

**Kritik** critique

**Marietta Auer**

## Hundert Klassiker der Weltliteratur\*

Christoph Möllers, Leibniz-Preisträger des Jahres 2016, hat eine Theorie der Normen vorgelegt. Diese entfaltet einen philosophisch fundierten zweiteiligen Normbegriff, bestehend »aus einer Möglichkeit und einer Markierung, die die Verwirklichung dieser Möglichkeit affirmiert« (125). Die entscheidende Funktion von Normen liegt nach Möllers im ersten Element, nämlich in der Verweisung auf mögliche alternative Weltzustände. Normen sind soziale Praktiken, die der Sichtbarmachung von unausgeschöpften sozialen Möglichkeiten dienen. Ihre Pointe besteht darin, dass sie diese Funktion gerade durch die Ermöglichung von Normbrüchen erfüllen. Denn Normbrüche ändern grundsätzlich nichts am normativen Fortbestand der gebrochenen Norm als Maß möglicher alternativer Wirklichkeiten. Dies gilt namentlich in demokratischen Verfassungsordnungen, deren ideale normative Ansprüche letztlich »nicht vollständig zu erfüllen sind« (424) und die daher üblicherweise institutionalisierte Verfahren der Kritik an ihrem eigenen Normversagen vorsehen. So betrachtet, können Normen – mit Möllers gegen Luhmann – soziale Zustände nicht nur stabilisieren, sondern auch destabilisieren. Alles eine Frage des »Möglichkeitssinns« – so Möllers mit Robert Musil (368, 447 u. ö.).

In einer der ersten Rezensionen zu Möllers' Werk wurde daraus listig geschlossen, Möllers' Modell demokratischer Normativität müsse in politisch existentiellen Fragen wie der aktuellen Flüchtlingskrise oder der Euro-Krise folglich auch den Möglichkeitssinn derjenigen berücksichtigen, deren abweichende Meinung derzeit als außerhalb des demokratischen Komments stehend und damit als gerade nicht normativ berücksichtigungsfähig wahrgenommen werde.<sup>1</sup> Doch das ist sicherlich nicht das, was Möllers intendiert. Im Gegenteil kommt seine eigene normative Haltung im gesamten Werk trotz seiner erklärten Absicht, einen dezidiert »nichtnormativen Begriff von Normativität« (65) formulieren zu wollen, immer wieder

deutlich zum Ausdruck. Möllers bietet entgegen dem, was der Titel des Buches erwarten lässt, keine strikt nichtlegitimatorische Theorie sozialer Normen, sondern etwas, das sich eher als Kulturtheorie des demokratischen Verfassungsstaats mit philosophischem Überbau beschreiben lässt. Besonders deutlich tritt das in den Schlusskapiteln des Werks zutage, wo Möllers eine »idealtypische Genealogie der Verselbständigung des Normativen« (405) entwickelt, die dreistufig, ja geradezu dialektisch von der Erfahrung der Enttäuschung normativer Erwartungen über die erfahrungsübersteigende Verselbständigung einer »soziale[n] Imagination in Politik oder Kunst« (406) bis hin zur finalen Einsicht in die Gestaltbarkeit und Nutzbarkeit von Normen als Mittel sozialer Veränderung voranschreitet. Das Ende der normativen Weltgeschichte scheint damit erreicht zu sein, denn »es ist nicht zu erkennen, dass diesen stark idealisierten Abfolgen in der Gegenwart eine vierte Stufe folgt« (408). Das Schicksal der normativen Unerreichbarkeit des demokratischen Idealzustands ist unausweichlich. Der realen Gesellschaft bleibt die Aufgabe, zwischen »Über-« und »Unternormativierung« (450), also zwischen zu anspruchsvollen ebenso wie zu anspruchlosen normativen Erwartungshaltungen aristotelisch-klug hindurchzusteuern. Bei alledem bewahren Normen stets einen Hauch der idealen Welt, der sie entstammen; nie sind sie nur »Mittel zum Zweck«, denn »wenn Normen nur Mittel zum Zweck sind, bleibt ungeklärt, warum nicht Ursachen anstelle von Normen verwendet werden« (398, vgl. auch 448 f.).

Spätestens an dieser Stelle wird man allerdings stutzig. Kausalgesetze als Alternative zu Normen? Menschen als Billardkugeln? Soziale Regeln als Stoßgesetze? Möllers scheint nicht nur der Auffassung zu sein, dass Normativität und Kausalität abschließende und gleichzeitig austauschbare Alternativen zum Anstoß von Handlungsverläufen in der Welt darstellen, sondern vor allem, dass Normativität verglichen mit Kausalität insoweit stets

\* CHRISTOPH MÖLLERS, *Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität*, Berlin: Suhrkamp 2015, 461 S., ISBN 978-3-518-58611-2

1 MICHAEL PAWLIK, *Demokratie lebt nicht vom großen Zusammenhalt*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 16.12.2015, 10.

der voraussetzungsreichere Weg sei. Das trifft jedoch nicht zu. Dazu genügt es, sich kurz vorzustellen, was es bedeuten würde, etwa jede freiwillige Vertragserfüllung durch physische Gewalt zu ersetzen. Das Bild von der Funktion des Normativen in der Tatsachenwelt, das Möllers hier zeichnet, erscheint so eigenwillig, dass sich die Frage stellt, was er eigentlich meint, wenn er von Normen oder gar – der Zielsetzung seines Werks entsprechend – von sozialen Normen spricht. Ist Möllers' Normdefinition diesem Begriff wirklich angemessen?

Nehmen wir ein Beispiel: Von meinem Fenster aus sehe ich eine Eisdiele. Immer, wenn ich aus dem Fenster schaue, habe ich Lust, aufzustehen, hinüberzugehen und ein Eis zu essen. Dass ich das tun könnte, ist offensichtlich eine realisierbare Möglichkeit. Da ich immer Lust habe, Eis zu essen, ist die Verwirklichung dieser Möglichkeit auch im Sinne von Möllers »positiv markiert«, denn für das Vorliegen eines solchen »Realisierungsmarkers« ist es lediglich erforderlich, dass die Verwirklichung der Möglichkeit durch die Markierung »positiv besetzt« ist (156). Besteht also eine soziale oder überhaupt eine Norm, die mich verpflichtet, täglich oder gar bei jedem Blick aus dem Fenster Eis zu essen? Wohl kaum. Wo liegt also das Problem von Möllers' Normbegriff? Zunächst einmal lässt er sich nicht dadurch konkretisieren, dass man in die Begriffsbestimmung der »positiven Markierung« die versteckte Bedingung einführt, diese zeige an, dass sich die gekennzeichnete Möglichkeit verwirklichen »soll« (14) – denn das wäre ja gerade zu begründen. Was bedeutet es also genau, dass etwas geschehen »soll«? Mit der bloßen positiven Markierung einer Möglichkeit ist die spezifische »Gesolltheit« des Sollens offenbar unzureichend beschrieben. »Möglichkeit« ist eine ontologische Seinskategorie, die keinen unvermittelten Übergang zu den deontischen Modalkategorien des »Gebotenen« oder »Erlaubten« ermöglicht.<sup>2</sup> Das gilt auch dann, wenn man wie Möllers durch die »positive Markierung« einen evaluativen Zwischenschritt einfügt, der aus dem Dualismus von Sein und Sollen einen versteckten neukantiani-

schen Trialismus von Sein, Sollen und Werten macht. Auch dann wäre der Übergang von einer bloß positiven Bewertung einer Möglichkeit zum Gebot ihrer Verwirklichung eigenständig begründungsbedürftig, selbst wenn man das wie Möllers bezweifelt, indem man beides unterschiedslos als »Norm« bezeichnet (402 f.).

Nun kann man das auf der Grundlage metaethischer Spekulationen natürlich auch anders sehen. Auf solche will sich Möllers allerdings – und das zu Recht – gar nicht erst einlassen, sondern lieber »metaethisch promisk« bleiben (399). In der Tat wäre es für eine Theorie sozialer Normen, die für die Rechts- und Sozialwissenschaften anschlussfähig sein will, sinnvoll, sich insoweit nicht von philosophischen Grenzproblemen abhängig zu machen. Unter diesem Blickwinkel betrachtet liefert dann allerdings Möllers' hauptsächliches Anliegen, sich von solchen philosophischen Theorien des Normbegriffs abzusetzen, die Normen wesentlich als »Gründe« für individuelle Handlungen deuten und angeblich immer gleich nach deren Rechtfertigung fragen (23 ff., insbes. 35 ff.), nur begrenzten Ertrag für die in Aussicht gestellte Theorie sozialer Normen. Abgesehen davon, dass die Bedeutung dieser Theorien genau darin liegt, die metaethische Qualität des »Sollens« zu erklären, die in Möllers' eigener Theorie ungeklärt bleibt, trifft es nicht zu, dass ein Grund, der eine Handlung motiviert und damit als Ausdeutung der Befolgung eines Gebots zur Vornahme dieser Handlung verstanden werden kann, diese immer zugleich auch normativ rechtfertigt. Weder sind Gründe immer notwendig gute oder moralische Gründe, noch ist moralisch oder sonst begründetes immer zugleich ethisch gerechtfertigtes Handeln. Zwischen Normativität, Moralität und ethischer Rechtfertigung besteht kein notwendiger Zusammenhang,<sup>3</sup> so dass es auch weder möglich noch sinnvoll ist, kategorisch zwischen moralischen und sozialen Normen zu unterscheiden, um zur beanspruchten nichtlegitimatorischen Theorie sozialer Normativität zu gelangen (351 ff. u. ö.).<sup>4</sup> Nehmen wir an, ich fühle mich aufgrund meiner am kategorischen Imperativ ausgerichteten persönlichen

2 Zur kategorischen Einordnung der Möglichkeit IMMANUEL KANT, Kritik der reinen Vernunft, Akademie-Textausgabe Bd. IV, Berlin 1903, 66.

3 Zur Unterscheidung und Terminologie DIETMAR VON DER PFORDTEN,

Rechtsethik, 2. Aufl., München 2011, 63 ff.

4 Eine andere Frage ist deren Abgrenzung aus moralphilosophischer Sicht etwa im Sinne von IMMANUEL KANT, Die Metaphysik der Sitten, Akade-

mie-Textausgabe Bd. VI, Berlin 1907, 214, auf die es für die von Möllers verfolgten Zwecke aber nicht ankommen sollte.

moralischen Haltung verpflichtet, die Eisdielen zu unterstützen, da sie Bio-Eis aus ökologisch nachhaltiger regionaler Produktion anbietet. Diese Tatsache schließt es keineswegs aus, dass ich damit zugleich im Einklang mit der in meiner sozial avancierten Gemeinschaft geltenden, dort aber rein modisch motivierten sozialen Norm handle, sich ökologisch nachhaltig zu ernähren. Moralische und soziale Normen müssen nicht, können aber inhaltlich ebenso koinzidieren wie moralische oder soziale Normen und Rechtsnormen, ohne dass wiederum irgendeine dieser Normen zugleich den Anspruch auf Rechtfertigung oder »Richtigkeit« erheben könnte.

Was also sind soziale Normen? Die erhoffte Antwort auf diese Frage fällt letztlich vage aus. Benimmregeln ebenso wie religiöse Gebote und gewisse ästhetische und modische Standards zählen offenbar dazu, desgleichen Rechtsnormen und Verfassungsgebote,<sup>5</sup> aus deren methodischer Reflexion Möllers sinnvolle Anregungen für eine allgemeine Theorie sozialer Normen beziehen will. Was aber ist das »Soziale«, das all diese Normen verbindet? Um unser Beispiel ein letztes Mal aufzugreifen: Nehmen wir an, dass ein Kollege an meine Bürotür klopft und mich zum Eisessen einlädt. Nehmen wir weiter an, dass er das nicht nur heute, sondern regelmäßig tut, weil an meiner Fakultät die übliche Praxis besteht, alle wichtigen Entscheidungen beim gemeinsamen Eisessen vorzubereiten, so dass meine Anwesenheit erwartet und mein Fehlen als Pflichtvergessenheit gedeutet wird. Möllers ist nun der Auffassung, dass die metaethischen Theorien, die Normen als Gründe für individuelle Handlungen deuten, nichts zur Aufklärung der spezifisch sozialen Normativität dieser und ähnlicher Situationen beitragen können, weil sie aufgrund ihres auf Handlungen fixierten methodischen Individualismus notwendig zur blickwinkelverzerrenden Verflüchtigung des Sozialen aus der Theorie des Normativen führen müssten, was in der praktischen Philosophie schließlich »unter der Hand« in einen unhinterfragten normativen Individualismus umschlage (33 f., 376 ff., 403, 429 u. ö.).

