodleian Quarterly Record* IV No 48 (1925) 279; VII No 79 (1933) 294
- LAWSON, F.H., *The Oxford Law School 1850-1965*, Oxford, 1968
- s.v. *Zulueta, Francis de*, in WILLIAMS, E.T., PALMER, H.M. (eds.), *The Dictionary of National Biography (DBN) 1951-1960*, Oxford, 1971, 1097-1099 (= in MATTHEW, H.C.G., HARRISON, B. (eds.), *Oxford Dictionary of National Biography [ODBN]*, vol. 60, Oxford, 2004, 1021 s.)
- MAINE, H.S., *Roman Law and Legal Education*, in ID., *Cambridge Essays*, London, 1856, 1-29
- *Roman Law and Legal Education*, in ID., *Village-communities in the East and West. Six Lectures delivered at Oxford, to which are added other Lectures, Addresses, and Essays*, New York, 1889, 330-383

- MCNAIR, A.D., DUFF, P.W., *s.v. Buckland, William Warwick*, in *Proceedings of the British Academy* 33 (1947) 283-291
- MOYLE, J.B., *Imperatoris Iustiniani Institutionum Libri Quattuor, with Introductions, Commentary, Excursus and Translation*, vols. 1-2, Oxford, 1883
- MUSCHELER, K., *Hermann Ulrich Kantorowicz: Eine Biographie*, Berlin, 1984
- NICHOLAS, B., *Ch. 15. Jurisprudence*, in BROCK, M.G., CURTHOYS, M.C. (eds.), *The History of the University of Oxford*, vol. 7: *Nineteenth-Century Oxford*, part 2, Oxford, 2000, 385-396
- *Francis de Zulueta*, in *IVRA* 9 (1958) 138 s.
- OLIVER, D.T., *Roman Law as Illustrated in Pliny's Letters*, in *CLJ* 4.2 (1931) 153-163
- POSTE, E., *Gai Institutiones, or Institutes of Roman Law by Gaius, with a translation and commentary of the late Edward POSTE, fourth edition, revised and enlarged by E. A. WHITTUCK M.A., B.C.L., with an historical introduction by A.H.J. GREENEDGE, D.Litt.*, Oxford, 1904
- *Preface to ID., Gaii Institutionum iuris civilis commentarii quatuor, or Elements of Roman law by Gaius, with a translation and commentary by Edward Poste, 2nd ed. revised and enlarged*, Oxford, 1875
- POWICKE, F.M., *Sir Paul Vinogradoff*, in *HER* 41 No 162 (1926) 236-243
- PRINGSHEIM, F., *The Inner Relationship between English and Roman Law*, in *CLJ* 5 (1933) 347-365
- PUCHTA, G.F., *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838
- Report from the Select Committee on Legal Education; together with the minutes of evidence, appendix and index, ordered, by the House of Commons, to be printed, 25 August 1846*
- ROBY, J., *Introduzione allo studio del Digesto giustiniano. Regole e notizie per l'uso delle Pandette nella scienza e nella pratica. Vita ed opere dei giuristi romani. Traduzione dall'inglese di G. PACCHIONI, con Prefazione di P. COGLIOLO*, Firenze, 1886
- RUMBLE, W.E., *s.v. Clark, Edwin Charles (1835-1917)*, in *ODNB online*
- SENSBURG, P.E., *Die großen Juristen des Sauerlandes. 22 Biographien herausragender Rechtsgelehrter*, Arnsberg, 2002, 196-203
- SMITH, G., *The Reorganization of the University of Oxford*, Oxford-London, 1868
- SOHM, R., *The Institutes of Roman Law, translated by J. CRAWFORD LEDLIE, with an Introductory Essay by E. GRUEBER*, Oxford, 1892
- SPAGNOLO, B., *Student's Digest: 9.2 in Oxford in the Twentieth Century*, in DU PLESSIS, P.J. (ed.), *Wrongful Damage to Property. British Perspectives*, Edinburgh, 2018, 137-160

- STEIN, P., *Legal Theory and the Reform of Legal Education in mid-nineteenth Century England*, in GIULIANI, A., PICARDA, N. (eds.), *L'educazione giuridica 2. Profili storici*, Perugia, 1979, 185-206
- *Ricordo di Francis de Zulueta*, in *Labeo*, 4, 1958, 238-241
- TOMASZEWSKI, W. (ed.), *The University of Edinburgh and Poland. An historical Review*, Edinburgh, 1968
- VON JHERING, R., *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen. Zum akademischen Gebrauch*, 2nd ed., Jena, 1870
- *Law in daily life. A collection of legal questions connected with the ordinary events of everyday life (transl. by H. Goudy)*, Oxford, 1904
- W., *The Middle Temple Lectures*, in *The Law Magazine, or Quarterly Review of Jurisprudence* 37 N.S. 6 (1847) 232-243
- WHITTUCK, E.A., *Henry Goudy*, in *Transactions of the Grotius Society*, 7 (1921) xxvi-xxix
- *International Law Teaching*, in *Transactions of the Grotius' Society* 3 (1918) 43-59

EL ACCESO A LA CÁTEDRA DE DERECHO ROMANO DEL PROF. FUENTESECA DÍAZ A MEDIADOS DEL S. XX

*Margarita Fuenteseca**

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Primer intento de acceso a la cátedra de La Laguna.* 3. *Segundo intento de acceso a la cátedra de La Laguna.* 4. *Intentos de acceso a la cátedra de Madrid.* 5. *La ley de 24 de abril de 1958.* 6. *La ley de 83/1965 de 17 de julio.* 7. *Las posteriores leyes de 1970 y 1983.*

1. Introducción

En España, durante muchos decenios del siglo XX, las oposiciones de acceso a las cátedras universitarias estuvieron reguladas por un Reglamento de 25 de junio de 1931 (Gaceta de Madrid n. 177, de 26 de junio de 1931), donde se preveía la celebración de seis ejercicios para la obtención de la cátedra, siempre con sede en la ciudad de Madrid¹.

* Catedrática de Derecho romano, Universidad de Vigo.

¹ Según el Reglamento de 25 de junio de 1931, el primer ejercicio consistía en la presentación y exposición de la labor personal del opositor, durante un plazo máximo de una hora, seguida de una discusión entre los opositores y los miembros del tribunal, por el tiempo que este estimase oportuno (art. 19). El segundo ejercicio consistía en la exposición oral del estudio presentado por el opositor acerca del concepto, método y fuentes y programas de la disciplina durante el plazo máximo de una hora, seguido de la discusión, como en el ejercicio anterior (art. 20). El tercer ejercicio consistía en la exposición, durante una hora como máximo, de una lección elegida por el opositor entre las de su programa y cuya preparación era libre (art. 21). El cuarto ejercicio consistía en la exposición de una lección elegida por el tribunal de entre diez sacadas a suerte del programa del opositor. Para la preparación de la esta lección se comunicaba al opositor por un plazo máximo de seis horas, pero durante ese tiempo podía utilizar los libros, notas, material etc. que solicitase (art. 22). Los ejercicios quinto y sexto eran de carácter práctico y de índole teórica, respectivamente. El tribunal, en el momento de su constitución, reglamentaba y hacía pública, según la naturaleza de la disciplina, la forma de realizar estos trabajos, el último de los cuales habrá de ser expuesto por escrito (art. 23).

Durante la vigencia de dicho Reglamento todas las fases del procedimiento, desde de la dotación de la cátedra en una Universidad, pasando por la convocatoria hasta su celebración y consiguiente nombramiento, se publicaban bajo la forma de orden, resolución o declaración de la Dirección General de Enseñanza Universitaria (dependiente del Ministerio de Educación Nacional), en la Gaceta de Madrid (luego Boletín Oficial del Estado). Por eso se puede reconstruir con toda la precisión todos los detalles e incidencias de cada una de las cátedras universitarias de Derecho romano que se celebraron durante la vigencia de aquel Reglamento y de la ley de 29 de julio de 1943 y también, aunque con menos minuciosidad, las celebradas tras las leyes de reforma universitaria de 1965 y de 1970. Vamos a hacerlo siguiendo el rastro que D. Pablo Fuenteseca Díaz, que accedió a la cátedra de Derecho romano en La Laguna en el año 1956, ha dejado en el BOE. Además esto nos va a permitir seguir la evolución experimentada por los diferentes sistemas de acceso a las cátedras que hubo en España durante todo el s. XX.

2. Primer intento de acceso a la cátedra de La Laguna

Aparece por primera vez el nombre de Pablo Fuenteseca en la Gaceta de Madrid (donde se publica una Orden de la Dirección General de Enseñanza Primaria, BOE n. 230, 18 de agosto de 1946), formando parte de una lista de personas que habían aprobado las oposiciones de ingreso al Magisterio Nacional, convocadas en 1945. Tiene 24 años y el número 30 entre 273 aspirantes, habiéndose examinado ante un tribunal que actuaba en Santiago de Compostela. Pero nunca ejerció como maestro de enseñanza primaria, porque ya, durante los estudios de Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela, que terminó en ese

Todos los ejercicios eran eliminatorios, si el tribunal decidía por unanimidad la exclusión de alguno de los aspirantes (art. 25). El reglamento fue modificado por la Orden de 30 de septiembre de 1957, por la que se establecen las normas para oposiciones a las cátedras universitarias (BOE n. 283, 11 de nov. 1957) y por el Decreto 98/1965, de 14 de enero (BOE n. 27, 1 de febrero de 1965) por el que se da nueva redacción a los arts. 25 y 26 Reglamento. Tras la reforma del art. 25, en el primer ejercicio bastaba tres votos adversos para que el aspirante fuese excluido.

mismo año 1946 (y que simultaneó con la licenciatura en Filosofía y Letras, que obtuvo en 1947) había conocido al prof. Álvaro d'Ors, quien le transmitió la vocación por el Derecho romano, que nunca más abandonaría².

Y así, en 1950, el mismo año en que obtiene el título de doctor en Derecho expedido por la Universidad Central de Madrid, con Premio Extraordinario, D. Pablo Fuenteseca aparece por primera vez vinculado a una cátedra de Derecho romano cuando, por Orden de la Dirección General de Enseñanza Universitaria, se le declara admitido para la provisión de la cátedra de Derecho romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. Para esta plaza ya habían sido admitidos definitivamente los siguientes aspirantes: «1. D. Manuel Iglesias Cubría. 2. D. Juan Antonio Arias Bonet. 3. D. Carlos López Núñez», pero D. Pablo Fuenteseca Díaz aparece, junto a estos, también admitido, aunque provisionalmente, porque se había abierto un nuevo plazo (de 60 días) para solicitar la admisión como aspirante a dicha cátedra (BOE n. 324, 20 de noviembre de 1950). Es probable que la ampliación del plazo se produjese a su petición, ya que la defensa de su tesis la había realizado en abril de 1950 y además se hallaba en el curso 1950/1951 en Roma, becado por la Dirección General de Asuntos Culturales (del Ministerio de Asuntos Exteriores). Sea como fuere, al final resultó admitido definitivamente, junto a los otros tres ya mencionados, como aspirante en cuarto lugar (BOE n. 351, 17 diciembre de 1950).

Pero otra incidencia surgió. Por un decreto de 26 de octubre de 1951 se anularon todos los nombramientos de tribunales de oposiciones a cátedras hechos con anterioridad a la publicación del propio decreto, entre ellos el tribunal de Derecho romano de La Laguna y se abre un nuevo plazo de 60 días naturales para que nuevos aspirantes pudiesen presentar la instancia y documentaciones (Orden de 4 de dic. de 1951, BOE n. 348, 14 de dic de 1951). El motivo fue que se había publicado un Decreto el 7 de septiembre de 1951 por el que se regulaba la forma de nombrar a los tribunales para las oposiciones a cátedras de Universidad (BOE 19 de septiembre de 1951), conforme al cual el tribunal esta-

² P. FUENTESECA, *El profesor Álvaro d'Ors, Maestro de romanistas*, in *RDP*, 2004, 679-683 = *Estudios de Derecho romano*, Madrid, 2009, 901-909.

ría constituido por cinco miembros, catedráticos numerarios de la misma disciplina, siendo nombrado el presidente libremente por el Ministerio de Educación Nacional y también uno de los cuatro vocales, a propuesta en terna del Consejo Nacional de Educación. Los otros tres vocales serían designados automáticamente por turno de rotación, dividiéndose a tal efecto el escalafón en tres partes iguales, de cada una de las cuales se designaba un vocal.

Todo esto provocó un retraso en la celebración de la oposición, ya que la lista definitiva de aspirantes a la cátedra de La Laguna, que había sido convocada el 10 de junio de 1949 (BOE del 19.06.1949), se publicará el 3 de abril de 1952 (BOE n. 94, 07.04.1952).

Finalmente, fue D. Manuel Iglesias Cubría el que obtuvo la plaza de Catedrático numerario de Derecho romano de la Universidad de La Laguna³, pero este la dejaría vacante de nuevo dos años más tarde, el 30 de diciembre de 1954, por acceder a la segunda cátedra de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Oviedo⁴.

3. Segundo intento de acceso a la cátedra de La Laguna

De nuevo se convocó la cátedra de La Laguna, pero esta vez conjuntamente con la de Valladolid, apareciendo admitidos definitivamente como opositores a las cátedras de Derecho romano de estas dos Universidades por este orden: 1. D. Pablo Fuenteseca Díaz; 2. D. Juan Antonio Arias Bonet. 3. D. Manuel Jesús García Garrido (BOE n. 248, de 4 de sept. 1956). Los «señores opositores admitidos definitivamente» fueron convocados a la práctica del ejercicio de la oposición para su comparecencia en el salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid (Ciudad Universitaria) a las seis de la tarde del día 14 de noviembre de 1956 con el objeto de presentarse ante el tribunal, hacer entrega de sus trabajos y conocer el sistema acordado en orden a la práctica de los dos últimos ejercicios de la oposición (BOE n. 306, 1 de nov. de 1956).

³ Nombramiento por Orden de 25 de noviembre de 1952, BOE n. 340, de 5 de diciembre de 1952.

⁴ BOE n. 28, 28 de enero de 1955.

La convocatoria la firmó el excelentísimo Sr. D. Wenceslao González Oliveros, presidente del Tribunal.

Además, eran vocales del tribunal, de designación automática, D. Ursicino Álvarez Suárez, D. Álvaro d'Ors Pérez y D. José Aparici Díaz (catedráticos de las Universidades de Madrid, Santiago y Oviedo, respectivamente). Como vocal de libre elección, entre la terna propuesta por el Consejo Nacional de Educación, actuó D. Isidoro Martín Martínez, catedrático de Universidad excedente activo. El presidente suplente era el excelentísimo señor D. Federico de Castro y Bravo, y vocales suplentes eran, de designación automática, D. Francisco Pelsmaeker Iváñez, D. Juan Iglesias Santos y D. Carlos Sánchez del Río Peguero (catedráticos de las Universidades de Sevilla, Madrid y Zaragoza, respectivamente). Vocal suplente de libre elección entre la terna propuesta por el Consejo Nacional de Educación era D. Francisco Hernández Tejero, catedrático de la Universidad de Salamanca (BOE n. 246, 2 de sept. 1956).

Como resultado de esta oposición, por medio de dos órdenes del Ministerio de Educación Nacional del mismo día (19 de diciembre de 1956, BOE n. 363, de 28 de dic. de 1956) fueron nombrados D. Pablo Fuenteseca Díaz catedrático de Derecho romano de La Laguna y D. Juan Antonio Arias Bonet catedrático de Derecho romano de la Facultad de Derecho de Valladolid (ambos con el haber anual de entrada de 28.320 pesetas). Ocho días después, también por Orden del mismo Ministerio (de 27 de dic. de 1956, BOE n. 82, de 23 de marzo de 1957), son ascendidos ambos a la séptima categoría del Escalafón de Catedráticos numerarios de Universidad (con un haber anual de 31.920 pesetas y con efectos económicos de la fecha siguiente a la de su toma de posesión). Y en el escalafón publicado por Orden de 2 de enero de 1957 (BOE n. 81, de 22 de marzo de 1957) antecede D. Pablo Fuenteseca Díaz (con el n.689) a D. Juan Antonio Arias Bonet (con el n. 690)⁵. Y en menos de un año desde su toma de posesión el primero fue nombra-

⁵ La ley de 29 de julio de 1943 sobre ordenación de la Universidad Española preveía, en su artículo 57, la formación de un escalafón general de catedráticos numerarios de Universidad, en el que se establecían las categorías económicas que lo constituían y el sueldo correspondiente a los catedráticos situados en cada una de ellas, a las que se ascendía por riguroso orden de nombramiento.

do vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna (Orden de 29 de noviembre de 1957, BOE n. 313, 16 de dic. 1957).

Más de seis años duró el procedimiento para que D. Pablo Fuenteseca Díaz se hiciese con la cátedra de La Laguna, pero el tiempo jugó a su favor. Porque en el primer intento llegó el último a la firma de la oposición gracias a una ampliación de plazo que se concedió. Es evidente que fue un intento demasiado prematuro, en el mismo año en que obtuvo el título de doctor en Derecho. Y mientras tanto, los tres aspirantes que inicialmente le precedieron en el orden de firma fueron logrando su colocación en otros destinos. Fue además un tiempo extraordinariamente provechoso, ya que D. Pablo Fuenteseca Díaz estuvo consolidando su profunda formación iusromanista en la Universidad de Heidelberg, bajo la dirección del prof. Wolfgang Kunkel, gracias a la obtención de una beca de la fundación Alexander von Humboldt entre los años 1953-1956.

4. Intentos de acceso a la cátedra de Madrid

D. Pablo Fuenteseca aspiró también, antes de la obtención de la cátedra en La Laguna, a la segunda cátedra de Derecho romano que se convocaba para la Universidad de Madrid, para la que solo resultó admitido D. Juan Iglesias Santos provisionalmente, según una Orden de la Dirección General de Enseñanza Universitaria (BOE n. 293, 19 de octubre de 1952), en la que a la vez, se excluyen, por falta de determinados requisitos formales, los demás firmantes: D. Juan Antonio Arias Bonet, D. Carlos López Núñez, D. José Aparici Díaz, D. Pablo Fuenteseca Díaz, y D. Alfonso de Cossío Corral. Todos estos, entre otros documentos de diferente índole, no habían presentado el recibo de 10 pesetas que se debían pagar por derechos de formación del expediente. Finalmente resultaron admitidos definitivamente, como opositores a la segunda cátedra de Derecho romano de la Universidad de Madrid los mencionados anteriormente (salvo Cossío del Corral), por ese mismo orden, esto es, con D. Juan Iglesias Santos encabezando la lista (BOE n. 317, 12 de noviembre de 1952). Este último fue el que, proveniente de

la Universidad de Barcelona, obtuvo dicha cátedra (BOE n. 222, de 10 de agosto de 1953).

Pero además, habiendo ya obtenido la cátedra de La Laguna, inmediatamente después (pasados tres meses), D. Pablo Fuenteseca insistió en la posibilidad de acceder a la cátedra de Madrid, ya que firmó también la tercera cátedra de Derecho romano de Madrid, que se había convocado por orden ministerial del 1 de marzo de 1957. Se le declara definitivamente admitido como aspirante a las oposiciones de esta tercera cátedra de Madrid por resolución del Ministerio de Educación Nacional de 8 de julio 1957 (BOE n. 192, de 27 de julio de 1957), junto con los siguientes firmantes, por este orden: 1. D. Francisco Hernández Tejero; 2. D. Pablo Fuenteseca Díaz; 3. D. Manuel Jesús García Garrido; 4. D. Manuel Iglesias Cubría. Fue D. Francisco Hernández Tejero, procedente de la Universidad de Salamanca, el que obtuvo la tercera cátedra de Madrid (BOE n. 191, 11 de agosto de 1958). El orden de firma, por entonces, ya determinaba el orden de acceso de los aspirantes a las próximas plazas vacantes. Porque fue en esta vacante de Salamanca donde sucedió D. Pablo Fuenteseca a D. Francisco Hernández Tejero.

5. La ley de 24 de abril de 1958

El procedimiento de acceso a las cátedras cambió con una ley de 24 de abril de 1958, sobre nuevas normas en la provisión de cátedras vacantes. Se restableció en toda su amplitud el antiguo sistema de concurso de traslado previo a la oposición⁶, esto es, las cátedras de nueva

⁶ Este sistema estaba entonces todavía en vigor solo para las Escuelas de Comercio (Decreto de 23 de julio 1923) y las Escuelas de Magisterio (Ley de 16 de diciembre de 1954). Se cambió el sistema establecido en la ya mencionada ley de Ordenación Universitaria de 1943, en su art 58a, que preveía que «las cátedras vacantes serán provistas alternativamente por oposición directa y por concurso de traslado entre catedráticos numerarios de la misma asignatura (...). Cuando la provisión de una cátedra haya correspondido a turno de concurso, este será resuelto por el Ministerio de Educación Nacional, previa propuesta de la Universidad donde radique la vacante, y después de la formule a su vez el Consejo Nacional de Educación. La Universidad, estudiado el expediente del concurso, podrá proponer la no provisión. Para adoptar este acuerdo, el Rector habrá de oír a la Junta de Facultad respectiva y a la de Gobierno. En los concur-

creación necesariamente debían ser provistas por primera vez por oposición directa, mientras que en el caso de las vacantes siempre antes de la oposición, el paso previo sería el concurso de traslado. Quedaban excluidas del nuevo sistema las cátedras de Madrid y Barcelona, en las que se debía rotar obligatoriamente entre su salida a concurso, y su salida por oposición libre⁷.

En el caso del concurso de traslado ya no se celebraban, efectivamente, los seis ejercicios de la oposición, sino que la Comisión Especial que se nombre (cuya composición se describe minuciosamente en el art. 5) debe apreciar conjuntamente los méritos de los concursantes, tanto en lo que se refiere a su antigüedad en el escalafón, como en lo relativo al tiempo de servicio efectivamente prestado en la cátedra (...) así como en lo que toca a su labor docente, pedagógica, de investigación y otros trabajos científicos en la disciplina objeto de la cátedra que vaya a cubrirse, y, en su caso, la superioridad del título académico.

Por este motivo los posteriores cambios en la carrera académico-universitaria de D. Pablo Fuenteseca Díaz se produjeron por medio de sucesivos concursos de traslado. Como hemos visto, tras la resolución de la tercera cátedra de Madrid quedó vacante la cátedra Derecho romano en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, y ya por Orden del 12 de noviembre de 1958⁸ se anunció el concurso de traslado a dicha Universidad, y se nombró una comisión por otra Orden de 23 de abril de 1959⁹ para su provisión. Estaba constituida la comisión por el presidente, Excmo. Sr. D. Ignacio Serrano y Serrano, Rector de

sos será siempre mérito preferente el haber desempeñado el candidato con asiduidad la cátedra de la que es propietario en la correspondiente Universidad». Este art. fue derogado por la ley 83/1965, de 17 de julio sobre Estructura de las Facultades Universitarias y su profesorado.

⁷ Y así se dispone en el art. 1 de dicha ley de 1958 que, con excepción de Madrid y Barcelona, «las vacantes que se existen en la actualidad y las que vayan produciéndose en el futuro se anunciarán, ante todo, a concurso previo de traslado, al que pueden concurrir solo los catedráticos numerarios de la misma asignatura, en activo servicio o excedentes, y los que hayan sido titulares de la misma disciplina por oposición y en la actualidad lo sean de otra distinta. La resolución negativa del concurso será requisito previo indispensable para poder convocar la oposición».

⁸ BOE 19 de noviembre de 1958.

⁹ BOE n. 139, 11 de junio de 1959.

la Universidad de Valladolid y vocales eran: D. Francisco Pelsmaeker Iváñez, D. José Beltrán de Heredia y Castaño, D. Juan Iglesias Santos y D. Alvaro d'Ors Pérez, Catedráticos de las Universidades de Sevilla Salamanca, Madrid y Santiago, respectivamente¹⁰.

Esta comisión resolvió que se debía nombrar para el desempeño de dicha cátedra a D. Pablo Fuenteseca Díaz (BOE n. 28, 2 de febrero de 1960), quien no abandonó inmediatamente su destino en La Laguna, sino que solicitó una prórroga para continuar en el ejercicio en aquella cátedra hasta el 30 de junio de 1960 (concedida por resolución de la Dirección General de Enseñanza Universitaria, BOE n. 44, 20 de febrero de 1960). Tres años y medio duró su estancia en la Universidad de La Laguna¹¹.

6. La ley de 83/1965 de 17 de julio

Con la ley de 83/1965 de 17 de julio, sobre la estructura de las Facultades Universitarias y su Profesorado¹² se volvió a cambiar el sistema de acceso a las cátedras universitarias, porque se crea la figura del profesor agregado, como categoría intermedia entre la de catedrático ordinario y el profesor adjunto (art. 6). Estos profesores agregados ingresaban en el cuerpo por concurso-oposición de ámbito nacional y debían figurar en la correspondiente relación de funcionarios, constituyendo un cuerpo distinto al de catedráticos (art. 7)¹³. El concurso-

¹⁰ Presidente suplente era el Excmo Sr. D. Isidoro Martín Martínez. Catedrático de la Universidad de Murcia y vocales suplentes: D. Ursicino Alvarez Suárez, D. Esteban Madruga Jiménez, D. Carlos Sánchez del Río y Pegüero y D. José Santa Cruz Teijeiro, Catedráticos de las Universidades de Madrid, Salamanca, Zaragoza y Valencia, respectivamente.

¹¹ A los dos años de llegar este en la Universidad de Salamanca, fue confirmado en el cargo de Decano de la Facultad de Derecho D. Esteban Madruga Jiménez, y se nombra como vicedecano a D. Pablo Fuenteseca Díaz (Orden de 22 de noviembre de 1962, BOE n. 296, de 11 de diciembre de 1962), quien más tarde se convertiría en Decano de dicha Facultad (1965).

¹² BOE n. 173, 21 de julio 1965.

¹³ No se especifica en la ley el concreto procedimiento, pero se dispone que «entre los ejercicios del concurso-oposición no podrán faltar aquellos que sirvan para valorar

oposición para profesores agregados se celebraba ante un Tribunal designado por el Ministerio de Educación Nacional y estaba constituido por cinco miembros, de los cuales, tres como mínimo habrán de ser Catedráticos de disciplina igual o análoga a la que era objeto de provisión; uno podrá ser designado entre personas especializadas en la materia, y el presidente deberá pertenecer el Consejo Nacional de Educación, a las Reales Academias, al Consejo Superior de Investigaciones Científicas en calidad de Consejero o ser o haber sido Rector de Universidad (art. 13). Y para los profesores agregados se mantuvieron los mismos ejercicios que para las cátedras, aunque dejó de exigirse la presentación de un trabajo científico elaborado expresamente para la ocasión.

Se estableció también en esta ley de 1965 que el acceso a la cátedra vacante por el que se adquiría la condición de catedrático ordinario se debía hacer únicamente mediante concurso entre profesores agregados de la misma disciplina o de las equiparadas a ella que hubieran cumplido un mínimo de cinco años de servicio activo (art. 14)¹⁴. Pero este último artículo se declara en suspenso tres años después, por medio de una disposición final de un decreto ley 5/1968, de 6 de junio¹⁵, quedando así subsistente el sistema de oposición por turno libre para el acceso a la cátedra. Junto a este, además, se podía acceder a la cátedra mediante concurso de acceso entre profesores agregados, siempre que antes se hubiese declarado desierto el concurso de traslado de cátedra¹⁶.

la labor docente y científica previa del candidato y su concepto y método de la disciplina así como sus cualidades pedagógicas. Los opositores formularán por escrito, que entregarán al tribunal, el juicio crítico que les merece la labor de sus coopositores, sobre dichos extremos, quienes dispondrán del procedimiento oportuno para contestar a las objeciones que se les hagan» (art. 13).

¹⁴ El concurso sería juzgado por un tribunal en el que debía participar al menos un catedrático de la Universidad correspondiente y consistía en la evaluación de los méritos docentes e investigadores de los candidatos, y se debían tomar en cuenta los informes de las instituciones en las que los aspirantes hubiesen servido anteriormente (art. 14).

¹⁵ BOE n. 137, de 7 de junio de 1968.

¹⁶ Según el art. 1 de la Orden de 28 de mayo de 1969 por la que se dictan normas para aplicación del Decreto 889/1969, de 8 de mayo, referente a los concursos de acceso a cátedras universitarias entre Profesores agregados de Universidad, se debía convocar en el plazo de 15 días, tras declararse desierto el concurso de traslado para la provi-

Por este mismo decreto ley 5/1968, de 6 de junio se crea una nueva Universidad en Madrid, que constará, entre otras, de una Facultad de Derecho, y en la que, según su art. 3.3, los puestos de catedráticos, agregados y adjuntos se cubrirán en primera convocatoria mediante concurso general de traslado entre los respectivos estamentos docentes de la disciplina de que se trate. Y así fue como, por medio de otro concurso de traslado, se nombró a D. Pablo Fuenteseca Díaz, por reunir las condiciones exigidas en la convocatoria y como único aspirante, catedrático de «la nueva Universidad Autónoma de Madrid» (BOE n. 255, 24 de octubre de 1970). La UAM había comenzado su andadura académica en el curso 1970/71, con D. Aurelio Menéndez Menéndez como decano, que nombró vicedecano a D. Pablo Fuenteseca Díaz, quien después se convertiría allí en Director del Departamento de Derecho romano hasta la fecha de su jubilación en la Universidad pública. Hasta entonces había alcanzado tanto prestigio que la jubilación le llegó con grandes recompensas, ya que fue elegido para impartir clases de Derecho romano en la UAM al entonces Príncipe de Asturias, hoy Felipe VI, Rey de España, fue contratado en el Colegio Universitario San Pablo CEU para continuar dando clases (cursos 1988-1994), e ingresó como académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación Española.