Auch dem ist jedoch weder in der Voraussetzung noch in der unterstellten Konsequenz zu folgen; Letzteres schon deswegen nicht, weil es eine notwendige Verbindung zwischen methodischem und normativem Individualismus ebenso wenig gibt wie zwischen faktischer Moral und normativer Ethik. Der normative Individualismus in der praktischen Philosophie folgt weder »aus dem Begriff der Norm« (403) noch aus der »Setzung der Handlung als theoretische Basiseinheit« (33 f.).<sup>6</sup> Vor allem jedoch stellt der auf den Handlungsbegriff bezogene methodische Individualismus in den Sozialwissenschaften völlig unabhängig von normativen Rechtfertigungsansprüchen eine reflektierte methodische Haltung dar.<sup>7</sup> Dass es so etwas wie ein »Soziales« gibt, obwohl oder gerade weil jedes Individuum jederzeit individuell auch anders handeln könnte, ist das Grundproblem, das jeder ernstzunehmenden sozialwissenschaftlichen Theorie aufgegeben ist. Möllers müsste, wenn er diesen Ausgangspunkt zurückweisen will, zeigen, was er alternativ anzubieten hat, ohne sich auf »ontologisch verquere Gebilde« respektive »ontologisch obskure Einheiten« (379 f.) als theoretisch basale Annahme einzulassen. Mit dem bloßen Verweis auf die Notwendigkeit einer »Autorisierung« sozialer Normen als Voraussetzung ihrer Kenntlichmachung ist es jedenfalls nicht getan (400 f. u. ö.). In unserem Beispiel erschöpft sich der normative Geltungsanspruch des gemeinsamen Fakultätseisessens etwa gerade nicht in der freundlichen Einladung des Kollegen, der diese Übung weder ins Leben gerufen hat noch mir gegenüber zu ihrer Kenntlichmachung oder gar Durchsetzung ermächtigt oder verpflichtet ist.

Kehren wir damit zu Möllers' Ausgangspunkt zurück: Letztlich geht es hier um etwas ganz anderes, nämlich um eine in ein Kaleidoskop von gesellschafts- und kulturwissenschaftlichen Erkenntnissen eingebettete Theorie regelgeleiteten menschlichen Verhaltens im modernen Verfassungsstaat, deren Lektüre von dem bereits erwähnten Vorrezensenten geradezu als »streckenweise einem intellektuellen Abenteuerurlaub« gleichend beschrieben wurde.<sup>8</sup> Dem können wir nur zustim-

5 Das ist nicht selbstverständlich. Zur terminologischen Abgrenzung von sozialen Normen und Rechtsnormen etwa THOMAS RAISER, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl., Tübingen 2013, 177 ff.

6 Zur ethischen Rechtfertigung des normativen Individualismus VON DER PFORDTEN (Fn. 3) 305 ff.

7 Für die Soziologie nur MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, hg. v. JOHANNES WINCKELMANN, 5. Aufl.,

Tübingen 1972, § 1, 1 ff.; für die Ökonomie KENNETH J. ARROW (1994), *Methodological Individualism and Social Knowledge*, in: *American Economic Review* 84, 1 ff.

8 PAWLIK (Fn. 1) 10.

men. So erfährt man bei Möllers auch viel Vergnügliches etwa über gefälschte Regeln englischer Schuhmode (251), über die Frage, ob Gott am sechsten Tage besser nur die Frau geschaffen hätte (305), über die Länge von Modezyklen und die Notwendigkeit, die Mode dem Alter des Trägers anzupassen (327) oder schließlich über die heutige Funktion populärer Literatur- und Kunstkanons

»à la ›hundert Klassiker der Weltliteratur« (256). In diesem Sinne: Man nehme Möllers' Buch, packe es zu den hundert Klassikern der Weltliteratur und begeben sich damit auf intellektuellen Abenteuerurlaub. Vielleicht ergibt sich dabei ja auch noch – ganz spontan und nichtnormativ – die Möglichkeit, ein Eis zu essen. ■

**Matthias Schwaibold**

## GoA – Geschichte ohne Ansicht\*

Die nachfolgenden Zeilen sind keine Rezension im eigentlichen Sinne: 1522 Textseiten mit 8063, teilweise seitenfüllenden Fussnoten zu lesen, können weder Autor noch Verlag ernsthaft von irgendwem erwarten, und selbst derjenige, der berufsmässig solche Lektüre betreiben kann oder soll, ist damit doch schnell einmal überfordert. Dass es einem in der Praxis tätigen Juristen – der Verfasser führt inzwischen den Professorentitel, war bzw. ist gemäss Buchumschlag Amtsrichter, Staatsanwalt bzw. Richter am Landgericht – gelungen ist, ein solches Werk überhaupt zu verfassen, nötigt zwar Respekt ab, aber ruft zugleich nach der Frage: Wäre weniger nicht mehr gewesen? Bedarf es dieses Umfangs, um das, was man zu sagen hätte, zu sagen? Der Unterzeichnete kann darauf nach dem eingangs Gesagten gerade keine Antwort geben, kommt aber nicht umhin, diese Frage durchaus bewusst zu stellen.

Versuchen wir trotzdem, uns dem Inhalt zu nähern: Zu diesem Zwecke wurden Vorwort und Einleitung (Bd. 1, 11–39) sowie der 5. Teil (»Schluss«, Bd. 2, 683–743) zwar genau, wenn auch ohne intensives Studium der dort ebenfalls

reichlich vorhandenen Fussnoten, gelesen, während alles dazwischen – mithin das allermeiste – lediglich angelesen, durchgeblättert oder schlicht überblättert wurde. Deshalb referieren wir zuhanden der Leser dieser Notiz, was das Inhaltsverzeichnis dem Leser der beiden – missverständlich ihrerseits als »Teile« 1 und 2 bezeichneten – Bände verspricht. Selbstredend lassen wir die weitere Feingliederung aller nachgenannten Unter-Teile beiseite. Der 1. Band enthält 3 Teile: Teil 1 steht unter dem Titel »Die Verrechtlichung der gesellschaftlich gebotenen Hilfe unter anderem im Rechtsinstitut der *negotiorum gestio*« und ist weiter eingeteilt in »Einleitung«, »Rahmenbedingungen« und »Entstehung der *negotiorum gestio*« (hier nachfolgend nur noch *n.g.*). Teil 2 enthält unter dem Titel »Grundtatbestand der *n.g.*« die sechs Unter-Teile »Faktizität der *n.g.*«, »Das »fremde Geschäft (*negotium alterius*)«, »Fremdgeschäftsführungswille (*animus negotia alterius gerendi*)«, »Subsidiarität der *actiones negotiorum gestorum*«, »Abgrenzung der *n.g.* zum konsensualen Auftrag« und »Die sog. echte, berechnete *n.g.*« Hier werden römische und moderne Bestimmungen zum jeweiligen Untertitel-

\* GUNTER DEPPENKEMPER, *Negotiorum gestio* – Geschäftsführung ohne Auftrag. Zu Entstehung, Kontinuität und Wandel eines Gemeineuropäischen Rechtsinstituts (Schriften zum Internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung Band 36), Göttingen: V&R unipress 2014, 1526 S. (2 Bände), ISBN 978-3-8471-0293-9 (zusätzlich nur online zugänglich: 212 S. Literaturverzeichnis)

Thema behandelt, wobei offen bleiben muss, wie weit hier Wiederholungen gegenüber Teil 1 vorliegen. Teil 3 behandelt die »Systematische Stellung der *n.g.*« mit den sechs Unter-Teilen »Systembildung im römischen Recht?«, »Systematisierung bei Gaius«, »Konsenstheoretische Deutung/Quasi-vertragstheorie«, »*n.g.* als Verpflichtung »*ex lege*«, »Kritik (Überblick)/Alternative »Vertrauenstheorie« und schliesslich »Stellung der *n.g.* in den Gesetzen bzw. Entwürfen seit dem ALR.« Die Behauptungen über »systematisches« Denken der römischen Juristen (681 ff.) hält der Unterzeichner für unzutreffende Rückwärts-Überlegungen aus der modernen Rechtswissenschaft zurück: Wir haben keine belastbaren Belege dafür in dem, was uns als Quellen erhalten blieb. Es erschliesst sich auch nicht, warum es jetzt genau nötig erscheint, den Gaius als grossartigen Systematiker des römischen Rechts darzustellen. Ob man jetzt neben die drei Entstehungsquellen von Verbindlichkeiten (Gesetz, Vertrag und Delikt) auch noch das Quasi-Delikt oder den Quasi-Vertrag schiebt, ist zwar als Gegenstand rechtsgeschichtlicher Betrachtung interessant, aber ansonsten belanglos, weil vom jeweiligen Gesetzgeber längst entschieden. Band 1 endet mit der Darstellung des »Platzes«, welchen die *n.g.* in den Kodifikationen ab dem ALR fand. Band 2 enthält den langen, rund 670 Seiten umfassenden Teil 4 »Pflichtenprogramm bei der *n.g.*« mit den vier Unter-Teilen »Privilegierter Aufwendungsersatzanspruch des *gestor*«, »Ansprüche bei Genehmigung der Geschäftsführung durch den *dominus*«, »Sanktionierung: Haftung des *gestor*« und zuletzt »Rechenschaft und Bereicherungsausgleich«. Auch hier nimmt das römische Recht neben der Darstellung der »geltenden« Rechte einen derartigen Umfang ein, dass es schwer vorstellbar scheint, dass hier nicht Wiederholungen gegenüber dem 1. Band enthalten sind. Der 5. Teil trägt den schlichten Titel »Schluss« und fasst in seinen 8 Unter-Teilen die wesentlichen Erkenntnisse der über 1400 vorangehenden Seiten zusammen.

Ausgangspunkt der Betrachtungen ist der Entwurf einer »Study Group on a European Civil Code« zur *n.g.* von 2006 (Bd. 1, 15 f.). Während dieser Entwurf offensichtlich eine gründliche rechtsvergleichende Darstellung der geltenden Regelungen ist, geht es dem Autor insbesondere um deren historische Vertiefung; eine »neue Theorie der *n.g.*« war nicht beabsichtigt (Bd. 2, 727). Dargestellt wird das kontinentaleuropäische Recht,

wenn auch ohne die skandinavischen Rechte (so dann Bd. 1, 23 Fn. 39); entsprechend bleibt das *common law* weitgehend ausser Acht (29 ff.). Gegenstand der Darstellung ist die *n.g.*, wie wir sie einerseits aus dem römischen Recht, andererseits aus der Entwicklung seit dem Ausgang des 18. Jahrhunderts kennen; mithin wird auf die vielen Jahrhunderte der Rezeption bzw. des gemeinen Rechts weitestgehend nicht eingegangen und es springt die Betrachtung aus der (Spät-)Antike in die fortgeschrittene Neuzeit (12, 38 f.). Das ist für einen »Sekundärromanisten«, wenn wir den Autor frech so kategorisieren dürfen, einerseits typisch, andererseits auch völlig unschädlich, wenn man sich sein »Ziel«, »Programm« oder seinen »Anspruch« vor Augen hält – nämlich die historischen und rechtsvergleichenden Grundlagen für einen rationalen Diskurs über eine zukünftige, gesamt-europäische Regelung zu schaffen (11). Ob es dazu allerdings der ausführlichen Betrachtung über die Bedeutung der »Freundschaft« in der römischen Gesellschaft und ihrer philosophischen Herleitung von den Griechen (23 ff. und v. a. 39–141) bedarf, darf man füglich bezweifeln: Freundschaft ist kein Rechtsbegriff, und wenn sich zwei über Aufwendungsersatz vor Gericht streiten, ist es nach aller Erfahrung mit der Freundschaft – so sie bestand – dahin. Dass zur *n.g.* des römischen Rechts eigentlich alles gesagt ist, bemerkt der Autor selbst (20), hält es aber – richtigerweise – für nützlich (wenn nicht sogar geboten), die geltenden und die römischen Regelungen dahingehend zu untersuchen, ob bzw. was sie für eine künftige Regelung in einem »europäischen« Zivilrecht beitragen können. Ob es dazu tatsächlich einer derart umfangreichen Darstellung des römischen Rechts bedarf, wie sie dann ein erstes Mal mit Seiten 141–240 erfolgt, aber auch in der Folge immer wieder aufgegriffen wird, bleibe dahingestellt. Deren einlässliche bzw. kritische Betrachtung wird hier nicht versucht. Im Mittelpunkt der Darstellung vor allem des 4. Teils (= Bd. 2) stehen die römisch-rechtlichen und die positiv-rechtlichen Regelungen in Kontinentaleuropa, soweit sie zur *n.g.* bestehen, und die Herausarbeitung ihrer (doch ganz überwiegenden) Gemeinsamkeiten, die wiederum relativ einfach zu erklären sind: Weil sich die Gesetzgeber der Kodifikationen am Wortlaut der römischen Quellen orientiert haben, schufen sie allein schon dadurch erhebliche Übereinstimmung der Normen, zudem scheint sich generationen- und nationenübergreifend kein ausgeprägter Wille zu

Originalität bzw. Eigenständigkeit entwickelt zu haben. Die n.g. regelt das bewusste Führen eines fremden Geschäfts und die daraus von Gesetzes wegen folgenden Aufwandsatz- bzw. Haftungsfolgen, und die sind ausser in Randbereichen deckungsgleich.