7. Las posteriores leyes de 1970 y 1983

Precisamente en aquel año 1970 se aprobó la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa (Ley 14/1970, de 4 de agosto)¹⁷. En ella se establecieron cinco categorías de profesores de universidad, todos ellos funcionarios¹⁸. Para acceder a la condición de

sión de una cátedra entre catedráticos de Universidad, el concurso de acceso entre profesores agregados.

¹⁷ BOE 6 de agosto de 1970.

¹⁸ Eran los profesores agregados de escuelas universitarias, los catedráticos numerarios de escuelas universitarias, los profesores adjuntos de universidad, los profesores agregados de universidad, y los catedráticos numerarios de universidad (art. 108). El ingreso en los cuerpos docentes universitarios se realizaría como profesor de disciplina

catedrático numerario de Universidad, se tenía que pasar por un concurso de acceso entre profesores agregados, cuyo procedimiento se regulaba en la normativa anterior a la esta Ley General de Educación. Pero era posible que se convocasen oposiciones a cátedra de universidad con carácter excepcional si no hubiese profesores agregados que reuniesen los requisitos exigidos o porque habiéndolos, estos no hubieran solicitado tomar parte en el concurso de acceso. Estos casos estaban regulados por una Orden de 27 de junio de 1974 (BOE n. 172, de 19 de julio de 1974) por la que se establecieron las normas que debían de regir las oposiciones a cátedras de Universidad, que se convocasen a partir de ella. En dicha Orden se establece exactamente el mismo número de ejercicios – hasta seis – y con el mismo contenido que en el Reglamento de 1931 (arts. 10-23 de la mencionada Orden)¹⁹.

Y este es el punto al que queríamos llegar. En 1931, con el título de doctor directamente se podía acceder a una cátedra, tras unas oposiciones públicas muy exigentes y, se podía cambiar de Universidad, una vez obtenido el ingreso en el cuerpo de catedráticos, por medio de un concurso de traslado, que, a partir de 1943, se resolvía siguiendo un orden riguroso establecido en el escalafón de funcionarios del Estado. Eso era todo. Tras sucesivas reformas, la dificultad de las pruebas de la oposición libre a la cátedra era exactamente la misma, en cuanto al número de ejercicios, pero además se complicó el camino para llegar a ella para el que iniciaba una carrera investigadora y docente, con una serie de figuras intermedias de profesores, a las que se accedía con sus respectivas pruebas públicas, casi igual de exigentes que las de la cátedra, en el caso de los agregados.

o grupo de disciplinas determinadas, previendo la ley que el acceso al cuerpo de catedráticos numerarios de universidad se realizaría mediante concurso de méritos entre profesores agregados (art. 116), mientras que para el acceso al cuerpo de profesores agregados y para el cuerpo de profesores adjuntos (arts. 117 y 118), se preveía un concurso-oposición. Una vez obtenido el ingreso en alguno de los cuerpos docentes, el profesor se hallaría en expectativa de destino hasta que una universidad concreta lo seleccionara en función de sus méritos y de acuerdo con los procedimientos establecidos en los estatutos y el reglamento correspondiente (art. 114).

¹⁹ Sin hacer referencia al Reglamento de 1931, se estableció en los arts. 10 a 16 de esta ley de 1970 exactamente la misma normativa que había establecido aquel para las pruebas de acceso a la cátedra, con el mismo número de ejercicios (v. nota nº1).

Y este sistema perduró hasta 1983, año de promulgación la Ley de Reforma Universitaria (LO 11/1983, de 25 de agosto), que estableció que el profesorado de Universidad estaría compuesto por funcionarios docentes de cuatro cuerpos (catedráticos y titulares de universidad, y catedráticos y titulares de escuela universitaria), y el acceso a ellos se haría por medio de un concurso convocado por la Universidad correspondiente, siendo dos miembros de la comisión juzgadora designados por la propia universidad convocante, y por medio de unas pruebas compuestas por dos ejercicios (arts. 35-38). Tras esta ley han sido muy excepcionales los casos en que ingresaba en el cuerpo de profesores titulares o de catedráticos de Universidad una persona no integrada previamente como docente en la Universidad convocante. La fase de inamovilidad del profesorado universitario quedó así inaugurada en España a finales del s. XX y la vigente Ley Orgánica 2/2023 de 22 de marzo del Sistema Universitario ya llega tarde para arreglar este y los otros muchos problemas derivados, la gran mayoría, de este.

Bibliografía

- CODERCH, P.S., RUIZ GARCÍA, J.A., *La enseñanza universitaria del Derecho en España*, en *Revista de educación* 321 (2000) 117-136
- FUENTESECA, P., *El profesor Álvaro d'Ors, Maestro de romanistas*, en *RDP* (2004) 679-683
- *Estudios de Derecho romano*, Madrid, 2009
- *Un treintenio de Derecho Romano en España: reflexiones y perspectivas*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Álvarez Suárez*, Madrid, 1978, 137-158
- TOLEDO LARA, G., *La carrera académica en la Europa del siglo XXI: entre tensiones y transiciones*, Vallirana (Barcelona), 2019

GLI ANNI SESSANTA E I SETTANTA: LA QUIETE E L'INQUIETUDINE

Tommaso dalla Massara

SOMMARIO: 1. *La quiete e l'inquietudine*. 2. *Il post-Sessantotto e l'apertura dell'Università alla società*. 3. *Le premesse poste da Wolfgang Kunkel*. 4. *La storia e i valori nella società*. 5. *Al centro i "problemi vivi"*. 6. *La verità del 'fatto storicamente dato'*. 7. *Cosa ci hanno lasciato gli anni Sessanta e Settanta del Novecento?*

1. La quiete e l'inquietudine

Parlare degli anni Sessanta e Settanta del Novecento della romanistica significa confrontarsi con una stagione assai vivace, vissuta con straordinaria tensione intellettuale.

Fu un tempo di autentica sperimentazione di 'approcci' e di 'metodi', per fare impiego delle parole del titolo generale di questa splendida giornata di discussione e confronto; agli organizzatori – Amici prima che Colleghi – esprimo la mia sincera gratitudine per il coinvolgimento.

Mi accingo a tracciare alcune linee di riflessione, con una duplice avvertenza preliminare.

In primo luogo, confido che da queste pagine possa affiorare perlomeno una rappresentazione 'in sorvolo'.

Neppure tenterò di restituire una fotografia dello stato dell'arte di quegli anni¹; invece, mi propongo di concentrare le mie considerazioni

¹ Riferimenti assai puntuali si trovano in A. CALORE, *La romanistica italiana dal 1945 al 1970: tra storia e dogmatica*, nonché in C. MASI DORIA, *La romanistica italiana verso il Terzo Millennio: dai primi anni Settanta al Duemila*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, rispettivamente 103 ss. e 179 ss. L'intero volume riveste particolare interesse per chi intenda ricostruire in modo preciso le linee di ricerca e di metodo delle discipline storico-giuridiche negli ultimi centocinquant'anni. Inoltre, si veda almeno, tra

attorno a un motivo conduttore: tra quiete e inquietudine, furono anni nei quali, dopo tanto formalismo, si attribuì piena rilevanza al ‘fatto storicamente dato’, preso nella sua obiettività e, al contempo, nella sua piena complessità.

Sul punto, cercherò di essere più chiaro in prosieguo.

Con particolare riferimento al tema dei contratti, poi, credo si possa dire che in quegli anni si evidenziò la tendenza – per usare l’espressione che in altra sede ho provato a meglio circostanziare² – verso un certo ‘oggettivismo contrattuale’³.

Passati gli anni del ‘trionfo della volontà’, il contratto era preso in considerazione alla stregua di una ‘effettività normativa’. Anche su quest’aspetto più specifico tornerò tra breve.

In secondo luogo, proporrò le mie considerazioni all’interno di un percorso ‘in soggettiva’: certo, non nel senso che io abbia vissuto direttamente quegli anni (per ovvie ragioni anagrafiche!), ma perché attingerò da letture che si legano più strettamente ad alcuni miei percorsi scientifici.

Come ho appena anticipato, in effetti, evocherò letture riferibili all’ambito privatistico, con peculiare attenzione al tema del contratto.

Ma si potrebbe dire che in qualche misura guarderò a quegli anni ‘in soggettiva’ anche da un altro punto di vista.

I riflessi del dibattito degli anni Sessanta e Settanta, in punto di approcci e metodi, si estesero in modo ben percettibile almeno per i tre decenni a seguire. Sicché tra il finire degli anni Novanta e i primi anni Duemila quel dibattito appariva ai miei occhi tutt’affatto vivo e vivace; di esso, semmai, si percepì in qualche misura il superamento soltanto a

molte panoramiche sulla romanistica, M. TALAMANCA, *Diritto romano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia (Atti del convegno Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981)*, Milano, 1982, in specie 734 ss., e M. BRUTTI, *I romanisti italiani in Europa*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014, in specie 211 ss.

² Cfr. T. DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito. La critica radicale del contratto in Siegmund Schlossmann*, Bologna, 2021, in specie 86 ss.

³ Su questi temi, offre oggi uno scenario arguto e appassionante S. PAGLIANTINI, *Sul negozio giuridico: itinerari novecenteschi e della contemporaneità*, Napoli, 2023. Più ampiamente, per una storia della vincolatività dell’accordo, A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000.

partire dal principio degli anni Duemila, quando le sensibilità iniziarono a mutare.

Nuove prospettive di ricerca si dischiudevano: tra queste, per esempio, quelle collegate al diritto europeo e, più in generale, al raffronto tra antico e contemporaneo⁴.

Solo a quel punto gli anni Sessanta e Settanta potevano dirsi superati.

2. *Il post-Sessantotto e l'apertura dell'Università alla società*

Per cogliere la cifra dei vent'anni presi in considerazione, propongo di portare subito l'attenzione sulla rivoluzione che, dal punto di vista dell'organizzazione universitaria, ebbe a verificarsi in Italia per effetto, quasi immediato, della contestazione studentesca.

Fu infatti la legge 910 del 1969, significativamente indirizzata ad assumere 'provvedimenti urgenti', a consentire ai diplomati di qualsiasi scuola, e non più soltanto agli studenti che avevano conseguito la maturità liceale, di iscriversi ai corsi universitari.

Inoltre, quello stesso provvedimento legislativo aprì alla possibilità, per gli studenti dei corsi di giurisprudenza, di predisporre un proprio piano di studi, sempre rispettando il numero degli insegnamenti stabilito.

In estrema sintesi, fu l'inizio di un'università di massa, che si prefiggeva di rifuggire dall'autoritarismo e, al contempo, intendeva aprirsi alle istanze della società. L'ingresso della società nel mondo universitario avveniva anche attraverso la compartecipazione diretta degli studenti nella definizione dei piani di studio e nella vita accademica.

La quiete degli anni Cinquanta era alle spalle: la storia nella sua materialità – qui 'storia' è da intendersi in tanti e diversi significati – indicava nuovi percorsi.

Per quanto riguarda gli studi romanistici, l'assetto degli insegnamenti era quello ben noto a tante generazioni di studiosi: di regola, un corso di 'Istituzioni di diritto romano', uno di 'Storia del diritto roma-

⁴ Cfr. C. MASI DORIA, *La romanistica italiana verso il Terzo Millennio*, cit., in specie 193.

no' e un corso monografico di 'Diritto romano', oltre a un certo numero di insegnamenti a libera scelta.

Il riassetto della didattica post-Sessantotto si collocava nel bel mezzo del ventennio considerato, ma soprattutto al centro di una fase di profonda trasformazione metodologica; in qualche misura, quel riassetto pare rispecchiarne la cifra essenziale.

3. *Le premesse poste da Wolfgang Kunkel*

Alcune premesse per quello che fu un autentico momento di cesura sotto il profilo degli approcci e dei metodi, potevano cogliersi, in realtà, già negli anni Cinquanta (che pure, in modo assai sommario, poc' anzi ho definito anni di 'quiete').

Sul punto, faccio leva su un mio personale ricordo: dunque, ancora una volta, mi muovo 'in soggettiva'.

Stando ad Alberto Burdese, le premesse per la trasformazione metodologica degli anni Sessanta andavano cercate precisamente nel 1952.

In quell'anno, infatti, Wolfgang Kunkel aveva dato alle stampe *Herkunft und soziale Stellung der Römischen Juristen*.

Certo, si tratta di una valutazione personale. Però si deve tener presente che Burdese era un lettore onnivoro e attentissimo, oltretutto un protagonista di lungo corso della romanistica, e questo già dalla metà degli anni Cinquanta.

Insomma, Burdese era un testimone affidabile di quanto stava accadendo.

Si presti attenzione alla formulazione delle testatine del libro di Kunkel: lì si poteva leggere "die einzelnen Juristen".

Con quell'opera era sancito il passaggio – o quantomeno la possibilità di un passaggio – verso un differente modo di guardare alle fonti romane e, più in generale, di pensare il diritto dell'antica Roma.

In effetti, Burdese riteneva che Kunkel segnasse un punto di cesura, per molti versi irreversibile.

In primo luogo, irrompeva l'idea di *soziale Stellung*.

Assurgeva così a piena dignità scientifica la collocazione di fondo (il 'posizionarsi', per mantenere il senso del tedesco *stellen*) dei pro-

blemi giuridici; e tale collocazione era definita dal sostrato sociale, economico, se si vuole latamente politico, entro cui un certo problema giuridico meritasse di trovare iscrizione.

In secondo luogo, il discorso scientifico non poteva prescindere da una profilazione calibrata sui singoli giuristi: ogni opinione si sarebbe dovuta riferire al contesto storico entro cui operava quel certo autore, in una tensione alla ricostruzione di un preciso rapporto tra l'opinione e la formazione del giurista, nonché la sua posizione nella società.

Per queste ragioni Burdese vedeva in quell'opera un lavoro spartiacque; e ciò, beninteso, non necessariamente perché ne abbracciasse le premesse metodologiche (rispetto alle quali, semmai, conservava un moderato scetticismo).