Der Schlussteil enthält zwar wohltonende und schwer theorielastige, aber ersichtlich unoriginelle Ausführungen über die sozialintegrativen Funktionen rechtlicher Verhaltenspflichten (Bd. 2, z. B. 687–690), die keinerlei spezifischen Bezug zum Thema haben, sondern vermutlich über jede (zivil-, straf-, verwaltungs- oder sonstige) rechtliche Regelung so gesagt werden können. Daneben fasst er die wesentlichen Erkenntnisse über das »Fremdgeschäftsführungsbewusstsein« – welchen Ausdruck wohl nur die deutsche Sprache zu schaffen in der Lage ist –, über den erfolgsunabhängigen Aufwandsersatz oder auch weniger überzeugende Ergebnisse zur »rechtsökonomischen Prüfung« zusammen, die zuvor an anderen Stellen entwickelt worden waren. Dass die n.g. eine »glatte Karriere« (728) von den römischen Klassikern bis in die Gesetze der Gegenwart gemacht hat, ist sicher vom Ergebnis her richtig beobachtet – aber den römischen Magistraten zu unterstellen, ihre Rechtsprechung hätte der Herstellung eines freien Marktes und eines funktionierenden Warenverkehrs gedient, ist sicher ganz abwegig (so aber 728); die – vollkommen – richtige Feststellung, dass in den Quellen zur n.g. nichts von »selbstlosem Altruismus« zu lesen ist (729), belegt, dass die langen und mit Fussnoten überfrachteten Ausführungen zur »amicitia« eben doch nichts zum Verständnis unserer römischen Quellen haben beitragen können. Und noch weniger kann ein »Primärromanist« den »Sekundärromanisten« verstehen, wenn der – wie schon auf Seite 728 angedeutet – auf Seite 730 davon schreibt, zentrale Prinzipien wie die Vertragsfreiheit, die Privatautonomie und die Verfügungsgewalt über Wirtschaftsgüter seien im Grundsatz im römischen Recht so bekannt gewesen wie im 19. Jahrhundert: Da dürfte eine mehrfach verschobene Optik den richtigen Blick auf die praktischen Folgen der Sklavenwirtschaft, der Hausgewalt und vor allem den Formzwang im Vertrags- und noch mehr im Prozesswesen verstellen und ein geschöntes Rest-Bild entstehen lassen, das dann auch noch bruchlos (der Autor ist konsequent) den »homo oeconomicus« in die Zeiten der Hochklassiker zurücktransponiert.

Dass der Autor grundsätzlich die bestehenden Regelungen für zukunftstauglich hält, ist nicht erstaunlich. Allerdings ist die Unbestimmtheit, mit der er auch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der n.g. auf die »echte« bzw. »echte und berechnete« Geschäftsführung für vertretbar hält, ja sogar den gänzlichen Verzicht auf eine besondere Regelung, dann doch wieder eher verwunderlich: Was soll nun gelten, wenn doch alles geht (734–737)? Wenig überzeugend ist schliesslich der Optimismus, der aus den Seiten 738–743 bezüglich der dogmatischen Gestaltungskraft historischer Argumente bei der Anwendung neuer, paneuropäischer »Begrifflichkeit« spricht: Dass man englische Ausdrücke wie »fair« oder »reasonable« länderübergreifend bzw. europaweit auf diesem Wege wieder juristisch »bändigen« könne, um es einmal so auszudrücken, hält der Unterzeichnete für schlichtes Wunschdenken, worüber die wortreichen, aber substanzarmen Satzungen dazu nicht hinwegtäuschen können, und schon gar nicht kann das Schlusszitat aus Kants »Metaphysik« das Erhoffte bewirken.

Der »Primärromanist«, als welchen sich der Unterzeichnete keck bezeichnen würde, hat seine Mühe mit der Zitierung der römischen Quellen, nicht nur den Novellen und dem Codex, sondern vor allen der Digesten: Die werden in umständlicher Weise nicht in der modernen Form (Buch, Titel, Lex, Paragraph) angeführt, sondern es werden auch noch der jeweilige »Autor« und das »Werk« (also z. B. Ulpian, Ediktskommentar) genannt, wofür nun wirklich kein Grund ersichtlich ist. Schon gar nicht können die zwei vereinzelt Digestenstellen D. 3,5,5,8 und D. 3,5,5,35 etwas Positives zur rechtlichen Bedeutung der Freundschaft belegen (missverständlich insoweit die Fn. 190 auf Seite 57; besonders befremdlich dann dort, wie eine Novellenstelle zitiert wird). Es mag beckmesserisch erscheinen, angesichts des gewaltigen Umfangs des Buches noch einzelne Missgeschicke hervorzuheben – aber das dient vor allem dazu, den Lesern dieser Zeilen zu zeigen, dass auch beim Überblättern auf Details geachtet wurde. So müsste es in Bd. 1 auf Seite 40 *maleficium* (und nicht »malificium«) heissen; abschreckend ist nicht nur die Zahl der Fussnoten, sondern häufig auch deren Umfang: So erstreckt sich z. B. die Fn. 340 über die Seite 81 unten, die ganze Seite 82, die ganze Seite 83 bis auf Seite 84 – und deren Thema ist die Frage, wo man Cicero philosophisch einordnet; viele weitere Fussnoten sind mit langen (lateinischen)

Zitaten aus Cicero angefüllt – da erscheint doch Gelehrsamkeit am falschen Ort ausgebreitet. Auch eine sich über drei Seiten (511–514) erstreckende Fn. 2580 zu einem hochspannenden dogmatischen Problem (verkürzt: Auftragsverhältnis in einer Dreiparteienkonstellation) ist keine Freude für einen Leser. Sodann ist die Behauptung auf Seite 774, das Schweizerische ZGB/OR folge dem »Pandektensystem«, schlicht und ergreifend falsch. Auf Seite 730–731 übersieht der Autor, dass Accursius 100 Jahre vor Baldus lebte und deshalb kein Beleg dafür sein kann, dass eine Idee des Baldus keine »größere Gefolgschaft bei den Legisten« gefunden hat – das setzt nämlich umgekehrte Lebensdaten voraus.

Der bedeutende Andreas von Tuhr wird offenbar in den Fussnoten durchgehend als »V. Thur«

geschrieben (vgl. z. B. Bd. 1, 595 Fn. 3005, 775 Fn. 3991, ebenso Bd. 2, 16 Fn. 4045 – er steht aber richtig auf Seite 933 des Literaturverzeichnisses).

Insgesamt lässt einen das Buch, nachdem man doch sehr viele Stunden damit verbracht hat, ziemlich ratlos zurück. Man hat das Gefühl, dass zwar unglaublich viel kompiliert und systematisiert und traktiert wurde, wovon letztlich auch der überreiche Fussnotenapparat zeugt – aber die eigentliche Botschaft, der »rote Faden« oder was man auch immer erwartet, ist in der Masse des Ausgebreteten nicht erkennbar. Ein gutes wissenschaftliches Werk zeichnet sich jedenfalls nicht dadurch aus, dass es dem zwar gewiss oberflächlichen, indessen nicht ganz unkundigen Rezensenten die Schlüsselinformationen vorenthält. ■

**Matthias Schwaibold**

## Der Richter und sein Rechner\*

Der »Regius Professor of Civil Law« (sprich insb. für römisches Recht) in Oxford, der zuvor als Ordinarius in Bonn, Tübingen und Zürich wirkte (welcher Universität er weiterhin mit einem Teilpensum und »ad personam« erhalten geblieben ist), hat sich in letzter Zeit mit Themen befasst, die eher am Rande der typischen Themen von Zivilrechtslehrern liegen: Geldrecht, Leitfaden für Versammlungen oder Fristberechnung in der ZPO, und in mehreren Aufsätzen hat er Teile dessen behandelt, was Gegenstand des vorliegenden Buches ist. Vermutlich ist das die Erklärung dafür, dass die Inhalte der sieben Teile nicht immer ganz koordiniert erscheinen und insbesondere keine chronologische, wohl aber eine inhaltliche Konsistenz besteht: Es geht um die »kollektive Entscheidungsfindung«, genauer die Frage, wie ein Urteil zustande kommt, wenn mehr als ein Richter berufen ist, eines zu fällen. Der Einzelrichter ist

naturgemäss aller einschlägigen Probleme entoben, von allfälligen »Beratungskompetenzen« mitwirkender juristischer Sekretäre (Gerichtsschreiber, Auditoren oder ähnlich) einmal abgesehen. Hingegen stellt sich im Kollegialgericht (Spruchkammern in diversesten zahlenmässigen Zusammensetzungen wie drei, fünf oder sieben, gelegentlich auch mehr oder gar in gerader Zahl entscheidend) das Problem der »Vergemeinschaftung einer intellektuellen Leistung« (1) sehr wohl, und der Autor führt eine erstaunliche Anzahl von Konstellationen vor, die belegen, dass der so »einfach« erscheinende Vorgang alles andere denn banal ist. Nehmen wir an, in einer Fünferkammer liegen verschiedene, unter sich unvereinbare Richtermeinungen vor – wie lautet dann das Urteil, und mehr noch die dazu gelieferte Begründung? Könnte am Ende eine Klage durchdringen, bloss weil die divergierenden, sie ablehnenden Argumente

\* WOLFGANG ERNST, Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten. »group choice« in europäischen Justiztraditionen, Tübingen: Mohr Siebeck 2016, XX und 362 S., ISBN 978-3-16-154361-6



jeweils in der Minderheit bleiben, obwohl sie – »addiert« – die Mehrheit bilden (vgl. 265)?

Der Autor veranschaulicht das gleich mit dem ersten Beispiel aus dem ersten Teil (9–60) über die römische Antike: Wenn drei Schiedsrichter im ihnen vorgelegten Fall der Reihe nach zu einer Verurteilung des Beklagten gelangen, aber in den unterschiedlichen Beträgen von 5, 10 und 15, gilt gemäss einer Julian-Stelle in den Digesten das Urteil als auf (nur) 5 gefällt – das gemeinschaftliche Minimum. Ernst erläutert ausführlich, warum andere Lösungen (wie 10, weil doch immerhin von zumindest zwei Richtern als zu zahlendes Minimum erachtet) ausscheiden (9 ff. – zur Fortsetzung der Diskussion seit den Glossatoren dann ab 86 ff.). Ein Schlüssel zur Erklärung liegt darin, dass die drei Schiedsrichter kein Kollegium bilden, sondern jeder einzeln neben dem andern zu einem Urteil berufen ist – was der »Spruchkammer« als einer kollegial gebildeten Entscheidungsbehörde schon in der Grundkonzeption widerspricht. Der Verfasser behandelt sodann die (nicht unkomplizierten) Gleichstandsregeln und den Einbruch des (griechischen) »calculus Minervae« ins römische Prozesswesen, untersucht alsdann die Frage, wie eine »maior pars« im Strafprozess zu eruieren sei, und geht ausführlich auf das SC Silianum ein und den – einschlägigen – Bericht des Plinius (20 ff.). Dabei bemüht er sich, nicht den Inhalt der Entscheidungen, sondern die Methodik der Entscheidungsfindung (*discessio*, *maior pars*, *sententia*) darzustellen und klar zu machen, dass auch in diesem Fall Plinius keine »Entscheidungstheorie« entwickelt hat. Das römische Mehrheitsprinzip ist immer vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die mehreren Richter kein »collegium«, keinen »Spruchkörper« bilden, sondern jeder einzeln ein Urteil fällt, dessen Inhalt bzw. Ergebnis dann allenfalls erst einmal festzustellen ist, was insbesondere keinen Los- oder Stichentscheid zulässt (59).

Der zweite Teil (61–113) behandelt das »gelehrte Recht« – es wird also die Urteilsfindung durch Volks- und Schöffengerichte, die Entscheidungsfindung im dualen System des »Richters« mit den »Urteilern« nicht näher dargestellt. Wesentliches Entwicklungsmerkmal ist die Herausbildung einer »Kollegialität«, indem die Erzielung eines gemeinschaftlichen, eben »kollegialen« Beschlusses und damit eines einheitlichen Urteils an die Stelle der mehreren Urteile tritt. Wesentlich gefördert wurde dieser ursprünglich durch die kirchlichen Oberge-

richte angestossene Vorgang in der Folgezeit durch die Rechtsprechungstätigkeit der Fakultäten. Breiten Raum nimmt dabei die Darstellung der mittelalterlichen Diskussion um Julians Entscheidung der unter sich nicht deckungsgleichen Dreier-Entscheidungen ein und die Versuche, andere Lösungen zu begründen. Dass lediglich quantitative Unterschiede anders als qualitative Divergenzen zu betrachten seien, hat erst der juristische Humanismus (v. a. Alciat) vertieft (92 ff.). Es hat sich aber angesichts der vielfältigen – und unter sich unvereinbaren – Ansichten bis gegen Ende des 18. Jahrhunderts keine einhellige Auffassung dazu durchgesetzt.

Die Spätaufklärung hat dann erstmals rein mathematische Überlegungen und die Methode der Urteilsfindung verbunden (Beginn des 3. Teils, 115 ff.). Zu Beginn des 19. Jahrhunderts prägte – zumindest im deutschsprachigen Raum – die Auseinandersetzung zwischen von Sonnenfels (verkürzt: im Strafprozess gilt das mildeste Strafmass) und Feuerbach (verkürzt: auch im Strafprozess gilt das Mehrheitsprinzip) die Diskussion; an deren Ende stand, dass »der Wille der meisten als Ausfluss des Willens des Collegiums gelten kann« (Mittermaier, zit. auf 133). Gemeinsamer Nenner der von Ernst vorgestellten Bemühungen der Aufklärung war die »Bändigung der staatlichen Strafgewalt« (142).

Der 4. Teil ist der Darstellung der französischen Entwicklung seit dem 16. Jahrhundert gewidmet. Einerseits ging es immer wieder darum, die Folgen des »Gleichstands« irgendwie zu lösen, andererseits die Unterscheidung von Tat- und Rechtsfragen herauszuarbeiten. Daran haben sich auch die diversen Prozessordnungen der Revolutions- und Nachrevolutionszeit bis ins 19. Jahrhundert hinein »abgearbeitet« (147 ff.).

Die deutsche Rechtsentwicklung ist Gegenstand des 5. Teils (167 ff.). In diesem Kapitel, das abermals bis in die Gegenwart reicht, steht möglicherweise die genaue Kenntnis aller Einzelheiten des Diskussionsstandes einer Konzentration auf das Wesentliche etwas im Wege. Ernst schildert den Übergang von einer »sukzessiven« Abgabe abschliessender Urteile zur eigentlichen Beratung und Bildung eines »gemeinschaftlichen« Willens des Collegiums sowie der Trennung von Entscheidung und Begründung. Eine vertiefte Darstellung finden dann diverse einzelstaatliche Prozessordnungen, und besonders ausführlich wird die wechselhafte Geschichte von Mehrheitserfordernissen

bei Strafurteilen bzw. dem Aufkommen der – bis heute dauernden – qualifizierten Mehrheiten behandelt (200 ff.). Diese Mehrheiten setzen indessen auch voraus, dass bei einer sequenziellen Abstimmung der überstimmte Richter in der Folge weiter mitstimmen muss (233 ff.), und zudem können Mehrheiten auch in einer Weise zustande kommen, deren Aufdeckung nicht nur mit dem Beratungsgeheimnis kollidiert, sondern auch den Verstoß gegen die gesetzlichen Vorgaben der Entscheidungsfindung offenbart (240 ff.).

Einmal bei diesem Problem angelangt, liegt die Frage der Haftung des Richters für ein Fehlurteil nahe, wovon Ernst dann (ab 248 ff.) handelt. Mit dem Spruchrichterprivileg bzw. der Passivlegitimation des Staates hat sich relativ schnell eine Lösung durchgesetzt, die einen Geschädigten wenigstens nicht auch noch dazu zwingt, das konkrete Individualvotum eines jeden am Kollegialentscheid beteiligten Richters nachweisen zu müssen. Spätestens an dieser Stelle bricht die »rechtspolitische« Position des Autors durch, wenn er findet, »Anonymität verschleiert die Entscheidungsverantwortung« (253) – eine Position, der der Rezensent als früherer Angehöriger eines Kollegialgerichts mit Überzeugung widerspricht.

Der 6. Teil (255 ff.) ist dem englischen (bzw. dem gesamten anglo-amerikanischen) Recht gewidmet. Dort ist meist ein Einzelrichter zuständig. Wenn ausnahmsweise eine Mehrheit von Richtern berufen ist, einen Fall zu entscheiden, zeichnet sich bis heute die Gerichtsorganisation – von wenigen Ausnahmen abgesehen – dadurch aus, dass diese Richter wie in der römischen Antike nicht als Kollegium amten, vielmehr jeder der Reihe nach ein Urteil abgibt (»multiple judgements« bzw. »seriatim opinions«). Daraus wird dann die »order of the Court« – also der konkrete Entscheid – abgeleitet. Ernst schliesst daran eine Schilderung der – dem kontinentalen Juristen weiterhin einigermaßen fernstehenden – Problematik der »ratio(nes) decidendi« und des »precedent« an (266 ff.). Offensichtlich gibt es aber auch im angelsächsischen Bereich eine Entwicklung hin zu einem »composite judgement« als dem Ergebnis intensiver Beratungen der Richter (277 ff.).

Der 7. und letzte Teil ist mit »Juristischer Zeitgeschichte« umschrieben. Spannend erzählt Ernst die historisch und praktisch an sich zwar folgenlose, »intellektuell« indessen alles andere als platte Diskussion um die Umsetzung des »Führerprinzips« in der Justiz des Dritten Reiches; dass dabei

recht erfolgreich hinhaltender Widerstand u. a. vom späteren BGH-Präsidenten Weinkauff geleistet wurde, ist nicht die einzig interessante Information in diesem Kapitel (285–300). Chronologisch verständlich, wenn auch in verschiedener Hinsicht dann nicht eben zwingend, schliesst unmittelbar daran die Darstellung der Mehrheitsregeln im Bundesverfassungsgericht – wegen der grundsätzlich geraden Richterzahl der beiden Senate eine besondere Herausforderung (300–306). Nur kurz geht Ernst auf das (deutsche) Sondervotum ein, er tritt insbesondere der Auffassung entgegen, dies sei der (anglo-amerikanischen) »dissenting opinion« gleichzusetzen (306–308). Unter Betonung des »kollegialen« Gesichtspunkts wird die Entscheidungsfindung der kirchlichen Gerichte – samt der auffälligen Regelung bezüglich der »dissenting opinion« geschildert (309–312). Die Folgen des Gleichstands unter Schiedsrichtern und die divergierenden Lösungsvorschläge dazu sind Gegenstand des Schlussabschnitts (313–318). Mit einer kurzen »Nachbetrachtung« (319–321) bricht das Buch etwas unvermittelt ab.

Ob ein Urteil dadurch zustande kommt, dass eine Mehrzahl von Richtern über den Fall eine eigene Entscheidung fällt oder sie zu einer gemeinschaftlichen Entscheidung gelangen müssen, kann für das konkrete Ergebnis ebenso entscheidend sein wie die Frage, ob z. B. zwischen Schuld- und Tatfragen, Schuldpunkt und Rechtsfolge oder Vorfragen und Hauptsache zu unterscheiden und allenfalls mit verschiedenen (einfachen oder qualifizierten) Mehrheiten zu entscheiden ist. Der Verfasser tritt hier für methodische Klarheit und Transparenz zuhanden der Parteien ein – und regt damit einerseits zum Nachdenken an, reizt allerdings auch zum Widerspruch: Aus der von eingestandenem Pragmatismus geprägten Sicht des Rezensenten als einem ehemaligen Mitglied eines kollegialen Spruchkörpers an einem erstinstanzlichen Gericht gewinnen weder der Rechtsstaat noch die Parteien noch sonst jemand etwas, wenn auch noch die Urteilsfindung (gesetzlich) weiter formalisiert und strukturiert werden sollte. Schon jetzt werden Prozesse allzu häufig mit rein prozessualen Überlegungen entschieden und weicht man gerichtsseitig gerne der eigentlichen Subsumptionsleistung aus, eine Entwicklung, die bei (weiterer) Formalisierung des Entscheidvorgangs sicher noch verstärkt würde, wenn – was an sich die Folge sein müsste – Verstöße auf dem Rechtsmittelweg zur Aufhebung des Urteils führen. Zu-

dem würde dies zwangsläufig die – ohnehin bedauerliche – Entwicklung hin zum Einzelrichter nur fördern und den wesentlichen, sozusagen »natürlichen« Vorzug des Kollegialgerichts (Diskussion und Meinungsvielfalt, argumentatives »Ringeln« um die bessere Entscheidung) für dieses in einen Nachteil verkehren. Aber dieser Einwand schmälert den Gewinn, den die Lektüre bringt,

nicht im Geringsten. Der Autor gewährt hochinteressante Einblicke in eine zwar immer wieder, vor allem aber immer wieder anders behandelte Grundfrage des Rechtswesens: die je nach Ort und Zeit andere Methode »kollektive(r) Entscheidungen in Spruchkörpern« (321). ■

**Matthias Schwaibold**

## Römische Schichtarbeit\*

Das römische Erbrecht fristet seit vielen Jahrzehnten in der universitären Ausbildung ein Mauerblümchendasein, und auch die literarische Produktion dazu hält sich – zumindest im deutschen Sprachraum – in einem recht überschaubaren Rahmen. Umso erfreulicher ist es, dass die Zürcher Ordinaria Ulrike Babusiaux die Lücke neuerer Literatur zu diesem Thema geschlossen hat. Der Reihentitel »Wege zur Rechtsgeschichte« hätte, nimmt man den hier anzuzeigenden, ersten Band zum Massstab, auch durchaus »Neue Wege zur Rechtsgeschichte« lauten dürfen. Denn die Verfasserin hat, soweit der Rezensent das zu beurteilen vermag, mit ihrem Buch auch einen ganz neuen Weg eingeschlagen: Sie verbindet nämlich römische Rechtsgeschichte mit der Darstellung des Teilbereichs Erbrecht, und naturgemäss bleibt das nicht beim »materiellen« Erbrecht stehen, sondern umfasst insbesondere auch, um nicht zu sagen gerade das Prozessrecht. War demjenigen, der überhaupt *etwas* vom römischen Erbrecht behalten hat, allenfalls die »Falcidische Quart« oder die »Causa Curiana« noch ein Begriff, vielleicht sogar der Unterschied von Soldatentestament und zivilem Testament gegenwärtig, so dürften nur noch wenige, wenn sie ehrlich sind, »unde liberis« richtig erklärt haben können. Das römische Erbrecht ist in der Tat verschlungen, erscheint auch dem halbwegs gebildeten Romanisten als eine unab-

lässige Abfolge von Regeln und Ausnahmen und hatte sich derart weit von allen Bezügen zum geltenden Erbrecht entfernt (richtigerweise muss man natürlich sagen: das jeweils geltende Recht hat sich immer weiter von allem, was uns als römisches Erbrecht überliefert worden war, entfernt), dass auch kaum noch ein Bedürfnis zu erkennen war, sich seiner bei irgendwelcher Gelegenheit noch über den Grundsatz des »favor testamenti« hinaus zu erinnern. Entsprechend kurz waren die jeweiligen Abschnitte in den gängigen Lehr- und Handbüchern. So liest man, um willkürlich zwei Beispiele herauszugreifen, in Hausmanniger/Selbs Studienbuch (der Rezensent hat die 7. Auflage von 1994 zur Hand) 60 Seiten zum Erbrecht, die viel schwieriger zu verstehen sind und viel »dogmatischer« daherkommen, oder in den »Institutionen« von Weiss (2. Auflage 1949), die dem Rezensenten seinerzeit als ein Lehrbuch dienten, etwa 100 Seiten, die – auch über 30 Jahre später aus gegebenem Anlass wieder zur Hand genommen – eigentlich keine Freude machen. Und selbst die rund 100 Seiten in Schulz' heissgeliebtem »Classical Roman Law« (1951) vermochten damals nur teilweise die Begeisterung für die Feinheiten der Materie zu wecken.

Insoweit ist der »Mut« der Autorin zu bewundern, sich ausgerechnet dieses sperrige Gebiet vorzunehmen. Aber es ist ein ungetrübtes Vergnügen,

\* ULRIKE BABUSIAUX, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Köln/Weimar/Wien: Böhlau 2015, utb 4302, 360 S., ISBN 978-3-8252-4302-9

ihr durch das Dickicht der überlieferten Normen auf ihrem Weg zu folgen. Die Souveränität, mit der sie Epochen und Institute darstellt, ist beeindruckend, und sie hält bruchlos ein mittleres Mass von Differenzierung durch, das irgendwo in der Mitte zwischen den Lehrbüchern der letzten 5 oder 6 Jahrzehnte und den Abgründen der Durchdringung eines Problemausschnitts in der SZRom die Waage hält. Keiner der drei vorgenannten Grossmeister vergangener Tage kommt z. B. an die knapp 30 Seiten des 9. Kapitels zur Testamentsauslegung heran.