Per un verso, veniva in rilievo la piena rilevanza dei contesti socio-culturali e, per altro verso, il discorso dei giuristi romani era collocato in una prospettiva di precisa storicizzazione.

Sotto questo segno prendevano avvio gli anni Sessanta.

Un impatto immediato sul piano della didattica può ravvisarsi nella conformazione dei manuali destinati all'insegnamento delle 'Istituzioni di diritto romano': si accresceva la quantità di pagine relativa alle fonti, giacché lì per lo più si dava occasione per illustrare i contesti storici di riferimento.

Così, un'intera generazione di manuali iniziò ad adottare una strutturazione nella quale alla sequenza degli 'istituti' del diritto privato era anteposta una più ampia parte introduttiva sulle fonti di produzione e di cognizione: in tal modo la storia veniva a trovare lo spazio adeguato.

Era uno stacco netto rispetto all'impostazione antecedente, quella che ancora risentiva dei corsi di Pandette, ispirati a una visione pan-privatistica.

4. La storia e i valori nella società

Credo che avesse ragione Burdese: il lavoro di Kunkel era all'origine di una vera onda d'urto, massiccia ed estesa, che si sarebbe apprezzata negli anni Sessanta e Settanta.

Undici anni esatti dopo la pubblicazione di Kunkel, ossia nel 1963, si tenne il primo congresso della Società Italiana di Storia del Diritto⁵.

Emblematicamente, quel congresso era dedicato a *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*.

Di quell'edizione si ricorda, forse più di ogni altro, l'intervento di Momigliano; un intervento orientato a una vera e propria riappropriazione della storia da parte del diritto romano, o forse, a seconda di come la si vuol leggere, del diritto romano da parte della storia.

Sta di fatto che Momigliano proclamava, non senza una certa enfasi, che si era consumato un "avvenimento storico di qualche importanza, la fine della storia del diritto come branca autonoma della ricerca storica".

In ogni caso, l'affermazione definiva in modo plastico la consustanzialità tra discorso giuridico e discorso storico.

Il 1963 può ritenersi un anno di svolta: per esemplificare, di quel medesimo anno è la pubblicazione di *Diritto e storiografia*, di Raggi.

Nel frattempo, cosa succedeva tutt'attorno?

Se si getta giust'appena uno sguardo alla civilistica, parallelamente si stavano vivendo quelli che Paolo Grossi ebbe modo di definire i "fertili anni sessanta"⁶. Furono anni segnati da una spiccata apertura verso i fenomeni sociali, sicché con pieno fondamento si può dire che, proprio in quel torno di tempo, il diritto civile stesse passando "dal moderno al posmoderno" (così nel titolo dell'opera grossiana).

Andava affermandosi una prospettiva assiologica del diritto civile, utile ad affrontare i problemi vivi posti dalla storia.

Era l'irrompere della Costituzione nel sistema privatistico; quelle contenute nella Legge fondamentale dello Stato non erano più da ritenersi mere proclamazioni di principio: nelle norme costituzionali, invece, potevano ravvisarsi autentici giacimenti di valori, da cui estrarre la regola del caso di specie.

È, questo, un orizzonte ampio entro il quale possiamo collocare Rodotà, Rescigno, Galgano, Perlingieri, solo per citare alcuni.

⁵ Su cui A. CALORE, *La romanistica italiana dal 1945 al 1970*, cit., 112 s. e 133.

⁶ Cfr. P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021.

Nel frattempo, dagli Stati Uniti giungeva la voce della ‘morte del contratto’, almeno per come lo si era fin a quel momento inteso⁷.

Ma torniamo alla romanistica.

Anche qui si avvertiva la necessità di prestare attenzione alla prospettiva assiologica, ai valori nella società, in relazione a una specifica cornice storica.

Un certo normativismo (per larghi tratti commisto al post-pandettismo) che aveva caratterizzato i decenni precedenti era nettamente dimesso: si sarebbe dovuto guardare ai valori sottesi a un sistema di regole nelle diverse fasi della storia di Roma antica, nonché alle implicazioni politiche e culturali di ciascuna soluzione giuridica.

Rispetto a questa linea di tendenza, poteva poi avvertirsi l’influsso lungo dell’istituzionalismo, quello proveniente già da Santi Romano (si rammenti che la pubblicazione de *L’ordinamento giuridico* risale al lontano 1918, anche se il successo arrivò con l’edizione fiorentina del 1946, quando il mondo era radicalmente mutato); di qui l’attenzione alle formazioni sociali, alle ‘istituzioni’ tutte.

Più in generale, si faceva largo una tendenza al pluralismo⁸, con effetto di destrutturazione delle fredde simmetrie in auge nei decenni precedenti.

Insomma, sotto ogni aspetto, dogmatismo e formalismo provenienti dalla lunga stagione della Pandettistica erano al tramonto.

5. Al centro i “problemi vivi”

Prendiamo ora in considerazione un corso monografico, dedicato alla didattica del Diritto romano, adottato in quegli anni: penso al *Sistema romano dei contratti* di Giuseppe Grosso.

L’edizione di maggiore successo e diffusione fu quella del 1963, anche se – com’è noto – la prima edizione (ancora litografata) era già del 1945.

⁷ Cfr. G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974.

⁸ Su cui oggi non si può prescindere dall’opera a più voci R. BASILE, S. CAPASSO, A. COCCO, F. TUCCILLO (a cura di), *Itinerari del pluralismo giuridico*, Napoli, 2024.

Il libro di Grosso rappresenta il lavoro di uno Studioso legato alla grande tradizione dei decenni precedenti; né si può dire che Grosso si collocasse in posizioni di ‘avamposto storicistico’: nient’affatto. Eppure, proprio per questo, più significativa è la linea di marcata apertura nei confronti di quelli che lo stesso Autore altrove aveva denominato i “problemi vivi”.

Ricordiamo che della necessità, metodologica e quindi epistemica, di affrontare i “problemi vivi” Grosso aveva parlato in taluni celebri interventi pubblicati sulla *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, alla metà degli anni Cinquanta⁹.

Com’è oltremodo noto, Volterra aveva ingaggiato con Grosso un’accesa polemica, nella quale erano venute a fronteggiarsi due visioni dello studio del diritto (romano, ma non solo, si potrebbe aggiungere). Se Grosso faceva appello alla necessità di concentrare l’attenzione sui profili teorici e generali, Volterra a ciò contrapponeva un richiamo alla stretta aderenza alle fonti, nonché alla rigorosa storicizzazione dei fenomeni.

Ho avuto modo, recentemente, di esprimere alcune considerazioni su quell’aspra diatriba¹⁰; né questa è la sede per tornare in argomento.

Mi basta però sottolineare come anche in Grosso, in discontinuità rispetto a un certo formalismo, la società facesse irruzione nel discorso giuridico.

Al riguardo, si rammenti il lavoro del 1970 dedicato a *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*; anche qui la società veniva posta al centro dell’attenzione, sebbene a fare da contrappunto intervenissero pur sempre gli ‘schemi giuridici’.

Quel che ora mi preme evidenziare è che nel *Sistema romano dei contratti* Grosso metteva in campo un approccio al fenomeno contrattuale romano che si caratterizzava per l’apertura alla società e alla cornice generale dei problemi, di contro il formalismo, ma soprattutto pro-

⁹ Cfr. T. DALLA MASSARA, *Giuseppe Grosso tra pluralismo e costruttivismo*, in *Itinerari del pluralismo giuridico*, cit., 181 ss., in specie 185 ss. Sulla sensibilità di Grosso per la “vita vissuta in contrapposizione all’astratto”, A. CALORE, *La romanistica italiana dal 1945 al 1970*, cit., 106.

¹⁰ T. DALLA MASSARA, *Giuseppe Grosso tra pluralismo e costruttivismo*, cit., 185.

pugnava il superamento di una visione post-pandettistica, incentrata sul valore nomopoietico della volontà.

Proprio questo è il punto su cui intendo adesso appuntare lo sguardo: la produttività degli effetti che si riconducano al contratto muove, nella prospettiva di Grosso, dalla considerazione di quest'ultimo in termini di 'fatto storicamente dato'; come a dire che il contratto è apprezzato nella sua materiale obiettività, come una 'effettività normativa', all'interno di un quadro ricostruttivo articolato e complesso rispetto a quello che si sarebbe definito entro la stretta logica volontà-effetti.

A voler sintetizzare al massimo – in una visione 'dall'alto' – la rappresentazione di Grosso, il 'sistema' dei contratti nel suo complesso vedeva cooperare l'idea di *conventio*, la forma (da vedere soprattutto in relazione alla *stipulatio*), la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione, con attenzione all'elemento perfezionativo (con riguardo alla *res*, da mettere in relazione con l'evoluzione del *de rebus creditis*), nonché le vicende del patto, da porsi in relazione con quelle del contratto.

Se si raffronta la ricostruzione di Grosso con quella che, per esempio, emergeva dalle ormai lontane pagine di un Savigny teorizzatore della volontà produttiva di effetti (ma parimenti si potrebbe dire rileggendo Pernice, per esempio), si può cogliere più di un aspetto d'interesse, allorché si guardi all'arco lungo dei percorsi tracciati dalla letteratura in tema di contratti.

Dopo la lunga stagione segnata da una letteratura di matrice pandettistica e attualizzante, in vario modo incentrata sulla nomopoiesi del volere privato, proprio con gli anni Sessanta e Settanta del Novecento si apprezza una svolta definitiva nel senso di una diversa rappresentazione del fenomeno contrattuale: in primo luogo, il contratto era restituito alla storia e, in secondo luogo, l'effetto – il nascere del vincolo obbligatorio – era posto in relazione con un quadro composito di fattori concorrenti.

Si tratta di una linea di 'oggettivismo' che, allorché riferibile al negozio giuridico piuttosto che specificamente al contratto, risaliva per vero al Maestro di Grosso, ossia Gino Segrè.

Anche all'‘oggettivismo’ negoziale di Segrè ho avuto occasione di dedicare talune riflessioni, pubblicate in esito a un'iniziativa convegnistica dedicata ai ‘classici’ del diritto civile¹¹.

6. *La verità del ‘fatto storicamente dato’*

Insomma, non v'è dubbio che, tra gli anni Sessanta e Settanta l'approccio ispirato a una certa ‘volontà trionfante’ fosse decisamente abbandonato, assieme a ogni traccia di ‘vigentismo’ del diritto romano.

Però, se la vicenda incentrata sulla contrapposizione tra storicismo e dogmatismo è stata ampiamente lumeggiata, più ampi spazi di riflessione restano aperti – a mio giudizio – attorno a quel peculiare modo di guardare ai problemi che, deposto ogni formalismo, s'incentra sul ‘fatto storicamente dato’; quest'ultimo preso nella sua obiettività e, al contempo, in tutta la sua complessità.

Dopo la (relativa, come abbiamo visto) quiete degli anni Cinquanta, proprio in questi termini l'inquietudine dei Sessanta e Settanta veniva a manifestarsi: al centro era la verità del fatto. Sicché, con particolare riferimento all'ambito dei contratti, si faceva strada quello che ho dipinto come un tendenziale ‘oggettivismo’.

Si volga ora l'attenzione alla monografia di Orestano *Fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*.

Siamo nel 1967 e la distanza di Orestano dal suo maestro Riccobono è quantomai evidente: l'esigenza è quella di valutare i fenomeni giuridici per il loro obiettivo porsi nella cornice generale, entro un'articolazione di vicende la cui profonda comprensione storica è unica via per discernere quando quei fatti assurgano a essere, per l'appunto, ‘di normazione’.

È il punto di vista a essere cambiato.

Non è tanto la relazione tra soggetto volente e oggetto voluto ad attrarre l'attenzione; eppure, la lezione consensualistica di Riccobono, in tema di contratti, era stata fondamentale: sua era stata la ‘scoperta’ del-

¹¹ T. DALLA MASSARA, *Gino Segrè e il concetto di negozio giuridico: un costruttivismo articolato*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Rileggere i classici del diritto civile italiano (1900-1920)*, II, Napoli, 2023, 1465 ss.

l'energia della volontà produttrice di effetti giuridici¹². Per Orestano essenziale è, invece, l'obiettiva considerazione del 'fatto normativo', inteso come dato che può cogliersi nel suo storico determinarsi.

L'idea stessa di 'fatto di normazione' presuppone l'adozione di un punto di vista che non risponde alla logica di determinazione soggetto agente/atto agito¹³.

Ad accentuare la tendenza appena descritta avrebbe cooperato, specie negli anni Settanta, una più spiccata influenza del materialismo storico: da intendersi, quest'ultimo, anche nella sua accezione in senso marxista, stando alla quale la regola giuridica si sarebbe letta in termini di sovrastruttura rispetto alla struttura economica.

Fu una tendenza storiografica che giocò un ruolo significativo nel dibattito giuridico; per guardare a quello civilistico, si pensi per esempio al celebre Convegno catanese del 1972 in tema di 'uso alternativo' del diritto¹⁴.

Non solo: anche nella storia 'pura' trionfava la rilevanza del fatto, l'accadimento sociale nella verità del suo significato: sintomatico di quest'approccio può ritenersi, forse più di ogni altro, il celebre saggio di Carlo Ginzburg dedicato a *Il formaggio e i vermi*, pubblicato del 1976.

Com'è noto, la micro-storia, composta della stessa sostanza del vissuto di uomini e donne in carne e ossa, li trovava il proprio pieno riscatto: ancora una volta il fatto, nella sua materialità, era decisivo.

¹² Si pensi a S. RICCOBONO, *La nozione di 'contractus' e la propagazione degli elementi del 'contractus' ai negozi solenni del 'ius civile'*, in *Bollettino della Reale Accademia di scienze, lettere e belle arti di Palermo*, 1918, in specie 11 ss., come pure a ID., *Corso di diritto romano. 'Stipulationes' 'contractus' 'pacta'*, Milano, 1935.

¹³ Sulle implicazioni filosofiche e giuridiche che si correlano al nesso volontà-azione-atto, segnalo la riflessione a più voci che emerge dal volume, di prossima pubblicazione, T. DALLA MASSARA, G. RAMETTA (a cura di), *Il volere che si fa norma. Quaderno primo. Dialogo tra giuristi e filosofi*, Bologna, 2024.

¹⁴ Nel febbraio del 2023 si tenne un incontro a Roma a rievocare quel convegno catanese, di cui può vedersi la registrazione in <https://www.radioradicale.it/scheda/690545/diritto-privato-e-commerciale>. Su quell'esperienza, inoltre, N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2019. Cfr., inoltre, L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

7. Cosa ci hanno lasciato gli anni Sessanta e Settanta del Novecento?

Le considerazioni sin qui sviluppate potrebbero integrarsi con altri piani di riflessione.

Sul piano epistemico, la focalizzazione sul ‘fatto storicamente dato’ suggerirebbe di sviluppare una linea di approfondimento sulla relazione tra soggetto conoscente e oggetto conosciuto: come si sa, almeno da Kant in poi, il tema era stato messo in discussione fin dalle sue premesse alla luce della consapevolezza dell’inattingibilità di una conoscenza ‘obiettiva’, che possa prescindere dallo sguardo del soggetto conoscente¹⁵.

Basti dire che gli anni Sessanta e Settanta diedero vita a una profonda rielaborazione dell’idea, se si vuole in origine vichiana, del *verum ipsum factum*, ossia del ‘fatto’ per le sue capacità di esprimere una verità¹⁶.

Per tornare alla romanistica, è ancora da aggiungere che la linea di tendenza che valorizzava i contesti culturali e la materialità delle situazioni in Italia era andata a svilupparsi di pari passo con quella concentrata su “die einzelnen Juristen” – per riutilizzare l’espressione di Kunkel evocata in esordio – specialmente dopo la pubblicazione, nel 1971, degli *Studi sulle logiche dei giuristi romani* di Schiavone.

In questo caso, il tema dei *nova negotia* veniva affrontato con l’intendimento di proporre una ricostruzione che andasse al di là della narrazione di matrice pandettistico-soggettivistica, ancora incentrata sulla forza nomopoietica del volere; su questo non v’è dubbio: ma, soprattutto, un’attenzione particolare era appuntata sulle posizioni dei singoli giuristi e sui contesti storici.

Detto tutto ciò, vien fatto di chiedersi: cosa ci hanno lasciato gli anni Sessanta-Settanta del Novecento?

¹⁵ In argomento, rinvio alla *videolibrary* <https://www.studigermanici.it/volere-che-si-fa-norma>, che fa riferimento a un progetto dell’Istituto Italiano di Studi Germanici; inoltre, rimando nuovamente a *Il volere che si fa norma. Quaderno primo*, cit.

¹⁶ Di recente, sul pensiero di Vico, suggerisco la lettura di B. DE GIOVANNI, *Giordano Bruno Giambattista Vico e la filosofia meridionale*, Napoli, 2023, il quale da par suo aveva impostato nel lontano 1958 (Napoli) un discorso spiccatamente ‘oggettivista’ in *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, quando scriveva ancora ‘da giurista’.

Per la specifica prospettiva che ho proposto di adottare, porrei l'accento sulla 'fattualità' del diritto.

In questa prospettiva, in una visione di sintesi, ho insistito sulla rilevanza del 'fatto storicamente dato', preso nella sua obiettività e nella sua complessità; con specifico riferimento all'ambito dei contratti, poi, ho creduto di poter ravvisare un filo rosso nel generale orientamento nel senso di un certo qual 'oggettivismo': il contratto romano, restituito alla storia, scaturisce dalla concomitanza di una pluralità di fattori.

Dopo quei vent'anni, la romanistica non sarebbe stata più la stessa: la società guadagnò una posizione di centralità, in quanto cornice di comprensione dei problemi giuridici, nel loro porsi (nel loro storico posizionarsi, *stellen*); al contempo, si accentuò la consapevolezza dell'estrema complessità che si pone di fronte alla sfida di comprensione cui è chiamato lo storico del diritto.

Insomma, furono vent'anni di inquietudine: non poche acquisizioni ne sono il frutto. Certo è che molte di quelle acquisizioni permangono per noi oggi irrinunciabili.

Bibliografia

- BASILE, R., CAPASSO, S., COCCO, A., TUCCILLO, F. (a cura di), *Itinerari del pluralismo giuridico*, Napoli, 2024
- BRUTTI, M., *I romanisti italiani in Europa*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014, 211 ss.
- CALORE, A., *La romanistica italiana dal 1945 al 1970: tra storia e dogmatica*, in BIOCCHI, I., BRUTTI, M. (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, 103 ss.
- DALLA MASSARA, T., RAMETTA, G. (a cura di), *Il volere che si fa norma. Quaderno primo. Dialogo tra giuristi e filosofi*, Bologna, 2024
- DALLA MASSARA, T., *Gino Segrè e il concetto di negozio giuridico: un costruttivismo articolato*, in PERLINGIERI, G. (a cura di), *Rileggere i classici del diritto civile italiano (1900-1920)*, II, Napoli, 2023, 1465 ss.
- *Giuseppe Grosso tra pluralismo e costruttivismo*, in BASILE, R., CAPASSO, S., COCCO, A., TUCCILLO, F. (a cura di), *Itinerari del pluralismo giuridico*, Napoli, 2024, 181 ss.

- *Il consenso annichilito. La critica radicale del contratto in Siegmund Schlossmann*, Bologna, 2021
- DE GIOVANNI, B., *Giordano Bruno Giambattista Vico e la filosofia meridionale*, Napoli, 2023
- GILMORE, G., *The Death of Contract*, Columbus, 1974
- GROSSI, P., *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021
- LIPARI, N., *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2019
- MASI DORIA, C., *La romanistica italiana verso il Terzo Millennio: dai primi anni Settanta al Duemila*, in BIOCCHI, I., BRUTTI, M. (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, 103 ss.
- NIVARRA, L. (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008
- PAGLIANTINI, S., *Sul negozio giuridico: itinerari novecenteschi e della contemporaneità*, Napoli, 2023
- RICCOBONO, S., *Corso di diritto romano. 'Stipulationes' 'contractus' 'pacta'*, Milano, 1935
- *La nozione di 'contractus' e la propagazione degli elementi del 'contractus' ai negozi solenni del 'ius civile'*, in *Bollettino della Reale Accademia di scienze, lettere e belle arti di Palermo*, 1918
- SOMMA, A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000
- TALAMANCA, M., *Diritto romano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia (Atti del convegno Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981)*, Milano, 1982, 734 ss.

WHAT IS THE EUROPEAN LEGAL TRADITION? WHEN, WHY AND BY WHOM WAS IT INVENTED

Tomasz Giaro

SUMMARY: 1. *The Question of European Law*. 2. *John is off to Europe*. 3. *Some Classical Creators of the European Legal Tradition*. 4. *A Recent Theory, but Probably a False one*.

1. The Question of European Law

If we are going to talk about the European legal tradition as a discipline, we must resolve two preliminary questions: what is Europe and what does the expression “European law” mean? In my opinion, it is an error to attempt to build a system for the teaching of particular disciplines of legal knowledge in abstraction from the results of legal scholarship. So, what does this scholarship say about the European legal tradition? Or even about such a history, since the distinction is unimportant to the idea of present interest: that all Europe may be embraced in one broadly defined legal-historical discipline. Evidently, the concept of tradition in normal usage implies considerable age. But as historical scholarship affirms, traditions, including legal ones, may also be invented¹.

Well, you can ask your computer about “European law” and you will receive many answers, but all of them will be about the law of the European Union, in short “EU law”. But apart from EU law, is there any relatively homogeneous thing which can be called European law? Europe is the name of a continent. But in the political sense it is a collective noun, and so is European law too. There are national legal systems outside the EU that are evidently based on European legal culture.

* The publication is part of the research project no. 2021/41/B/HS5/03842 for the years 2022–2026, financed by the Polish National Science Centre (Narodowe Centrum Nauki).

¹ E.J. HOBBSAWM, T. RANGER (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1992.

Among non-EU members, figure Switzerland, Norway, Iceland and some Balkan countries (Albania, Bosnia and Hercegovina, Montenegro, North Macedonia, Moldova), now also Great Britain, which are nonetheless European countries and their legal systems are European. Hence, the only way to identify the concept of European law in a broad sense leads through study of the European legal tradition!

There is only one precondition of our research: we must dismiss and forget the idea of unitary European law, today and in history. Of course, legal historians accustomed as jurists to pursue the ideal of legal unity, have frequently attempted to find a unitary European law in the past². “The primordial unity of European legal science”; so ran the title of Helmut Coing’s paper delivered in 1967 and published in 1968. The paper closed with the wish that comparative law may lead us soon to a “larger unity” again³. Another of Coing’s papers exploring kindred themes, also from 1967, closes with the covetous wish that a meeting of civil and common law may generate a new *ratio scripta* which would conjoin the jurists as once the old *ius commune* had⁴.

Contemporary legal scholarship ought to remember, insists Coing twenty years after, that this field of endeavour was once the foundation of the common European law⁵; a heritage whose significance extends beyond the community of Roman lawyers. Hence, the Germanist Reiner Schulze prognosticates that “Coing’s conception would incorporate legal history on a European scale much more closely in the development of positive law than has yet been the case”⁶. Another Germanist, Udo Wolter (1939-1993), referring to the state of affairs during the 1990s, places contemporary Europe “dans la même situation que l’Al-

² G. LANDWEHR, *Die Einheit der Rechtsordnung in der Rechtsgeschichte*, in K. SCHMIDT (ed.), *Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung? Hamburger Ringvorlesung*, Berlin, 1994, 31-60.

³ H. COING, *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*, in ID., *Gesammelte Aufsätze*, vol. II, Frankfurt a.M., 1982, 156.

⁴ H. COING, *Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung*, in ID., *Gesammelte Aufsätze*, cit., 176.

⁵ H. COING, *Von Bologna bis Brüssel. Europäische Gemeinsamkeiten in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, Bergisch Gladbach-Köln, 1989, 19.

⁶ R. SCHULZE, *European Legal History – a new field of research in Germany*, in *The Journal of Legal History*, 13 (1992) 275.

lemagne fragmentée du début de 19^{me} siècle”. He closes with the recommendation to build on this historical basis a new *ius commune Europaeum*⁷.

One more German author, Jürgen Weitzel (1944-2015), follows older Germanists Adalbert Erler (1904-1992), Hans Thieme (1906-2000) and Hans Hattenhauer (1931-2015) in establishing a near relationship between the European Union and the so-called Old Reich (*Altreich*), with its allegedly European features⁸. Passing to the Roman lawyers, their popular justification of the projected European civil code at the turn of the 21st century was that a unitary private law had already existed once upon a time. So, all that was required was to revive the medieval *ius commune* which made any Europeanisation of private law superfluous and a simple re-Europeanisation sufficient. Reinhard Zimmermann eagerly reminisced about these good old days: “For a common European legal culture (...) did once exist (...) This old European law (...) is known as the Roman-Canon *ius commune*”⁹.

Many other legal historians, unwilling to spend their time in dusty libraries and archives, look for a connection with the world of politics. Searching in this direction, the Belgian scholar Alain Wijffels found a more or less close relationship between scholarly opinions denying the historical existence of the *ius commune* on one side, and contemporary political positions critical of “toute intégration européenne” on the other¹⁰. However, today the great season of the Draft Common Frame of Reference as Europe’s civil code is definitively over. Hence, legal historians are no longer forced to seek and find a singular and unitary Eu-

⁷ U. WOLTER, *La réception du droit romain dans les pays germaniques à la fin du Moyen Age et ses répercussions sur la pensée juridique européenne*, in *Revue d’histoire des Facultés de droit et de la science juridique* 13 (1992) 112.

⁸ J. WEITZEL, *Das alte Reich und die neue Union*, in G. KOBLER, H. NEHLSSEN (eds.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, München, 1997, 1347-1361.

⁹ R. ZIMMERMANN, *Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe*, in A. HARTKAMP et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 4th ed., Alphen aan den Rijn, 2011, 32.

¹⁰ A. WIJFFELS, *Le ius commune européen: mythe ou référentiel indifférencié des discours sur la formation d’un droit européen?*, in B. BERNABÉ, O. CAMY (eds.), *Les mythes de fondation et l’Europe*, Dijon, 2013, 88.

ropean law in the medieval past. It is enough to identify a common historic arena in which different legal systems of Europe interacted with each other. But which legal systems?

Indeed, in the standard version of European legal history, Europe is silently constructed according to Niall Fergusson's witty slogan: "the West and the Rest"¹¹. The European West consists, as every jurist knows, of civil and common law, marking the great divide of the contemporary legal world. The relation between them is well illuminated in the recent handbook of Tamar Herzog, *A Short History of European Law. The Last Two and a Half Millennia*¹². She says farewell to the concept of unitary European law valid within a definite legal area; according to her, "to tell the story of the development of law in Europe it is essential that we observe both the continent and England"¹³. So, European legal history must eventually be the story of interactions between civil law and common law.

However, as far as the-West-and-the-rest perspective is concerned, Tamar Herzog cannot escape censure. In her view, Europe remains Western Europe, whereas Scandinavian, Slavic and Balkan countries, not to mention Hungary and those of the Baltic area, are all absent¹⁴. Eastern Europe in its entirety joined the civil law family through its legal Occidentalization achieved by the big wave of transfers during the long 19th century. This was a process which consisted in the legislative or, more rarely, doctrinal-judicial or purely doctrinal reception of Western law¹⁵. Particularly striking was the force of this process in the Balkan area, where the retreat of the Ottomans left something like a legal

¹¹ N. FERGUSSON, *Civilization. The West and the Rest*, London, 2011.

¹² Cambridge (MA)-London, 2018.

¹³ T. HERZOG, *European Law and the myths of a separate English legal system*, in *History and Policy Papers*, <http://www.historyandpolicy.org/policy-papers/papers/european-law-and-the-myths-of-a-separate-english-legal-system>.

¹⁴ M. KORPIOLA, *Review of T. Herzog, A Short History*, in *Law and History Review* 38 (2020) 284.

¹⁵ T. GIARO, *The Wave of Transfers: An East-European Chapter in the Civil Law Tradition*, in *Comparative Law Review* 14 (2023) 33-58.

vacuum behind. This was hurriedly filled by the massive reception of Western codifications and constitutions¹⁶.

2. *John is off to Europe*

Evidently, the historical concept of Europe has not always included England¹⁷. The great nineteenth century French historian Jules Michelet (1798-1874) used to open his *College de France* lectures on Britain with the statement: ‘Gentlemen, England is an island, now you know as much as me of her history’¹⁸. Of course, the inhabitants of early medieval England preceding the times of William the Conqueror, the old Anglo-Saxons, already knew that Europe was geographically detached from England. One of them, the Venerable Bede (672-735), began his *Ecclesiastical History of the English People* in a very similar way: “Britain, once called Albion, is an island of the ocean and lies to the north-west, being opposite Germany, Gaul, and Spain, which form the greater part of Europe”¹⁹.