Das Lesevergnügen wird auch nirgendwo dadurch getrübt, dass der Versuch unternommen würde, die Regel-Ausnahme-Labyrinth irgendwie als am Ende doch widerspruchloses System darzustellen, sondern weil im Gegenteil das Erbrecht in seiner historischen Entwicklung zwischen 12-Tafeln und Justinian dargestellt wird: Die verschiedenen, einander folgenden Rechtsschichten werden inhaltlich klar unterschieden und deutlich voneinander getrennt, und bei allen materiellen Verschiedenheiten, ja Umkehrungen auch die prozessuale Seite aufgezeigt. Liest man die zahlreichen Digestenstellen vor dem Hintergrund ihrer Erscheinungszeit bzw. des zum »Erscheinungszeitpunkt« geltenden Rechts (oder »Systems«), dann kann man eben auch verfolgen, wann sich was geändert hat. Babusiaux hebt die Eingriffe der kaiserlichen Gesetzgebung, beginnend mit Augustus, richtigerweise hervor und verbindet sie – was man im Erbrecht ohnehin zwingend tun muss – mit den Veränderungen im Familienrecht bzw. der »Familienpolitik«, welche die Kaiserzeit von Beginn an machtvoll umzusetzen sich vornahm. Damit folgen wir nicht nur der Entwicklung des Erbrechts, sondern haben vor allem eine hervorragend geschriebene, eingängige, nirgendwo überfrachtete Geschichte des römischen Rechts vor uns, die sozusagen anhand des Erbrechts erzählt wird. Diese Verschränkung von Rechtsgeschichte, materiellem Recht (in seiner Entwicklung!) und Prozessrecht (in seiner ebenfalls eigenständigen, aber natürlich von den politischen und materiell-rechtlichen Veränderungen nicht einfach völlig unabhängigen Entwicklung) dürfte in dieser Weise erstmals einem deutschsprachigen Lesepublikum vorliegen.

Allein schon der Anfang ist, sozusagen journalistisch betrachtet, ein Geniestreich: Wir lesen zu allererst – lateinisch und dann deutsch – das einzige einigermassen vollständig erhaltene, römische

Testament von 142 n. Chr., das erst 1940 veröffentlicht wurde. Damit wird nicht nur plastisch vorgeführt, was in einem Testament steht, sondern dieser Originaltext erlaubt es, in der Folge auf die Problematik der Quellenlage überhaupt (Entstehung der Digesten etc.) und die abweichende Darstellung bei Gaius hinzuweisen (1.2 und 1.3). In den Abschnitten 1.3.3 und 1.4 erläutert die Autorin ihr Programm: Ein erbrechtliches Thema in seinen historischen Entwicklungsstufen darzustellen und dadurch in seiner Vielschichtigkeit zu entwirren, die Grundbegriffe des Erbrechts in der durch die Quellen vermittelten Komplexität anzusprechen, die prägenden Grundsätze jeder Entwicklungsstufe und den Umgang der Juristen mit den – konkurrierenden – Rechtsschichten darzustellen. Das ist, wenn man so will, der Kontrapunkt zu Schulz' Bemühen, aus den verschiedenen Schichten einzig das »klassische« (um nicht zu sagen: wahre) römische Recht zu isolieren. Und dieses Programm zieht sie in der Folge konsequent, aber keinesfalls langweilend, durch. 42 Übersichten erlauben, den an sich klar vermittelten Inhalt auch noch sozusagen in »Tabellenform« nachzuvollziehen, und so führt uns Babusiaux zunächst in Kapitel 2 durch die Rechtsgeschichte und die Rechtsschichten – die in ihrer Darstellung eine massgebliche Rolle spielen –, und sodann in den Kapiteln 3 bis 9 auf rund 270 Seiten durch das eigentliche Erbrecht: Es beginnt mit dem Intestaterbrecht, es folgen Erbenstellung, der Erbschaftsprozess, die testamentarische Erbfolge, die Enterbung, das Vermächtnis und die Testamentsauslegung. Am Ende eines jeden Kapitels wird die Entwicklung des betrachteten Instituts unter dem leitenden Gesichtspunkt der Rechtsschichten (*ius civile*, *ius praetorium* und *ius novum*) zusammenfassend dargestellt und die Ausgleichsarbeit der Juristen mit den jeweils verschiedenen Vorgaben aus den vorhandenen Rechtsschichten. Kapitel 10 ist die kluge und überzeugende Zusammenfassung der Erkenntnisse auf 6 Seiten. Es folgen ein gemäss der Kapitelfolge gegliedertes Verzeichnis der wesentlichen Literatur (17 Seiten) und das Quellenverzeichnis, das ganz wenig Cicero, einmal Livius, etwas weniger aus den Epitome Ulpiani, viel Gaius (über 110 Zitate) und neben wenigen Stellen aus Institutionen und Codex natürlich sehr vieles aus den Digesten (fast 200 Stellen) auffistet. Ein knappes Orts- und Personen- sowie ein kurzes Sachregister schliessen den Band ab.

Wenn der Rezensent einen einzigen Einwand erheben wollte, dann höchstens den, dass die Existenz der 12-Tafeln bzw. ihrer als Inhalte überlieferten Normen unhinterfragt bleibt und immer den Ausgangspunkt für die Darstellung des »ursprünglichen« Rechts bildet; das ist natürlich dann auch konsistent, wenn man die Überlieferung (und nicht die Kritik an ihr) zum Ausgangspunkt nimmt. Dass sich die Verfasserin mit der gesamten gegenwärtigen Romanistik richtigerweise von den Prämissen und Exzessen der Interpolationenkritik gelöst hat, ist allerdings nicht zwingend damit verbunden, an den Anfang allen römischen Rechts schon in der Mitte des 5. Jahrhunderts zu glauben und die gleich am Beginn stehende Überlieferungslücke von weit über 300 Jahren sozusagen folgenlos zu übergehen. Aber das ist ehrlicherweise nur ein Nebenpunkt von schon fast »weltanschaulicher« Art.

Ebenso wenig vermag den Wert des Gebotenen zu schmälern, dass sich das Buch (bzw. die Reihe) an die Studierenden richtet: Niemand wird daran gehindert, nach alter pandektistischer Manier irgendwelche Quellenstellen zu traktieren in der Hoffnung, schon früher Gesagtes doch neu formulieren zu können oder gar Bezüge herzustellen, die allen bisherigen Exegeten entgangen sein mögen. Aber jeder mag versuchen, es allenfalls noch besser und noch differenzierter und noch vollständiger darzulegen – obwohl das im Erbrecht bis auf

Weiteres kein besonders nutzenstiftendes Unterfangen sein dürfte. Viel eher sind die Romanisten in Amt und Würden eingeladen, es mit dem Sachen- oder Obligationenrecht, ja mehr noch mit dem Prozessrecht einmal selbst zu probieren: Nämlich die Geschichtlichkeit der überlieferten Normen unbefangen offenzulegen und befreit davon, irgendwelche Gegenwartsbezüge herstellen zu wollen, das römische Recht als zwar abgeschlossene, aber deshalb keineswegs bedeutungs- und folgenlose Rechtsordnung darzustellen. Je miserabler die gegenwärtige Gesetzgebungskultur wird, je schneller und entschiedener im geltenden Recht alles Systematische, Durchdachte und Widerspruchsfreie verloren geht, je kasuistischer und kurzsichtiger die Normproduktion ist, desto strahlender erscheint nicht nur die nunmehr über hundert Jahre zurückliegende Kodifikationszeit, sondern auch das römische Recht – jedenfalls dem, der dafür Augen hat und darin einen Sinn erkennt. Ulrike Babusiaux hat mit ihrem Buch einen grossartigen Beitrag dazu geleistet, Rechtsgeschichte als das zu bestätigen, was sie weiterhin sein muss: Nämlich unverzichtbarer Bestandteil der Juristenausbildung. Und dazu braucht man keine 1000 Seiten, schon gar nicht Theorie zu schreiben, sondern es reichen 300 geschickte Seiten zu 300 Quellenstellen vollkommen. ■

**Heinz Holzauer**

## Nachhallendes Wortgefecht\*

Das Buch behandelt die spätrömische und merowingische Epoche mit der Tendenz, die zentrale sanktionenrechtliche Erscheinung des Wergelds nicht als germanisch, eher als römisch anzusehen, jedenfalls die einschlägigen Stellen aus römischen Kaisergesetzen, Volksrechten und der

Formelsammlung des Marculf als Zeugnisse einer relativ einheitlichen Rechtskultur dieser Übergangszeit zwischen Spätrom und Mittelalter. Die Vorstellung mehr einer Mischung als eines Clash von Rechtskulturen ist heute herrschend, so dass eine Betrachtung von »Konflikten zwischen römi-

\* CHRISTOPHE CAMBY, *Wergeld ou uueregildus. Le rachat pécuniaire de l'offense entre continuités romaines et innovation germanique*, Genève: Librairie Droz 2013, 576 S., ISBN 978-2-600-01544-8

schen und germanischen Rechtsvorstellungen«<sup>1</sup> geradezu aus dem Rahmen fällt.

Das im Ganzen veränderte Geschichtsbild kann auch einzelne Gegenstände in einem anderen Licht erscheinen lassen, ja Korrekturen erfordern. Die Zusammen- oder Gegenüberstellung von »Wergeld« und »uuerigildus« im Buchtitel konfrontiert das Wort der lateinischen Quellen mit dem entsprechenden Gegenstand der deutschen Rechtsgeschichte. In diesem erblickt Camby sozusagen die Spitze der Pickelhaube, genauer den der Garde vorbehaltenen Haarbusch der »preußischen Schule« der deutschen Rechtsgeschichte. Zu deren Charakterisierung gebraucht er den Ausdruck *pangermaniste* (pangermanisch oder eher pangermanistisch?). Dieses Präfix bezeichnet einen geopolitisch gesteigerten Nationalismus, den es in Deutschland zwar im Umkreis der beiden Weltkriege gab, vor der Nazizeit aber ohne Verbindung mit der deutschen Rechtsgeschichte und ihren Vertretern und schon gar nicht bei ihren Gründungsvätern, von denen die meisten dem römischen Recht so nahe standen wie dem deutschen.<sup>2</sup> Auch die bei den karolingischen Herrschern auftretende Zielvorstellung einer *renovatio imperii* und die darauf beruhende, in Europa anerkannte Institution des Römischen Kaisertums und des Heiligen Römischen Reiches (seit dem Spätmittelalter mit der Einschränkung »... deutscher Nation«) bedeutete eher romanische Akkulturation als imperiales Machtstreben. Kritik, die Camby an Rudolph Sohm übt, trifft einen anderen Zug des rechtswissenschaftlichen Zeitgeistes im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts. Hier hat die romanistische Begriffsjurisprudenz eine Entsprechung in der Strafrechtsgeschichte, die aus teilweise spätmittelalterlichen Quellen gedankliche Gebilde früherer strafrechtlicher Institutionen erschließen wollte. Friedlosigkeit, Acht und Fehde sind zwar keine Phantasmen, aber die ihnen zuge dachte produktive systematische Kraft war keine geschichtliche Wirklichkeit. Das Wergeld gehört jedoch nicht in diesen Zusammenhang.

In merowingerzeitlichen Quellen kommt das Wort nur, und zwar dreimal, in der *Decretio Childeberti* des Jahres 596 vor.<sup>3</sup> Erst Herold in seiner 1557 erschienenen frühesten gedruckten Ausgabe der *Lex Salicae* hat in seinem Titel 54 § 2 das Wort *uuerigildum*. In den Vorwurf der *manipulation*, den Camby deswegen gegen Herold erhebt, bezieht er Karl August Eckhardt ein, der in seinen Ausgaben von 1955 und 1962 zu dem entsprechenden Titel 51 jeweils die Heroldsche Version unter 3 bzw. 8 Varianten anführt,<sup>4</sup> wobei er annahm, dass Herold eine sonst nicht bekannte Handschrift gehabt habe, die danach verloren gegangen wäre. Eckhardt stützt seine Vermutung auf einen breiten Vergleich des gesamten Heroldschen Textes mit Varianten sämtlicher originaler Quellen. Ruth Schmidt-Wiegand hat seine Vermutung bestätigt, wenn auch mit Vorbehalten gegen Eckhardts Rekonstruktion des verlorenen Textes.<sup>5</sup> Sollte Eckhardt Unrecht haben, hätte Herold hier ein Wort hergesetzt, das ihm aus anderen, späteren, von ihm gleichzeitig herausgegebenen karolingischen Quellen und noch aus dem Recht seiner Zeit geläufig war. In dem anderen Titel, der ebenfalls die 200-Schilling-Buße enthält (Tt. 44 *De homicidiis Ingenuorum*), fehlt ein entsprechender Zusatz: So geht kein »Fälscher« vor. Näher liegt eine andere Erklärung: Im Unterschied zu Art. 44 liegt bei Art. 54 eine Lösungsbuße vor, die sich nicht nach dem Stand des Opfers, sondern dem des Täters richtet. Das konnte durch den Begriff des Wergelds mit dem Zusatz des Possessivpronomens (*uuerigildum suum*) klargestellt werden. Dass an einen Herausgeber des Humanismus nicht die heutigen Maßstäbe der Editions wissenschaft angelegt werden können, sagt Camby selbst; nicht selten nahm man sich gut gemeinte Freiheiten. Jedenfalls erscheint die Vorwurfshaltung weder gegenüber Herold noch gegenüber Eckhardt berechtigt.