Indeed, England and Europe are mentioned separately not only during the reign of Henry III (1216-1272)²⁰, but also during the Tudor dynasty (1485-1603)²¹, and in the 17th-18th centuries²². During the 19th century, the political position of England in Europe was that of a peripheral power whose major interests lay outside the Continent and

¹⁶ T. GIARO, *Transfers von Traditionen. Zum Rechtswechsel auf dem Balkan*, in *Studia Iuridica* 58 (2014) 95 ff.

¹⁷ K. KUMAR, *Britain, England and Europe: Cultures in Contraflow*, in *European Journal of Social Theory* 6 (2003), 5-23.

¹⁸ J-D. HACHE, *Hommage à Jacques Leruez*, in *Revue Française de Civilisation Britannique* 24 (2019) 1.

¹⁹ F. TINTI, *Europe and the Anglo-Saxons*, Cambridge, 2021, 8.

²⁰ I.W. ROWLANDS, B.K.U. WEILER, *England and Europe in the Reign of Henry III*, Farnham, 2002.

²¹ S. DORAN, *England and Europe 1485-1603*, 2nd ed., London, 1996; G.R. ELTON, *England and the Continent in the Sixteenth Century*, in *Studies in Church History Subsidia* 2 (1979) 1-16.

²² A. DAVIES, *England and Europe 1815-1914*, in J.S. BROMLEY, E.H. KOSSMANN (eds.), *Britain and the Netherlands in Europe and Asia*, London, 1968, 37-55.

whose insularity led to the oscillation between isolationism and interventionism. Still today, when speaking of travels involving the continent the Englishmen say: “John is off to Europe” or “is back from Europe”. Likewise, the announcements at the railway stations of Georgia during its time as a constituent part of the Soviet Union were always styled “train departing from Tbilisi to the Soviet Union”. I am not sure whether we are entitled to neglect such local linguistic usages.

The division between England and Europe recalls immediately the assumed great divide between the legal systems of the world: civil law and common law, as the two branches of the Western legal tradition. According to Ernst Rabel (1874-1955), a famous comparative lawyer formed within the continental (German) legal culture, the term civil law refers to “all the countries in which Roman law was, at one time, received or one of the romanistic codes has been imitated”²³. Rabel’s emphasis upon codification is understandable, since during his lifetime a particular Nordic or Scandinavian legal family, composed of the civil law countries without a civil code, such as Denmark, Norway, Iceland, Sweden and Finland, had not yet been sufficiently known and generally acknowledged²⁴.

However, if we speak not only about the civil law tradition, but also, somewhat more widely, about the European one, are we expected to include the common law which is usually contrasted with the continental? The common law is the legal system that evolved in England running as an unbroken “seamless web” from the times preceding the Norman Conquest of 1066 up until the present day²⁵. Some scholars recommend the study of English common law as instructive, since England represents what the situation on the continent would have been without the medieval reception of Roman law²⁶. Notably, the reception started on the continent thanks to the so-called big-bang of the 12th cen-

²³ E. RABEL, *Private Laws of Western Civilization*, in *Louisiana Law Review* 10 (1949) 1.

²⁴ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford, 1998, 276-285.

²⁵ P. GROSSI, *A History of European Law*, Hoboken (NJ), 2011, 47-49.

²⁶ M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Istituto Poligrafico dello Stato, 1994 = *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge, 2000.

ture²⁷, disrupting the previous smooth, natural continuity which had before then persisted at the customary, ‘pre-scientific’, feudal stage²⁸.

But there is also an opposing question, which is indeed too seldom posed, namely “what would Roman law be without Europe?”. I posed this question fifteen years ago and suggested that it could be answered in the sense that probably Roman law would not have developed to become our venerated civil law. Being unable to absorb its social, philosophic and religious thinking crystalized in its codifications and constitutions, European law “would be something like the historic South-African legal order with its system of lawful slavery, later substituted by a system of racial discrimination”²⁹. In summary, there was never a system of European law, but there was undoubtedly a common historical ground for the development of the many laws of Europe which we are entitled to call European legal history.

At the level of so-called micro-comparison, civil and common law traditions overcame the same challenges, taking for instance parallel routes to the freedom of contract³⁰ and at least similar routes to the general delict clause on the one side, and the tort of negligence on the other. Without a doubt, the factor of relative unity of continental and English law is court procedure, derived from the romano-canonical model which emerged on the continent in the 12th century, but which was received to some extent also in England³¹. Both systems knew similar struggles against similar problems: the development of third-party agreements (*pacta in favorem tertii*) was made difficult in both systems

²⁷ K. PENNINGTON, *The Big Bang: Roman Law in the Early Twelfth-Century*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 18, 2007, 43-70.

²⁸ R.C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge, 2002, 25, 84 f.

²⁹ T. GIARO, *Roman law always dies with a codification*, in A. DĘBIŃSKI, M. JOŃCA (eds.), *Roman Law and European Legal Culture*, Lublin, 2008, 26.

³⁰ G. LUCCHETTI, A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, vol. I, Bologna, 2010, 98.

³¹ C.H. (REMCO) VAN RHEE, *Public Justice. Some Historical Remarks*, in A. UZELAC, C.H. VAN RHEE (eds.), *Public and Private Justice*, Cambridge, 2007, 31-48.

by the personal nature of the obligation on the one side, and the privity doctrine based on the parties-only principle on the other³².

The neat Roman distinction between legal and factual questions was connected in England with the jury trial, which followed the principle *de facto respondent iuratores, de iure iudices*³³. Both civil and common law experienced the same contest between the claim to specific performance and monetary damages³⁴, and both ignored a general doctrine of unjust enrichment which remained unknown in England until the second half of the 20th century³⁵. At the level of micro-comparison there are of course some differences. English law knows neither a general concept of obligation, nor a sharp distinction between obligations and property. Moreover, English contract law handles the requirement of good faith restrictively, adheres to the objective interpretation of contracts, limits the role of default rules and circumscribes the judicial revision of contractual terms³⁶.

In view of the so-called civilization of the common law in the 19th century, parallel developments were registered in England and on the continent, opportunely invoked by Coing who mentioned in particular the emergence of some generalized institutions absent from Roman law, such as the general law of contract and agency³⁷. For the most time, according to Herzog, England diverged from the continent merely gradually. She asserts that only “in the 17th century English legal experts began insisting that their system was radically different”, given

³² W.W. BUCKLAND, A.D. MCNAIR, F.H. LAWSON, *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*, 2nd ed., Cambridge, 1952, 214 ff.

³³ H. BROOM, *A Selection of Legal Maxims*, Philadelphia, 1854, 103-108 quotes another version: *ad quaestiones facti non respondent iudices, ad quaestiones legis non respondent iuratores*.

³⁴ J. SMITS, *The Making of European Private Law*, Cambridge, 2002, 226 f.

³⁵ D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN, *Unjustified enrichment: surveying the landscape*, in D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN (eds.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge, 2004, 3-33.

³⁶ M. PARGENDLER, *The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide*, in *The Yale Journal of International Law* 43 (2018) 143-189.

³⁷ H. COING, *Common Law and Civil Law in the Development of European Civilization*, in H. COING, K.W. NÖRR (eds.), *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte*, Berlin, 1985, 36-38.

that “Europe allegedly followed Roman law, whereas England had a genuine customary law of its own”³⁸. This position became entrenched. Following the great Frederic W. Maitland (1850-1906), the reception of canon and civil law in England was refuted by British legal scholarship with excessive zeal³⁹.

3. Some Classical Creators of the European Legal Tradition

Although there are many concepts of Europe already in the Middle Ages⁴⁰, the best known in the sphere of legal history are those promoted by Paul Koschaker (1879-1951) and Harold J. Berman (1918-2007). Both scholars are classical creators of the European legal tradition who gained popularity in legal scholarship thanks to the widely discussed answers they gave to the central historical-legal question, namely “What is Europe?”⁴¹. Koschaker, the author of the memorable monograph *Europa und das römische Recht*, excluded from Europe – both before and after WW II – not only the predominantly Slavic Eastern Europe, but also England, which suffered equally from the misfortune of experiencing no reception of Roman law. As a result, Wieacker could summarize Koschaker’s book in one sentence: “Germany receives (Roman law), England does not, whereas France remains in the middle”⁴².

Consequently, Koschaker, misguided by his Romanistic arrogance, confined his interest to the territory remaining within the borders of the

³⁸ T. HERZOG, *A Short History of European Law. The Last Two and a Half Millennia*, Cambridge (MA)-London, 2018, 150-151.

³⁹ D.J. SEIPP, *The Reception of Canon Law and Civil Law in the Common Law Courts before 1600*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 13 (1993) 388-420.

⁴⁰ B. SCHNEIDMÜLLER, *Die mittelalterlichen Konstruktionen Europas*, in H. DURCHHARDT, A. KUNZ (eds.), *Europäische Geschichte als historiographisches Problem*, Mainz, 1997, 5-24.

⁴¹ T. GIARO, *Legal Historians and the Eastern Border of Europe*, in T. BEGGIO, A. GREBIENIOW (eds.), *Methodenfragen der Romanistik im Wandel*, Tübingen, 2020, 153-155.

⁴² P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 1st ed., München, 1947; F. WIEACKER, *review of Koschaker, Europa*, in *Gnomon* 21 (1949) 189: „Deutschland [hat] rezipiert, England nicht; Frankreich steht in der Mitte“.

Holy Roman Empire (of the German Nation) as the primary reception area of Roman private law. Moreover, this led Koschaker, as we have already signalled, to omit the English common law from his concept of Europe. In contrast, Berman demonstrated that it was precisely England, the motherland of the common law, which made enormous contributions to Europe's legal culture⁴³. This was particularly so in public law, although in England this field was not clearly distinguished from private law. Regardless, the question arises: from where do we on the continent derive such concepts as constitutional monarchy, rule of law, separation of powers, parliamentary cabinet, local self-government and numerous procedural institutions, in particular the jury⁴⁴?

However, Koschaker's errors did not end there. He also ignored, more or less completely, canon law, which in the late Middle Ages was effective far beyond the borders of the Holy Roman Empire. The reception of Roman law was not simply strengthened, but directly mediated by canon law, whose idiom was well characterized as "very distinctly a civilian one"⁴⁵. To digress briefly, the same observation could be extended to the subsystem of *equity*, since the English Court of Chancery was a civil law court. In any case, given that the received Roman law was in principle private law alone, it had to be exclusively canon law that gave rise to the chief ideas of modern parliamentary systems, such as electoral law, the principle of majority *pars maior, pars sanior* and, particularly in the political sphere, the system of corporate representation by delegates⁴⁶.

In sum, we can speak about the canonistic foundations of modern law, private and public, but also domestic⁴⁷ and international⁴⁸. But the

⁴³ H.J. BERMAN, *Law and Revolution*, vol. I. *The Origins of the Western Legal Tradition*, Cambridge (MA)-London, 1983.

⁴⁴ T. GIARO, 'Comparemus!'. *Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 19, 2001, 556.

⁴⁵ I.D. WILLOCK, *A Civil Lawyer Looks at the Canon Law*, in *International and Comparative Law Quarterly* 11 (1962) 106.

⁴⁶ H. HOFMANN, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte*, 4th ed., Berlin, 2003.

⁴⁷ T. GIARO, *Medieval Canon Lawyers and European Legal Tradition*, in *Review of European and Comparative Law* 47 (2021) 157 ff.

most important feature of medieval canon law is that it was the first transnational legal system in history, applicable to all Christians regardless of their domicile and citizenship. And the transnational medieval canon law was followed by the equally transnational early modern reformations⁴⁹. On the other hand, given that Berman was not yet acquainted with the concept of transnational law, he interpreted Christian Europe in a thoroughly territorial sense⁵⁰. To sum up, the merits of Berman's approach are the inclusion of the Roman Church's canon law, and of the common law, into the European legal tradition, thereby restoring – at the historical level – some kind of unity between England and the continent.

Although Berman, in contrast to the somewhat parochial Koschaker, came from the cosmopolitan community of Sovietologists⁵¹, he nevertheless seems like his predecessor to still belong to the spiritual formation of legal medievalism. Specifically, both appeared to believe that one magical day in the Late Middle Ages the points were switched, setting the rails for all future European legal history. Whoever was absent from this memorable event, will remain outside Europe in perpetuity⁵². Koschaker consequently ignores all the subsequent episodes of legal history, in particular the period of transition to the Early Modern Times under the influence of the growing conciliar movement with its political peak during the Councils of Constance (1414-18), Basel (1431-49), and Florence-Ferrara (1438-45), but the Reformation also escapes his atten-

⁴⁸ J. MULDOON, *The contribution of the medieval canon lawyers to the formation of international law*, in *Traditio* 28 (1972) 483 ff.

⁴⁹ V. SOEN et al. (eds.), *Transregional Reformations. Crossing Borders in Early Modern Europe*, Göttingen, 2019.

⁵⁰ T. GIARO, *Transnational Law and its Historical Precedents*, in *Studia Iuridica* 68 (2016) 77 f.; I. AUGSBERG, *Global Law Before the State? On Canon Law as a Transnational Regime*, in *Journal of Law and Society* 45 (2018) 270-286.

⁵¹ P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, 104 f.; A. GIULIANI, *The Western legal tradition and Soviet Russia. The Genesis of H.J. Berman's Law and Revolution*, in V. ERKKILÄ, H-P. HAFFERKAMP (eds.), *Socialism and Legal History*, London, 2021, 98-111.

⁵² T. GIARO, *Legal Historians and the Eastern Border of Europe*, cit., 154 f.

tion⁵³. In summary, neither Koschaker nor Berman can be a wholly suitable standard-bearer for European legal history.

An acceptable delimitation of European legal history as an autonomous field of research is much more correctly associated with the German scholar Helmut Coing (1912-2000) who in 1964 founded and until 1980 directed the eponymous Max-Planck-Institute in Frankfurt am Main. Although the Europeanist doctrine of Coing remained relatively stable over time, it did not fail to undergo evolution connected with the development of German foreign policy, first based on the Western ties (*Westbindung*), and then on the so-called Eastern policy (*Ostpolitik*) of the late 1960s. In 1967, Coing still restricted the concept of European legal history merely to continental law⁵⁴. Only since 1973, the year of the accession of Great Britain and Northern Ireland to the Common Market, did he begin to incline towards underlining features common to English and continental law.

Even if Coing denied a complete separation between English and continental law, he stressed the independence of the former as “a legal system of its own, not based on Roman Canon Law”⁵⁵. But this was only a first step towards defining European legal history as a bipolar discipline based on the premise that civil law and common law are both component parts of “European civilization”. The second step was completed only in a Coing paper of 1985⁵⁶ which expanded Europe’s historical-spiritual horizon to the East, even if this was at the time restricted to the purely scholarly realm, whereas real legal extension only arrived much later, in 2004. Coing in some measure anticipated himself in a paper of 1978, where he haltingly defined such East bloc countries as

⁵³ C. FASOLT, *Past Sense. Studies in Medieval and Early Modern European History*, Leiden-Boston, 2014, 535 f.