In der *Decretio Childeberti* sind es Verletzungen öffentlichen Interesses, die der Täter mit seinem *uuirigildus* büßt. Zuvor hat Camby in genauer

1 Beitrag von DETLEV LIEBS in: HANS-GEORG HERMANN u. a. (Hg.), *Von den Leges Barbarorum bis zum ius barbarum des Nationalsozialismus*. Festschrift für Hermann Nehlsen zum 70. Geburtstag, Köln 2008, 99–117.

2 FRANK L. SCHÄFER, Art. Germanistik, in: *Handwörterbuch zur deutschen*

Rechtsgeschichte, hg. von ALBRECHT CORDES u. a., (HRG) Bd. II, 2. Aufl. 2012, Sp. 255–259, 258.

3 KARL AUGUST ECKHARDT, *Pactus Legis Salicae*, Bd. II §§ 3 und 4, Bd. III § 3 der Reihe: *Germanenrechte*, Neue Folge, Westgermanisches Recht, Göttingen 1962, 267 f.

4 ECKHARDT (wie Fn. 3), Bd. I (1955), 310, und *Pactus Legis Salicae*, in der Reihe der *Monumenta Germaniae Historica Legum Sectio Tom I Pars I*, Hannover 1962, 197.

5 Die Kritische Ausgabe der *Lex Salica*, ZRG GA 76 (1959), 301–319, 304.

Auseinandersetzung mit anderen, früheren Datierungen herausgearbeitet, dass das Wort in anderen, vermeintlich merowingerzeitlichen, nach heutigem Forschungsstand aber karolingischen Handschriften, besonders in der Lex Salica, nicht vorkommt. Dieser Feststellung hat er die übliche Erklärung von Wergeld als *rachat de vengeance* – treffender übrigens im Gesetz des angelsächsischen Königs Ine von Wessex als Abkauf des Fehderechts bezeichnet<sup>6</sup> – gegenübergestellt. Diese Kontrastierung lässt die allgemeine, keineswegs nur deutsche Erklärung von Wergeld schlecht aussehen, kann eine öffentliche Geldstrafe doch schwerlich als Abkauf der Rache erklärt werden. Camby deutet nur an, dass es vor der *Decretio* eine dem Verletzten zufließende Leistung gegeben haben muss, denn diese wird von König Childebert gerade verboten. Indessen ist dieses Wergeld als *rachat de vengeance* das Kernstück des Kompositionensystems, das es in gleicher Zeit außerhalb des gallofränkischen Raums, danach vom frühen über das hohe Mittelalter bis an die frühe Neuzeit heran und mit Sicherheit auch vor der Berührung der Germanen mit Römern gegeben hat. Den Unterschied dieses Verletztenwergelds zum Täterwergeld ist schon Wilhelm Eduard Wilda aufgefallen, der 1842 zuerst den Versuch einer systematischen Darstellung vom »Strafrecht der Germanen« unternommen hat. Er spricht vom »Wergeld bald des Verletzten, bald des Schuldigen, ohne dass sich dafür, wann man das eine, wann das andere gewählt hat, eine feste Regel auffinden lässt«. <sup>7</sup> Am Ende des Jahrhunderts gelangte Heinrich Brunner über Wilda hinaus, indem er die nach dem Stand des Täters bemessene Buße als Lösungsbuße verstand, worauf das verbreitete *redimere* (*redemptio vitae*) hinweist. Anders als Wilda meinte, stehen Verletztenwergeld und Täterwergeld als Lösungsbuße nicht nebeneinander und anders als in Cambys Gegenüberstellung sind *rachat de vengeance* und die »*amende judiciaire*« des Dekrets nicht Gegensätze, die unterschiedliche Wurzeln haben könnten, sondern Stufen – nicht immer chronologische, es gibt Ungleichzeitigkeiten und es gibt Rückschritte – auf dem Weg zum öffentlichen Strafrecht. Schon das Zustandekommen einer *compositio* setzt die Beteiligung eines das allgemeine Frie-

densinteresse vertretenden überlegenen Dritten voraus, der dafür einen Teil des Wergelds oder eine zur Buße dazukommende Leistung erhält. Bei der Lösungsbuße ist die öffentliche Funktion verstärkt: Das Gericht gibt den Täter dem Opfer bzw. dessen Seite preis, äußerstenfalls zur Tötung.<sup>8</sup>

Dass ein Täter die exorbitante Lösungssumme aufbringen konnte, ist unwahrscheinlich. Gebildet haben sich die hohen Wergeldsummen aus den Friedensschlüssen von Fehdegegnern; Parteien waren nicht Einzelpersonen sondern verfeindete Kollektive, und selbst unter ihnen war die Leistung Verhandlungssache. Dieses arbiträre Element wandelte sich in den Fällen der Halslösung zu einem einseitigen Ermessen der Opferseite, den Täter zu töten, zu versklaven oder auch gegen eine Leistung unterhalb der Lösungssumme freizugeben. Auf der letzten Stufe gibt das Gericht nicht nur den Täter dem Verletzten preis, sondern bedroht ihn selbst mit dem Tod, wenn der ihm nicht die Lösungssumme leistet, aber das Gericht kann sich auch auf jede anderweitige Lösung einlassen. Solche Intensivierung der gerichtlichen Aktivität tritt ein, wo der Friede unter den Rechtsgenossen ein öffentliches Ziel geworden ist oder bei Angriffen auf genuin öffentliche Rechtsgüter wie die Funktion des Gerichts. Mit der Forderung des Täterwergelds bedroht der Staat das Leben eines Täters (*periculum vitae*), der weder seinen Hals löst noch das Gericht zu einer billigeren Beilegung der Sache veranlassen kann. Erst die letzte Steigerung des öffentlichen Elements der Strafe ist die unbedingte Todesstrafe. Schon diese Stufe ist erreicht, wo König Childebert im Fall II § 3 seines Dekrets jeden Töter mit dem Tod bedroht und jegliche Buße verbietet.

Camby sieht in Fällen, in denen unter spätrömischem Recht über Straffolgen verhandelt wurde oder diese durch Leistungen abgewendet werden konnten, Hinweise auf die Bildung und Ausbildung des Wergelds aus römischer Wurzel. Er erkennt, dass das Wergeld des Dekrets wie der späteren karolingischen Quellen eine feste, nur nach dem Stand der Person variable Geldsumme war, die nicht mit einer Leistung zu verwechseln ist, zu der sich der Fordernde, sei dies der Verletzte oder das Gericht, im Rahmen seines arbiträren Ermes-

6 LIEBERMANN, Die Gesetze der Angelsachsen, Bd. I, Halle 1903, 122 f.

7 WILHELM EDUARD WILDA, Das Strafrecht der Germanen, Halle 1842, 372.

8 HRG, wie Fn. 2, Bd. III, 1. Aufl., Art. Preisgabe, Sp. 1896–1900 (Holzhauer).

sens als berechtigt verstand. Die Rechengröße des Wergelds als äußerster Wert war nicht verhandlungsfähig, aber auf dem Wergeld brauchte der Berechtigte nicht zu bestehen. Ein derartiger fester *prix d'homme* war dem römischen Recht fremd; das besagt die von Camby herangezogene Gaius-Sentenz *liberum corpus aestimationem non recipit*<sup>9</sup> und kontrastierend Tacitus' *luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero*;<sup>10</sup> das römische Recht dagegen kannte kein Wergeld.<sup>11</sup> Hätte sich das Wergeld in spätrömischer Zeit durch Verhandlungen über Straffolgen gebildet, hätte es nicht in der exorbitanten Höhe der Leges gelegen, wo dem fränkischen Freienwergeld 100 Kühe entsprachen.

Camby argumentiert schließlich auch etymologisch für eine Herkunft des Wortes *uueregildus* aus dem Lateinischen. Dass die Stämme des Determinativkompositums römische Wurzeln haben, kann zugestanden werden; mehr als einmal ist ihnen indogermanischer, besser indoeuropäischer Ursprung zugeschrieben worden. Aber im Latein fehlt dem Wort jegliche etymologische Geschichte. Allzu deutlich haftet ihm dagegen der Charakter später Latinisierung an. Im Übrigen wird die germanische Herkunft nicht des Wortes, aber der Sache durch das Synonym *leudis* mit seinem konkurrenzlos germanischen Pedigree<sup>12</sup> erwiesen, und um die Sache geht es der Rechtsgeschichte mehr als um die Wörter als solche.

Wo man früher eher eine Germanisierung des römischen Rechts annahm, soll es nach Camby

umgekehrt sein. Die Entwicklung kennt Stufen der Ausbildung zur öffentlichen Strafe, die in der Zeit ihrer Begegnung die Franken hinauf und die Römer hinuntersteigen, so dass sie sich in der Mitte getroffen haben werden.

Für das plötzliche vielfachen Auftreten von *uueregildus* in den karolingischen Leges vermutet Camby das politische Motiv, fränkische Eigenständigkeit im Recht zu demonstrieren, womit er über die Brücke der von ihm ähnlich gesehenen Heroldischen »*manipulation*« zur »preußischen Schule« des 19./20. Jahrhunderts aufschließt. Indessen wäre das latinisierte *uueregildus* zu solchem Zweck wenig geeignet gewesen, zumal mit dem Synonym *leod* oder *leudis* ein wohl allen Germanen verständliches, unverdächtig germanisches Wort zur Verfügung gestanden hätte, das in seiner abgewandelten Form als Deliktsbezeichnung bei Herold sogar als malbergisch charakterisiert ist.<sup>13</sup> Da liegt Nehlsens Gedanke näher, *Lex* nicht eng als Gesetz zu verstehen, *lex salica* also als salisches Recht und nicht in allen Fällen mit *lex salica scripta* gleichzusetzen.<sup>14</sup> Salisches Recht in diesem Sinn muss es schon vor der »Gesetzgebung« gegeben haben und zwar mit dem Inhalt fester Wergeldsätze. Es zeugt von gesetzgeberischem Geschick, bei der schriftlichen Niederlegung der Regeln mit dem Begriff statt mit einer bestimmten Summe deren Abhängigkeit vom jeweiligen Stand der Person Rechnung zu tragen.

9 Dig. 8,1.

10 Germania XXI. Die herrschende undifferenzierte Skepsis gegenüber Tacitus' Angaben scheint eine modische Begleiterscheinung des neuen Germanenbilds.

11 WOLFGANG KUNKEL, Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit, München 1962, 108 mit Fn. 394.

12 RUTH SCHMIDT-WIEGAND, Fränkische und frankolatinische Bezeichnungen für soziale Schichten und Grup-

pen in der Lex Salica, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, I. Philologisch-Historische Klasse, Jg. 1972 Nr. 4, 219–258, 240 ff.

13 ECKHARDT (wie Fn. 3), Bd. I (1955), Titel 43 § 1, 25.

14 HERMANN NEHLSSEN, Zur Aktualität und Effektivität germanischer Rechtsaufzeichnungen, in: Recht und Schrift im Mittelalter, hg. von PETER CLASSEN, Sigmaringen 1977, 449–502, 455 ff.



Klaus Frédéric Johannes

## Marmor-Steinbruch\*

Dem Untertitel nach versammelt dieser Band »18 Aufsätze und 14 Exkurse«, die sich allesamt unter dem Leitthema »Kanonisten und ihre Texte (1234 bis Mitte 14. Jh.)« subsumieren lassen. Die Aufsätze sind zwar neu gesetzt, allerdings wird bei den Nachträgen ausschließlich auf die ursprüngliche Paginierung (die ebenfalls angegeben wird) verwiesen.