⁵⁴ H. COING, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau*, in ID., *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, vol. II, Frankfurt a.M., 1982, 67-99.

⁵⁵ H. COING, *The Roman Law as ius commune on the Continent*, in *The Law Quarterly Review* 89 (1973) 515 f.

⁵⁶ H. COING, *Common Law and Civil Law in the Development of European Civilization*, cit., 31-41.

Poland and Hungary as “boundary-countries” of “Latin Christendom”⁵⁷, but by the time of his 1985 paper, this had become the more emphatic statement, formulated in a timeless present, that they “belong to the West”⁵⁸.

4. *A Recent Theory, but Probably a False one*

The chance to build a new, more flexible concept of the European legal tradition seemed to present itself with the international research project, “Reinventing the Foundations of European Legal Culture 1934-1964” (FoundLaw). In the years 2007-2013, this project was directed by Kaius Tuori in Helsinki and generously funded by the European Research Council under the European Union’s Seventh Framework Programme. Nevertheless, let us be clear from the start, Tuori’s conception includes neither the continental canon law nor the English common law, and still less – using the above-mentioned terminology of Niall Fergusson⁵⁹ – “the rest” which remains after we have thoroughly analysed and in an appropriate manner appreciated “the West”.

Tuori affirms, somewhat surprisingly indeed, that the “European idea” was invented in legal scholarship during the Nazi era by some German Romanists, building upon Roman law alone⁶⁰. Tuori understands the “European idea” not only in the spiritual, but also in the organizational sense of constructing the European Union⁶¹. Among the creators of this project Tuori counts, first and foremost, two exiles from Germany, both of Jewish extraction, Fritz Schulz (1879-1957) and Fritz Pringsheim (1882-1967). This he does even though these scholars

⁵⁷ H. COING, *European Common Law. Historical Foundations*, in M. CAPPELLETTI (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden-London-Boston, 1978, 33.

⁵⁸ H. COING, *Common Law and Civil Law in the Development of European Civilization*, cit., 33.

⁵⁹ N. FERGUSSON, *Civilization. The West and the Rest*, cit.

⁶⁰ K. TUORI, *Empire of Law. Nazi Germany, Exile Scholars and the Battle for the Future of Europe*, Cambridge, 2020, 2, 11 f., 17 f., 22, 35 etc.

⁶¹ K. TUORI, *Empire of Law. Nazi Germany, Exile Scholars and the Battle for the Future of Europe*, cit., 12, 175.

adopted a quite different stance that prevailed among German Romanists educated and socialized shortly after the codification of the BGB which separated valid law from legal history⁶². Hence, both scholars manifested an exclusive interest in ancient law, and not in the future private law of contemporary European countries or any nascent community of them⁶³.

The inconvenient truth is that neither Schulz nor Pringsheim ever spoke of European legal ‘history’, ‘tradition’ or ‘civilization’. These concepts were introduced into the juristic discourse for the first time, to our knowledge, only in 1967 by Coing⁶⁴, when Schulz was already a decade in the grave, whereas Pringsheim was in his 85th year, the last of his life. The reader will remember that the idea to qualify common law as a European phenomenon, following Berman, was formulated, in 1985, again by Coing⁶⁵. As in the case of the exiles Schulz and Pringsheim, the phrase ‘European legal tradition’ or its ilk were never uttered by Koschaker and Wieacker, both of whom demonstrated loyalty to Hitler’s Germany and who are again both – in addition to Coing – promoted by Tuori to the rank of the “main creators of the idea of a European legal heritage”⁶⁶.

Evidently, Koschaker used to talk much about Europe, but even after WW II he obstinately continued to exclude England and the East of the continent from his conception of Europe⁶⁷. His Europe corresponded to the Holy Roman Empire or, at best, to the later empires immediately preceding WW I, among which Koschaker had a predilection for

⁶² R. ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001, 40 ff.

⁶³ T. GIARO, *Victims and Supporters of Nazism vis-à-vis Europe’s Legal Tradition. A New Episode from the History of the Third Reich?*, in *Forum Prawnicze* 62 (2020) 70-74.

⁶⁴ H. COING, *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau*, cit.

⁶⁵ H. COING, *Common Law and Civil Law in the Development of European Civilization*, cit., 31-41.

⁶⁶ K. TUORI, *The invention of the European legal tradition and the narrative of rights*, in *Journal of European Studies* 52 (2022) 207.

⁶⁷ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 1st ed., München, 1947; 4th ed. München-Berlin, 1966, 5 f.

the monarchy of the Habsburgs. His concept of Europe rested on a foundation of simple continuity, not only of Roman law in a general cultural sense, but of actual Roman legal doctrine transmuted – at the final pages of *Europa und das römische Recht* – into a European natural law⁶⁸. This idea earned a harsh rebuke from Wieacker⁶⁹ who had already during the Nazi era denounced Koschaker's actualization program as a "veneration of dead ideals" and a "perpetuation of an outdated type of scholarship"⁷⁰.

As far as Wieacker himself is concerned, apart from some moral reservations⁷¹, he remained standoffish towards an excessive Europeanist enthusiasm. He did not participate in the *Europa-Mode* of the 1950s, however, with the exception of two papers. The first of these, *Ursprünge und Elemente des europäischen Rechtsbewusstseins*, was presented at the International Congress in 1955 in Mainz, which was buoyed with postwar euphoria⁷². The second, *Europa und das römische Recht*, was a relatively bland piece, with the title borrowed directly from Koschaker. The latter was written in 1961 for the second edition of the collection of essays *Vom römischen Recht*, probably in order to emphasize that the Nazi Wieacker, as the resistance to Hitler was getting stronger while the Third Reich receded into the past, had in the meantime been reborn as the post-Nazi one⁷³.

In 1983, during the 11th World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy in Helsinki, Wieacker delivered a rather general paper, titled *Grundlagen der Rechtskultur*, which focused on three values usually considered as European or occidental, and which received the

⁶⁸ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 4th ed., cit., 345 f.

⁶⁹ V. WINKLER, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieackers „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ und die deutsche Rechtswissenschaft*, Hamburg, 2014, 239 ff.

⁷⁰ F. WIEACKER, *Die Stellung der römischen Rechtsgeschichte in der heutigen Rechtsausbildung*, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht* 6 (1939) 405.

⁷¹ T. GIARO, *More breaking news from Nazi times: Is the European legal tradition spurious?*, in *Studia Iuridica* 95 (2022), 145 ff.

⁷² M. GÖHRING (ed.), *Europa – Erbe und Aufgabe. Internationaler Gelehrtenkongress*, Wiesbaden, 1956, 105-119.

⁷³ F. WIEACKER, *Vom römischen Recht. Zehn Versuche*, 2nd ed., Stuttgart, 1961, 288 ff.

designation “constants” (*Konstanten*): personalism, legalism and intellectualism. However, the paper’s title included neither “Europe” nor any related concept⁷⁴. Wieacker’s paper, published initially in 1985 in the proceedings of the Congress within a supplemental volume of the “Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy”, was immediately republished in a revised version in the 1985 *Festschrift* for Wieacker (*Römisches Recht in der europäischen Tradition*) under the brand-new title: *Konstituentien der okzidentalischen Rechtskultur*⁷⁵.

And once more, in the same year 1985, Wieacker’s paper appeared in a peripheral series of academic lectures, *Bursfelder Universitätsreden* No. 4, this time under a more Europeanist title *Voraussetzungen europäischer Rechtskultur* which, for the first time in Wieacker’s work, refers specifically to Europe. Only a few years later in 1990, the same lecture, now qualified as “the final version” of the original congress speech of 1983, was published in an American comparative law journal under the new title “Foundations of European Legal Culture”⁷⁶. This title was likely the choice of Wieacker’s translator and commentator Edgar Bodenheimer (1908-1991), a German jurist of Jewish extraction who emigrated to America as far back as 1933 to become – according to Wikipedia – a “German American author and professor”⁷⁷.

This same hesitancy that Wieacker displayed towards the concept of Europe, and to a certain extent towards related terms, is also visible in his impressive volume “A History of Private Law in Europe with particular reference to Germany”, a translation of the German original *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung*

⁷⁴ F. WIEACKER, *Grundlagen der Rechtskultur*, in S. JØRGENSEN et al. (eds.), *Tradition and Progress in Modern Legal Cultures*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* Beiheft 23 (1985) 176-190.

⁷⁵ F. WIEACKER, *Konstituentien der okzidentalischen Rechtskultur*, in O. BEHRENDTS et al. (eds.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstagstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach, 1985, 355-364.

⁷⁶ F. WIEACKER, *Foundations of European Legal Culture*, in *American Journal of Comparative Law* 38 (1990), 1-29.

⁷⁷ W.C. DURHAM JR., *Edgar Bodenheimer: Conservator of Civilized Legal Culture*, in M. LUTTER (ed.), *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, Tübingen, 1993, 127-143.

*der deutschen Entwicklung*⁷⁸. Once again, in this case it was only Tony Weir's translation, published in 1995, which inserted the word *Europe* into the title; a word still lacking in the 1967 German second edition. Moreover, within the *tour d'horizon* of "European Legal Families in the 20th century", the monograph contains merely a couple of pages about "the Anglo-Saxon systems of law" which⁷⁹, it might be added, seems not to be a particularly accurate way to identify English common law, notwithstanding this usage's popularity in Germany.

Benefiting from only slightly more extensive treatment in Wieacker's "History of Private Law" (= *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*), the medieval canon law is almost wholly confined to the concise introductory chapter⁸⁰. Beyond this, precious little of the subsequent canonistic tradition finds mention⁸¹. This is despite the fact that in medieval Europe, in England as much as on the continent, there was only one Church and one canon law; university curricula on both sides of the English Channel were equally dominated by the teaching of "both laws" (*utrumque ius*)⁸². This situation lasted until the reign of the Tudor dynasty (1485-1603) which, to put it succinctly, replaced canon law with Equity⁸³. However, canon law, needless to say, did not disappear suddenly from the legal life of England where it remained in force into the Post-Reformation era⁸⁴.

Undoubtedly, canon law, English common law, and, particularly from the 19th century on, the legal systems of Eastern, South-Eastern and Northern Europe, are all indispensable elements of any realistically

⁷⁸ 2nd ed., Göttingen, 1967.

⁷⁹ F. WIEACKER, *A History of Private Law in Europe with particular reference to Germany*, Oxford, 1995, 392-395, 393.

⁸⁰ F. WIEACKER, *A History of Private Law in Europe with particular reference to Germany*, cit., 47-54.

⁸¹ P. LANDAU, *Wieackers Konzept einer neueren Privatrechtsgeschichte. Eine Bilanz nach 40 Jahren*, in O. BEHREND, E. SCHUMANN (eds.), *Franz Wieacker Historiker des modernen Privatrechts*, Göttingen, 2010, 57-59; K. TUORI, *Empire of Law. Nazi Germany, Exile Scholars and the Battle for the Future of Europe*, cit., 216.

⁸² R.H. HELMHOLZ, *The ius commune in England. Four Studies*, Oxford, 2001.

⁸³ P. GROSSI, *A History of European Law*, cit., 78-80.

⁸⁴ R.H. HELMHOLZ, *Roman Canon Law in Post Reformation England*, Cambridge, 1990.

framed European legal history (tradition). Ignoring them would needlessly impoverish the study and teaching of the discipline. That tradition's story is not one of civil law, canon law, common law, and the laws of Eastern and Northern Europe, each understood in isolation from one another. It is rather the story of their mutual interaction. A foretaste is found in Coing⁸⁵, more unmistakably in Zimmermann, particularly in his paper on the European character of English law⁸⁶, and of course in Tamar Herzog. But substantially, this story still remains to be written.

Bibliography

- AUGSBERG, I., *Global Law Before the State? On Canon Law as a Transnational Regime*, in *Journal of Law and Society* 45 (2018) 270-286
- BERMAN, H.J., *Law and Revolution*, vol. I. *The Origins of the Western Legal Tradition*, Cambridge (MA)-London, 1983
- BUCKLAND, W.W., MCNAIR, A.D., LAWSON, F.H., *Roman Law and Common Law. A Comparison in Outline*, 2nd ed., Cambridge, 1952
- VAN CAENEGEM, R.C., *European Law in the Past and the Future. Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge, 2002
- COING, H., *Common Law and Civil Law in the Development of European Civilization*, in COING, H., NÖRR, K.W. (eds.), *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte*, Berlin, 1985, 31-41
- *Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet. Probleme und Aufbau*, in ID., *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, vol. II, Frankfurt a.M., 1982, 67-99
- *Die Bedeutung der europäischen Rechtsgeschichte für die Rechtsvergleichung*, in ID., *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, vol. II, Frankfurt a.M., 1982, 157-176

⁸⁵ H. COING, *Geschichtliche Grundlagen des Rechts im kontinentalen Europa und im Common Law*, in K.J. HOPT (ed.), *Europäische Integration als Herausforderung des Rechts*, Essen, 1991, 17.

⁸⁶ R. ZIMMERMANN, *Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law and common law*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1 (1993), 4-51.

- *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*, in ID., *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, vol. II, Frankfurt a.M., 1982, 137-156
- *Geschichtliche Grundlagen des Rechts im kontinentalen Europa und im Common Law*, in HOPT, K.J. (ed.), *Europäische Integration als Herausforderung des Rechts: Mehr Marktrecht – weniger Einzelgesetze*, Essen, 1991, 17-31
- *European Common Law. Historical Foundations*, in CAPPELLETTI, M. (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden-London-Boston, 1978, 31-44
- *The Roman Law as ius commune on the Continent*, in *The Law Quarterly Review* 89 (1973) 505-517
- *Von Bologna bis Brüssel. Europäische Gemeinsamkeiten in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, Bergisch Gladbach-Köln, 1989
- DAVIES, A., *England and Europe 1815-1914*, in BROMLEY, J.S., KOSSMANN, E.H. (eds.), *Britain and the Netherlands in Europe and Asia*, London, 1968, 37-55
- DORAN, S., *England and Europe 1485-1603*, 2nd ed., London, 1996
- DURHAM JR., W.C., *Edgar Bodenheimer: Conservator of Civilized Legal Culture*, in LUTTER, M. (ed.), *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, Tübingen, 1993, 127-143
- ELTON, G.R., *England and the Continent in the Sixteenth Century*, in *Studies in Church History Subsidia* 2 (1979) 1-16
- FASOLT, C., *Past Sense. Studies in Medieval and Early Modern European History*, Leiden-Boston, 2014
- GIARO, T., 'Comparemus!'. *Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 19, 2001, 539-567
- *Legal Historians and the Eastern Border of Europe*, in BEGGIO, T., GREBIENIOW, A. (eds.), *Methodenfragen der Romanistik im Wandel. Paul Koschakers Vermächtnis 80 Jahre nach seiner Krisenschrift*, Tübingen, 2020, 147-164
- *Medieval Canon Lawyers and European Legal Tradition*, in *Review of European and Comparative Law* 47 (2021) 157-187
- *More breaking news from Nazi times: Is the European legal tradition spurious?*, in *Studia Iuridica*, 95, 2022
- *Roman law always dies with a codification*, in DEBIŃSKI, A., JOŃCA, M. (eds.), *Roman Law and European Legal Culture. Cooperation of Universities Supporting the Development of the Lublin and Lviv Regions*, Lublin, 2008, 15-26

- *The Wave of Transfers: An East-European Chapter in the Civil Law Tradition*, in *Comparative Law Review* 14 (2023) 33-57
- *Transfers von Traditionen. Zum Rechtswechsel auf dem Balkan*, in *Studia Iuridica* 58 (2014) 95-104
- *Transnational Law and its Historical Precedents*, in *Studia Iuridica* 68 (2016) 73-85
- *Victims and Supporters of Nazism vis-à-vis Europe's Legal Tradition. A New Episode from the History of the Third Reich?*, in *Forum Prawnicze* 62 (2020) 67-86
- GIULIANI, A., *The Western legal tradition and Soviet Russia. The Genesis of H.J. Berman's Law and Revolution*, in ERKKILÄ, V., HAFERKAMP, H.-P. (eds.), *Socialism and Legal History*, London, 2021, 98-111
- GÖHRING, M. (ed.), *Europa – Erbe und Aufgabe. Internationaler Gelehrtenkongress*, Wiesbaden, 1956
- GROSSI, P., *A History of European Law*, Hoboken (NJ), 2011
- HACHE, J.-D., *Hommage à Jacques Leruez. Farewell to Jacques Leruez*, in *Revue Française de Civilisation Britannique* 24 (2019) 1-2
- HELMHOLZ, R.H., *The ius commune in England. Four Studies*, Oxford, 2001
- HERZOG, T., *A Short History of European Law. The Last Two and a Half Millennia*, Cambridge (MA)-London, 2018
- *European Law and the myths of a separate English legal system*, in *History and Policy Papers*, <http://www.historyandpolicy.org/policy-papers/papers/european-law-and-the-myths-of-a-separate-english-legal-system>
- HOBSBAWM, E.J., RANGER, T. (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1992
- HOFMANN, H., *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte*, 4th ed., Berlin, 2003
- JOHNSTON, D., ZIMMERMANN, R., *Unjustified enrichment: surveying the landscape*, in JOHNSTON, D., ZIMMERMANN, R. (eds.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge, 2004
- KORPIOLA, M., *Review of T. Herzog, A Short History of European Law*, in *Law and History Review* 38 (2020) 283-285
- KOSCHAKER, P., *Europa und das römische Recht*, 1st ed., München, 1947
- *Europa und das römische Recht*, 4th ed., München-Berlin, 1966
- KUMAR, K., *Britain, England and Europe: Cultures in Contraflow*, in *European Journal of Social Theory* 6 (2003), 5-23
- LANDAU, P., *Wieackers Konzept einer neueren Privatrechtsgeschichte. Eine Bilanz nach 40 Jahren*, in BEHREND, O., SCHUMANN, E. (eds.), *Franz Wieacker Historiker des modernen Privatrechts*, Göttingen, 2010, 49-74

- LANDWEHR, G., *Die Einheit der Rechtsordnung in der Rechtsgeschichte*, in SCHMIDT, K. (ed.), *Vielfalt des Rechts - Einheit der Rechtsordnung? Hamburger Ringvorlesung*, Berlin, 1994, 31-60
- LUCCHETTI, G., PETRUCCI, A., *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, vol. I, Bologna, 2010
- LUPOI, M., *Alle radici del mondo giuridico europeo*, Istituto Poligrafico dello Stato, 1994 = *The Origins of the European Legal Order*, Cambridge, 2000
- MONATERI, P.G., GIARO, T., SOMMA, A., *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005
- MULDOON, J., *The contribution of the medieval canon lawyers to the formation of international law*, in *Traditio* 28 (1972) 483-497
- PARGENDLER, M., *The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide*, in *The Yale Journal of International Law* 43 (2018) 143-189
- PENNINGTON, K., *The Big Bang: Roman Law in the Early Twelfth-Century*, in *Rivista internazionale di diritto comune* 18 (2007) 43-70
- RABEL, E., *Private Laws of Western Civilization*, in *Louisiana Law Review* 10 (1949) 1-14
- (REMCO) VAN RHEE, C.H., *Public Justice. Some Historical Remarks*, in UZELAC, A., VAN RHEE, C.H. (eds.), *Public and Private Justice*, Cambridge, 2007, 31-48
- ROWLANDS, I.W., WEILER, B.K.U., *England and Europe in the Reign of Henry III*, Farnham, 2002
- SCHNEIDMÜLLER, B., *Die mittelalterlichen Konstruktionen Europas*, in DURCHHARDT, H., KUNZ, A. (eds.), *Europäische Geschichte als historiographisches Problem*, Mainz, 1997, 5-24
- SCHULZE, R., *European Legal History – a new field of research in Germany*, in *The Journal of Legal History* 13 (1992) 270-295
- SEIPP, D.J., *The Reception of Canon Law and Civil Law in the Common Law Courts before 1600*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 13 (1993) 388-420
- SMITS, J., *The Making of European Private Law*, Cambridge, 2002
- SOEN, V. et al. (eds.), *Transregional Reformations. Crossing Borders in Early Modern Europe*, Göttingen, 2019
- TINTI, F., *Europe and the Anglo-Saxons*, Cambridge, 2021
- TUORI, K., *Empire of Law. Nazi Germany, Exile Scholars and the Battle for the Future of Europe*, Cambridge, 2020
- *The invention of the European legal tradition and the narrative of rights*, in *Journal of European Studies* 52 (2022) 204-218

- WEITZEL, J., *Das alte Reich und die neue Union*, in KOBLER, G., NEHLSSEN, H. (eds.), *Wirkungen europäischer Rechtskultur. Festschrift für Karl Kroeschell zum 70. Geburtstag*, München, 1997, 1347-1361
- WIEACKER, F., *A History of Private Law in Europe with particular reference to Germany*, Oxford, 1995
- *Die Stellung der römischen Rechtsgeschichte in der heutigen Rechtsausbildung*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* 6 (1939) 403-406
 - *Foundations of European Legal Culture*, in *American Journal of Comparative Law* 38 (1990) 1-29
 - *Grundlagen der Rechtskultur*, in JØRGENSEN, S. et al. (eds.), *Tradition and Progress in Modern Legal Cultures*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 23 (1985) 176-190
 - *Konstituentien der okzidentalischen Rechtskultur*, in BEHREND, O. et al. (eds.), *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach, 1985, 355-364
 - *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2nd ed., Göttingen, 1967
 - *review of P. Koschaker, Europa und das römische Recht*, in *Gnomon* 21 (1949) 187-193
 - *Vom römischen Recht. Zehn Versuche*, 2nd ed., Stuttgart, 1961
- WIFFELS, A., *Le ius commune européen: mythe ou référentiel indifférencié des discours sur la formation d'un droit européen?*, in BERNABÉ, B., CAMY, O. (eds.), *Les mythes de fondation et l'Europe*, Dijon, 2013, 87-101
- WILLOCK, I.D., *A Civil Lawyer Looks at the Canon Law*, in *International and Comparative Law Quarterly* 11 (1962) 89-107
- WINKLER, V., *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieackers „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ und die deutsche Rechtswissenschaft*, Hamburg, 2014
- WOLTER, U., *La réception du droit romain dans les pays germaniques à la fin du Moyen Age et ses répercussions sur la pensée juridique européenne – un psychogramme de la science de l'histoire du droit allemande des deux derniers siècles*, in *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* 13 (1992) 91-112

- ZIMMERMANN, R., *Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law and common law*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1 (1993) 4-51
- *Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe*, in HARTKAMP, A. et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, 4th ed., Alphen aan den Rijn, 2011, 27-53
 - *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001
- ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford, 1998.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)
2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)
3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)
4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)
5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)
6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)
7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)
8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)
9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)
10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)
11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)
12. *José Luis Guzmán D'Albora, Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)
24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)
25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)
26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)
27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)
28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)
29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)
30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)
31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)
32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)
33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)

36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Aspetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)
42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)
43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)
44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)
45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)
47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)
48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)
49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)
50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)
51. *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno. Trento, 25 settembre 2020* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/306972>)
52. *La giurisdizione penale del giudice di pace: un bilancio sui primi vent'anni* - (a cura di) MARCELLO Busetto, GABRIELLA DI PAOLO, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2021)
53. *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes* - (Ed. by) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI, ROBERTO TONIATTI (2021)
54. *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione. Atti del Convegno. Trento, 10 giugno 2021* - (a cura di) ANTONIO CASSATELLA, SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2021)
55. *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)
56. *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto. Atti del Convegno. Trento, 16-18 dicembre 2020* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)

57. *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

58. *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2022)

59. ANTONIO ARMELLINI - *L'Italia e la carta di Parigi della CSCE per una nuova Europa. Storia di un negoziato (luglio-novembre 1990)*. Introduzione di GIUSEPPE NESI. Postfazione di ETTORE GRECO. Con contributi di STEFANO BALDI, FABIO CRISTIANI, PIER BENEDETTO FRANCESE, NATALINO RONZITTI, PAOLO TRICHILO (2022)

60. *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2022)

61. *La specialità nella specialità* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

62. *L'amministrazione condivisa* - (a cura di) GREGORIO ARENA, MARCO BOMBARDELLI (2022)

63. *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO (2022)

64. *L'attuazione della procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO, ROSANNA BELFIORE, TOMMASO RAFARACI (2022)

65. *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo* - (a cura di) ELIANA AUGUSTI, SIMONE PENASA, STEFANO ZIRULLIA (2022)

66. *Trasporto pubblico locale in fase pandemica e post-pandemica: alla ricerca del diritto alla mobilità in condizioni di sicurezza e di sostenibilità economica. Atti del Seminario. Trento, 5 aprile 2022* - (a cura di) ALESSIO CLARONI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/376915>)

67. *Salute e carcere* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2023)

68. *La responsabilità da reato degli enti nel contesto delle cooperative agricole e vitivinicole. Atti del Convegno. Trento, 2 dicembre 2022* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, ENRICO PEZZI (2023)

69. *Percorsi interculturali* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/384871>)
70. *Il diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale. Atti delle Lectiones Magistrales di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona in occasione della inaugurazione dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6 aprile 2022* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2023)
71. *Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto. Atti del Convegno. Trento, 16 e 17 settembre 2022* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, TERESA PASQUINO, GIANNI SANTUCCI (2023)
72. *Giuristi d'impresa. La lettura del bilancio* - GIANLUCA CHIARIONI (2023)
73. *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie. Atti del Convegno. Trento, 24 e 25 marzo 2023* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2023)
74. *Il processo di riforma costituzionale cileno 2019-2023. Profili penalistici* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, CARLOS CABEZAS, EMANUELE CORN (2023)
75. *The Making of European Private Law: Changes and Challenges* - (ed. by) LUISA ANTONIOLLI, PAOLA IAMICELI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/401105>)
76. *Il giudice di pace nel quadro delle riforme* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI, TERESA PASQUINO (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/404351>)
77. *COVID-19 Litigation. The Role of National and International Courts in Global Health Crises* - (ed. by) PAOLA IAMICELI, FABRIZIO CAFAGGI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/406169>)
78. *Trasformazioni della giustizia. Norme, organizzazione, tecnologie* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO (2024)
79. *Numérique & Environnement. Université d'été franco-italienne, Actes du colloque, 6-8 Juillet 2022, Université de Limoges* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, MONICA CARDILLO, FULVIO CORTESE, LOUIS DE CARBONNIÈRES, FRANTZ MYNARD, CINZIA PICIOCCHI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/409990>)

80. *Trento e la comparazione giuridica: voci, esperienze, riflessioni. Dalla testimonianza di Rodolfo Sacco e Mauro Cappelletti* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, FULVIO CORTESE, ELENA IORIATTI, BARBARA MARCHETTI (2024)

81. *Il ruolo del Consiglio nella forma di governo delle autonomie speciali alpine: valorizzare e innovare* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANFRANCO POSTAL, ROBERTO TONIATTI (2024)

82. *Beni a titolarità collettiva e sfruttamento della risorsa idrica. Il caso della Magnifica Comunità di Fiemme* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, DAMIANO FLORENZANO, FLAVIO GUELLA, GIANFRANCO POSTAL (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/412031>)

83. *Ricerca in sanità e protezione dei dati personali: scenari applicativi e prospettive future. Atti del convegno, Trento 29 settembre 2023* - (a cura di) ELISA CHIZZOLA, PAOLO GUARDA, VERONICA MARONI, LUIGI RUFO (2024)

84. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 5. Una parola buona. Retorica e valori nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/421390>)

85. *Prospettive di superamento del voto "tradizionale". Modelli di voto alternativi alla prova della compatibilità costituzionale* - (a cura di) ALESSANDRO DE NICOLA, VINCENZO DESANTIS (2024)

86. *Le transizioni e il diritto. Atti delle giornate di studio. 21-22 settembre 2023* - (a cura di) SIMONE FRANCA, ALESSANDRA PORCARI, SERGIO SULMICELLI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/434970>)

87. *Lo studio dei papiri nei rivolgimenti metodologici della romanistica tra il 1860 e il 1960* - (a cura di) CHRISTIAN BALDUS, MASSIMO MIGLIETTA, TOMMASO BEGGIO, FILIPPO BONIN (2024)

88. *Il meccanismo unico di vigilanza: un bilancio dopo i primi dieci anni* - (a cura di) ANDREA MAGLIARI (2024)

89. *Stupefacenti e tossicodipendenza. Trattamento sanzionatorio, carcere e misure alternative* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2024)

90. *Mediare, riparare, conciliare. Giustizia riparativa e consensuale nel procedimento davanti al giudice di pace. Atti del Convegno. Trento, 3 maggio 2024* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://iris.unitn.it/handle/11572/441032>)

91. *The teaching of Roman law in the 20th century: challenges and perspectives* - (a cura di) PAUL DU PLESSIS, TOMMASO BEGGIO (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/441270>)