Nicht in der Reihe ihres ursprünglichen Erscheinens sind die Aufsätze sortiert, eine Anordnung und Zusammenfassung in eigens benannten Themenblöcken wurde nicht vorgenommen. Bei zwei Aufsätzen (»Clementinenkommentare des 14. Jahrhunderts«, 91–108, Exkurs 481–3 und »Matheus Angeli Johannis Cinthii. Un Commentatore Romano delle Clementine e lo Studium Urbis nel 1320«, 435–466) wurden nur Teile abgedruckt. Beider fehlende Partien sind am ursprünglichen Publikationsort weiterhin zu benützen. Klar wird anhand dieses Bandes vor allem, dass der kanonistischen Forschung unglaubliche Betätigungsfelder noch offenstehen – alleine schon anhand unzähliger noch im Dornröschenschlaf schlummernder Handschriften wird die Forschung noch viele Kärrnerarbeit zu leisten haben. Sed quis?

Der Band versammelt folgende Beiträge: »Aus kanonistischen Handschriften der Periode 1234 bis 1298« (1–18), »Kanonistische Quaestionensammlungen von Bartholomaeus Brixiensis bis Johannes Andreae« (19–36), »Causus legum sive suffragia monachorum. Legistische Hilfsmittel für Kanonisten im späteren Mittelalter (unter Mitarbeit von Marguerite Duynstee)« (37–90), »Clementinenkommentare des 14. Jahrhunderts« (91–108), »Kanonistische Handschriften im mittelalterlichen Schweden« (109–156), »Der Dekretalenapparat des Goffredus Tranensis« (157–162), »Nochmals zum Dekretalenapparat des Goffredus Tranensis« (163–182), »Gallecia unde duxi originem. Johannes Hispanus Compostellanus (de Petesella) und

seine Dekretalensumme (ca. 1235/36)« (183–212), »Der Liber quaestionum des Johannes de Deo (1248)« (213–262), »Angebliche Originale des Dekretalenapparats Innozenz' IV.« (263–270), »Zwei vorläufige Textstufen des Dekretalenapparats Papst Innozenz' IV.« (271–318), »Pierre de Sampson et Bernard de Montmirat. Deux canonistes français du XIII<sup>e</sup> siècle« (343–374), »Johannes de Ancona. Ein Jurist des 13. Jahrhunderts in den Kreuzfahrerstaaten« (375–392), »Zur wissenschaftlichen Bearbeitung der Konstitutionen Gregors X.« (393–400), »Le commentaire de Guillaume Durand sur les constitutions du deuxième concile de Lyon« (401–412), »Kirchenrechtliche Vorlesungen aus Orléans (1285/7)« (413–434) und »Matheus Angeli Johannis Cinthii. Un commentatore romano delle Clementine e lo Studium Urbis nel 1320 (zusammen mit Andreas Rehberg)« (435–466). Dem schließen sich die »Nachträge und Berichtigungen« zu den achtzehn Aufsätzen (467–514) an. Die Nachträge: »Zum Frontispizbild und zum Motto« (517–519), »Massenhaft überlieferte kanonistische Texte aus der Periode 1234–1298« (520), »Überlieferung der Novellen Papst Innozenz' IV. bis zur Collectio I« (521–524), »Zur Entwicklung der Glossa Ordinaria des Bernardus Parmensis« (525–527), »Zur Entstehung, Verbreitung und Benutzung des Dekretalenapparats Papst Innozenz' IV.« (528–546), »Zur Quaestionensammlung des Bartholomaeus Brixiensis« (547–548), »Johannes de Deo, Summula super electione« (549), »Manfredus de Arzago« (550–551), »Johannes de Ancona, De summaria cognitione« (552–555), »Petrus de Salinis« (556–557), »Princivallis Mediolanensis« (558), »Gerardus de Cutriaco und die Pariser Dekretistik zwischen 1219 und 1300« (559–560), »Konstitutionen Gregors X. mit Abweichungen von der kurialen Sammlung« (561–562) und »Kommentatoren der Konstitutionen Gregors X.« (563–566).

\* MARTIN BERTRAM, *Kanonisten und ihre Texte (1234 bis Mitte 14. Jh.): 18 Aufsätze und 14 Exkurse (Education and society in the Middle Ages and Renaissance 43)*, Leiden: Brill 2013, XXIII, 653 S., ISBN 978-90-04-22876-4

Die Aufzählung dieser Beiträge zu lesen mag im ersten Moment ermüdend, vielleicht gar sinnlos erscheinen – ist es aber nicht, genauso wenig wie die Aufsätze und Exkurse zu lesen. Einerseits ist der punktuelle Zugriff so durchaus möglich, der durch die herausragenden Register noch unterstützt wird, aber nicht unbedingt sinnvoll, denn der Band birgt eine unglaubliche Fülle an Informationen, an Hinweisen für weitere Arbeiten, ja auch an Vergnügen, denn er liest sich schön. Aus den Händen legt man diesen Band nur ungern. Wünschenswert wären allerdings zwei Dinge: Einmal, dass der Preis des Bandes nicht so prohibitiv hoch wäre, andererseits, dass Martin Bertram auch weiterhin zur Feder greift und vielleicht doch noch die eine oder andere Monographie und hoffentlich noch viele weitere Aufsätze schreibt. Kritik an dem Bande ist, trotz sorgfältiger Suche, nicht wirklich möglich und bestenfalls eines: beckenmesserisch. Ein solches Œuvre wie Martin Bertrams kann

nur dankbar empfangen werden, es ist ein marmorner Steinbruch mit Brocken unterschiedlicher Größe, der vom kleinen Kiesel bis zum großen Fels unendlich vieles liefert – feinziseliert ist es im Grunde immer. In übergroßer Bescheidenheit spricht Bertram in der Erklärung zur Bibliographie von den *gigantum umeri*, die das Werk tragen; einen vergaß er zu erwähnen: sich selbst. Eine Beschäftigung mit der Kanonistik ohne Martin Bertram und sein Werk wird wohl dauerhaft unmöglich sein, denn er bietet soliden Grund für weitere Forschung und liefert gleich noch viel Material mit. *Ultra posse nemo obligatur*. Ein »*vivant sequentes*« wäre gleichermaßen wünschenswert – aber wer hat heute noch Zeit und Mut, sich derart mit Haut und Haaren *einem* Thema zu verschreiben? Wünschens- wie lohnenswert wäre es allemal!



**Paolo Astorri**

## La Riforma della conoscenza\*

La domanda sul significato della Riforma per lo sviluppo del diritto è all'origine di questo stimolante lavoro di Mathias Schmoeckel. Com'è noto, il tema della relazione tra diritto e religione e, in particolare, tra diritto e Riforma protestante è stato affrontato anche in alcuni recenti lavori. Il saggio di Schmoeckel s'inserisce in questo dibattito proponendo, come vedremo, una suggestiva interpretazione.

All'inizio del libro, l'autore confessa l'impossibilità di realizzare anche solo una panoramica sullo sviluppo del diritto nella prima età moderna. Si tratta allora di alcuni »sondaggi« (*Sondierungen*) che potranno essere la base per successivi studi (cfr.

prefazione). Riguardo alla struttura, il libro è diviso in sei parti o capitoli distinti per lettere (A–F). Il capitolo A è dedicato alla formulazione delle questioni e alla descrizione del metodo di ricerca mentre il capitolo B descrive la nuova epistemologia che si sviluppa con la Riforma. I successivi capitoli sono dedicati all'analisi dei cambiamenti nell'ordine giuridico. Il capitolo C è dedicato al diritto pubblico mentre il capitolo D riguarda l'impatto della Riforma sul diritto penale e civile. I capitoli E ed F sono infine rispettivamente rivolti alle conclusioni e al riassunto.

Nel sedicesimo secolo la Chiesa romana aveva ormai acquisito non solo un'autorità religiosa ma

\* MATHIAS SCHMOECKEL, *Das Recht der Reformation. Die epistemologische Revolution der Wissenschaft und die Spaltung der Rechtsordnung in der Frühen Neuzeit*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, 311 p., ISBN 978-3-16-152868-2

anche politico-legale. Per poter esser davvero efficace, la teologia luterana necessitava allora di una nuova interpretazione dell'ordine giuridico (4–5). L'ipotesi di ricerca è che l'alterazione della scienza giuridica si sia verificata a causa di un mutamento dell'epistemologia prodotto dalla Riforma, così che si potrebbe parlare di una «rivoluzione epistemologica» (8–9). L'indagine considera in primo piano le opere dei tre grandi riformatori: Martin Lutero (1483–1546), Filippo Melantone (1497–1560) e Giovanni Calvino (1509–1564), senza tralasciare uno sguardo alla Controriforma, alla scolastica e alla canonistica medievale (11–12). La novità portata dalla Riforma non può esser infatti compresa senza il confronto con gli scolastici e i canonisti (13).

Tommaso d'Aquino (1225–1274) aveva affermato la capacità dell'uomo di conoscere e quindi di compiere il bene e rifiutare il male. La ragione era, infatti, intesa come partecipazione alla creazione. Tommaso non concepiva una ragione individuale (*individuelle Vernunft*) ma soltanto una ragione unitaria (*einheitliche Vernunft*). La conoscenza (*Erkenntnis*) dei singoli uomini richiedeva quindi un riconoscimento collettivo. Inoltre, la coscienza era controllata dalla ragione e pertanto il giudizio individuale che non fosse approvato dagli altri era considerato erroneo (21). Di conseguenza la Chiesa aveva il compito di definire ciò che fosse giusto. Come Melchor Cano (1509–1560) affermava nei suoi *De locis theologicis* (1563), soltanto l'autorità della Chiesa poteva giudicare sul vero senso delle Scritture. Così, i papi erano considerati come massimi giudici e legislatori e la connessione tra filosofia, teologia e diritto pubblico formava un sistema coerente (23–24).

Martin Lutero rifiutò l'autorità della Tradizione della Chiesa riconoscendo solamente la Bibbia. Così, in netta antitesi con la Chiesa romano-cattolica, riteneva che la Sacra Scrittura potesse essere letta e compresa da chiunque. Tuttavia egli non concedeva alcuna possibilità di conoscenza all'uomo. In virtù della sua ribellione verso Dio, l'uomo era imperfetto e da ciò derivava l'impossibilità di ottenere una vera conoscenza della Bibbia con la ragione. La conoscenza era possibile solo attraverso lo Spirito donato e la grazia di Dio ricevuta (24–25).

Seguendo Lutero, Filippo Melantone sosteneva che la ragione era stata accecata dal peccato e quindi non era possibile alcuna deduzione razionale della legge naturale (26–27). Rimanevano

soltanto alcune conoscenze sulle regole necessarie al mantenimento della vita umana. Queste potevano essere apprese non solo dalla ragione, ma anche dalla coscienza (29). Dio aveva lasciato queste conoscenze perché fossero usate dall'uomo. Così l'uomo era obbligato ad utilizzarle. La conoscenza era un'opera di fede, poiché il diritto naturale coincideva con il diritto divino contenuto nel decalogo. Attraverso il diritto divino e quello naturale l'uomo otteneva la conoscenza morale. Il diritto positivo doveva allora essere conforme al diritto naturale (33–34).

Le idee di Melantone furono enormemente influenti. In campo scientifico, ad esempio, egli pose le fondamenta per una nuova epistemologia. Sostituì il giudizio di validità dato dalla corrispondenza con gli insegnamenti della Chiesa, con la possibilità per ogni uomo di conoscere. Questo significava che un'affermazione di conoscenza poteva essere falsificata quando un'altra migliore era proposta. Anche il giudizio dell'autorità era falsificabile e rimaneva sotto una generale riserva di migliore conoscenza. In questo modo, Melantone insisteva sulla responsabilità individuale e l'individualità della conoscenza (39–41). Gli individui potevano raggiungere la conoscenza attraverso l'educazione ma anche seguendo un metodo. Il metodo non era qualcosa di generalmente predefinito ma parte del processo individuale di conoscenza (46). Su questa base furono composti importanti lavori di topica (47–48), tra cui quelli di Johann Oldendorp (1488–1567) e Matthias Stephani (1576–1646).

Gli insegnamenti di Melantone costituirono inoltre il punto di partenza per una nuova scuola del diritto naturale (49–51, 56–67). Essa si basava da un lato sulla considerazione morale-teologica del diritto naturale, che coincideva con il diritto divino; dall'altro sulla conoscenza individuale del diritto naturale attraverso la quale ogni studioso del diritto poteva negare la validità delle leggi e richiedere un nuovo diritto. Il danese Niels Hemmingsen (1513–1600) fu uno dei primi seguaci di Melantone. In seguito, l'influsso di Melantone coinvolse Calvino, Jacob Arminius (1560–1609) e così Ugo Grozio (1583–1645). Attraverso i teologi Georg Gutke (1589–1634), Valentin Fromme (1601–1675) e Abraham Calov (1612–1686), invece, l'eco della Riforma giunse fino a Samuel Pufendorf (1632–1694).

Riguardo alla formulazione delle leggi, Melantone assumeva che il diritto umano poteva espan-

dere la conoscenza del diritto divino. Ogni legge umana doveva quindi sintetizzare i precetti del diritto naturale e dare una sicura e affidabile informazione sulle norme che servono alla sicurezza pubblica e all'ordine. Inoltre la legge non doveva solo essere scritta ma anche redatta nella lingua del popolo, affinché potesse essere compresa. Questo comportava chiaramente la rottura dell'unità che lo *ius commune* poteva dare (95–96). Le idee di Melantone trovarono ampio seguito in Calvino, Martin Bucer (1491–1551) e Teodoro di Beza (1519–1605), per poi essere ulteriormente utilizzate da giuristi quali Konrad Lagus (c. 1500–1546), Nicolaus Vigelius (1529–1600) e molti altri che operavano nel senso di una sistemazione del diritto (97–101). Nel diciottesimo secolo Gottfried Wilhelm Leibniz (1646–1716) e Christian Thomasius (1655–1728) potevano ancora essere messi in relazione con Melantone, così come importanti raccolte di leggi quali le *Kursächsischen Konstitutionen* del 1572 (101–103) e il *Preussische Allgemeine Landrecht* del 1794 (104–106).

Nel campo del diritto pubblico, il punto di partenza era la dottrina dei due regni. Secondo Lutero, Dio aveva ordinato due regni: il regno spirituale, guidato dallo Spirito Santo e governato con il vangelo ed il regno secolare, guidato dal principe e governato con la legge. In questo modo Lutero delegittimava la sovranità del papa. La Chiesa, infatti, non aveva autorità legislativa, ma doveva solo occuparsi della cura delle anime (146–151). Nel diritto penale, Lutero sosteneva che il principe doveva utilizzare la spada e reprimere i crimini per ordine divino (207–211). Nel diritto privato, ebbero un contributo significativo gli scritti di Lutero e di Calvino sull'usura (249–252) e poi i lavori di sistemazione di giuristi (256–265) come ad esempio Johann Apel (1486–1536) e François Connan (1508–1551).

L'autore termina osservando come la Riforma abbia portato effetti in tutti i campi del diritto.

Pertanto è necessario constatare la differenza tra le aree governate dalla confessione cattolica e le aree governate dalla Riforma. Si dovrebbe parlare di una partizione confessionale anche nel diritto. Lo scisma coinvolse, infatti, non solo i teologi ma anche i giuristi (276–277), con conseguenze perfino nel diciottesimo secolo, ad esempio nella rivoluzione francese (281–282) e nella codificazione austriaca (282–290). Inoltre la Riforma, eliminando l'autorità legislativa della Chiesa, contribuì in modo sostanziale al processo di secolarizzazione (297–298).

*Das Recht der Reformation* getta un accurato sguardo sulla Riforma e sulle sue implicazioni non solo nel campo del diritto, ma anche nel campo della filosofia, della politica e dell'economia. In particolare, l'idea di una «rivoluzione epistemologica» alla base del lavoro dei giuristi protestanti rivela un'immagine diversa della Riforma e dei suoi effetti nel campo del diritto. Il saggio di Schmoeckel è anche pregevole per la quantità e varietà di testi analizzati. Il lettore vi troverà una base per successive ricerche e un'ottima introduzione al tema del rapporto tra Riforma e diritto.

Il lettore più critico potrebbe osservare l'utilizzo, a volte, di astrazioni o sistemi che possono dare l'impressione di voler rinchiudere l'esperienza dei giuristi e dei teologi all'interno di schemi, che non rendono ragione del reale dinamismo. Inoltre, lo sforzo di determinare l'impatto della Riforma sul diritto porta con sé il rischio di dubbie conclusioni, che sono state rilevate da un'autorevole recensione.<sup>1</sup> Non si può tuttavia negare che il libro fornisce ampi spunti di riflessione e contribuisce così ad allargare gli orizzonti della storia del diritto. Il coraggio, poi, dell'autore di proporre una così delicata ed impegnativa ricerca, merita il premio di un'attenta lettura.

1 PETER OESTMANN, recensione a Mathias Schmoeckel, *Das Recht der Reformation. Die epistemologische Revolution der Wissenschaft und die Spaltung der Rechtsordnung in der Frühen Neuzeit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, 311 S., in: *Mitteilungen des Historischen Vereins der Pfalz*,

Onlinerezeensionen: [http://www.hist-verein-pfalz.de/downloads/150219\\_Schmoeckel.pdf](http://www.hist-verein-pfalz.de/downloads/150219_Schmoeckel.pdf) (consultato il 10 maggio 2016).

Michael Stolleis

## Ein zu weites Feld\*

Die Studie der Frankfurter Historikerin ruht auf ihren früheren Arbeiten über frühneuzeitliche politische Predigten, vor allem in den Forschungsbibliotheken Gotha und Wolfenbüttel, sowie auf einem Projekt im Exzellenzcluster »Die Herausbildung normativer Ordnungen«. Ein Forschungskonzept »Politische Kommunikation in der Frühen Neuzeit« lag bereits seit 2007 vor. Daraus ist nun ein Buch geworden, an dem man aus mehreren Gründen die innere Balance vermisst und das viel enger zugeschnitten ist, als der weite Titel verheißt. Die Autorin möchte in der vielstimmigen religiös-politischen Semantik des 16. und des frühen 17. Jahrhunderts jene Position besonders herausheben, die als »politica christiana«, »Christliche Politik« oder »Christen-Staat« bezeichnet wurde. Sie unterstreicht, im Einklang mit der neueren Forschung, dass solche christlichen und naturrechtlichen Begründungen eines Widerstandsrechts und die Betonung der Frömmigkeit für Herrschende und Beherrschte keine Außenseiterpositionen und keine Spezialität des Luthertums waren, sondern in Europa konfessionsübergreifend diskutiert und weitgehend akzeptiert wurden. Das Thema eines möglichen Widerstands gegen eine religiös-konfessionell unterdrückende Obrigkeit ist nur ein Aspekt jener weiter gefassten »christlichen Politik«. Dass auch die Lutheraner über das Widerstandsrecht diskutierten, vor allem im 16. Jahrhundert, ist unbestreitbar. Sie taten dies ebenso wie Katholiken oder Calvinisten, wenn sie konfessionspolitisch in Bedrängnis waren. Das war naheliegend. Aber genügt es, um den vielfach bestätigten Gesamtbefund, das Luthertum habe aufgrund seiner an die weltliche Obrigkeit angelehnten Struktur auch stärker obrigkeitlich gedacht, zum Vorurteil zu erklären?

Beschrieben wird zunächst die ab 1529 geführte protestantische Debatte um ein Widerstandsrecht der protestantischen Reichsstände gegen den Kaiser und gegen ein *ius reformandi* der jeweiligen

städtischen oder landesherrlichen Obrigkeiten. Dabei unterschied man drei Aufgaben. Alle Obrigkeit war verantwortlich für den *status politicus*, also für »Schutz und Schirm« des Gemeinwesens. Der *status oeconomicus* war die Sache des »ganzen Hauses«. Kirche und Kanzel hatten den *status ecclesiasticus* zu bewahren. Das Kernproblem lag damit in der heftig diskutierten Abgrenzung der politischen von der kirchlichen Zuständigkeit. Eine christliche Obrigkeit konnte nicht tatenlos zusehen, wenn der *status ecclesiasticus* in Unordnung war oder dem jeweils als »falsch« angesehenen Weg folgte; denn der rechte Glaube war Teil der öffentlichen Ordnung. Insofern war die Obrigkeit Hüterin nicht nur der weltlichen Ordnung, sondern auch »beider Tafeln« des Dekalogs. Entsprechend begründeten die protestantischen Reichsstände ihr Widerstandsrecht gegen den Kaiser als legitime Notwehr gegen Verletzung des göttlichen Rechts, des Naturrechts und – seit dem Augsburger Religionsfrieden von 1555 – auch des Reichsverfassungsrechts. Die katholische Publizistik hielt dagegen, die protestantischen Fürsten seien Aufrüher, denen der Kaiser als väterlicher Hüter der öffentlichen Ordnung entgegenzutreten habe. Auch hier spielte die der mittelalterlichen Tradition entstammende Drei-ständelehre eine zentrale Rolle.

Unbestritten ist aber heute auch, dass die Drei-ständelehre gegen Ende des 16. und vollends im 17. Jahrhundert allmählich von Argumenten aus dem Reichsverfassungsrecht überlagert wurde, freilich weniger bei Theologen als bei Juristen. So sehr sich alle Obrigkeiten jener Zeit als christlich verstanden und sich selbstverständlich auf den Dekalog beriefen, so schwand doch nach dem Schmalkaldischen Krieg und erst recht im Verlauf des Dreißigjährigen Kriegs die Überzeugungskraft des theologischen Arguments. Das mag anders erscheinen, wenn man sich auf die Hofprediger konzentriert; denn für diese musste die »christliche Politik« unverzichtbare Grundlage ihres Amtsver-

\* LUISE SCHORN-SCHÜTTE, Gottes Wort und Menschenherrschaft. Politisch-Theologische Sprachen im Europa der Frühen Neuzeit, München: C. H. Beck 2015, 303 S., ISBN 978-3-406-68235-3

ständnisses bleiben.<sup>1</sup> Aber für die sich nun ausbreitenden überkonfessionellen »Politiken«, die Naturrechtssysteme und die ersten Lehrbücher des positiven Reichsverfassungsrechts ist gerade typisch, dass sie oft konfessionelle Festlegungen vermeiden, indem sie juristisch argumentieren. Insofern geraten dezidiert »christliche Politiken« im Laufe des 17. Jahrhunderts in die Defensive. Dietrich Reinkingks »Biblische Policy« (1653) und Veit Ludwig von Seckendorffs »Christen-Stat« (1685) waren, als sie erschienen, Alterswerke ihrer Autoren und nicht mehr zeitgemäß, auch wenn sie weitere Auflagen erlebten.

Diese generelle Verschiebung bis in das letzte Drittel des 17. Jahrhunderts, mit dem die Frühaufklärung einsetzt, muss man beachten, wenn man die hier vorgeführten, meist lutherischen, Theologen zur Kenntnis nimmt. Blickt man vor allem auf sie, dann kann man tatsächlich in der zweiten Hälfte des 16. und im frühen 17. Jahrhundert eine konfessionsübergreifende deutsche, ja europäische Debatte um Rechte und Pflichten einer christlichen Obrigkeit verzeichnen. Es ist deshalb wichtig zu sehen, welche Stimmen hier nicht gehört werden, nämlich der anschwellende Chor derjenigen, die sich in der Ausweglosigkeit der Religionskriege von den theologischen Aussagen abwendeten und auf einen starken, neutralen Staat setzten. Bei Schorn-Schütte fehlen nicht nur die reformierten Autoren von Politiken (Paraeus, Danaeus, Keckermann, Clapmarius),<sup>2</sup> sondern auch Machiavelli, Bodin und Hobbes, die es darauf anlegen, Politik, Souveränität und Staat unabhängig von Gottes Wort zu denken. Machiavelli wird in diesem Buch nur einmal erwähnt, Tacitus und Lipsius werden übergangen. Dass Alberico Gentili in Oxford ausrief »silete theologi in munere alieno«, bleibt ebenso unerwähnt wie der sonst wenig bekannte Michel Krepis aus Mainz, der 1620 erklärte: »Und soll uns Politische der gelehrten Theologen zanck und ohneinigkeit nicht so viel hindern können.« Von zahlreichen Juristen ist nur andeutungsweise be-

kannt, welcher Konfession sie folgten. Das hat Christoph Strohm in seiner Arbeit über die reformierten Juristen betont.<sup>3</sup> Deren Zurückhaltung lag aber auch nicht primär am religiösen Bekenntnis, sondern an der Profession; denn in ihren Büchern oder Gutachten hatten sie ganz andere Fragen auf der Grundlage anderer Texte zu beantworten. Zudem war es für Juristen und Autoren von »Politiken«, die sich als fachliche Elite verstanden und durch die Fachsprache Latein international verbunden waren, nicht zwingend und aus Karrieregründen auch nicht ratsam, sich konfessionell festzulegen.

Die Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts, so muss man bündig und mit Bedauern feststellen, kommen in diesem Buch nicht wirklich zur Sprache. Sie wären über die Hilfsmittel zum 18. Jahrhundert (Pütter, Moser, Lipenius) sowie vor allem über Stintzing-Landsberg, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, gut zu erschließen gewesen. Wenn Namen von Juristen fallen, dann stützt sich die Autorin fast immer auf Sekundärliteratur. So ist im Plural von den »Greifswalder Rechtslehrern« Matthias und Joachim Stephani die Rede, dann wird aber daraus ein (Joachim) »Stefani« im Singular. Für Modrevius, dessen Werke immerhin in einer polnischen Akademieausgabe vorliegen, fehlt die ältere Literatur; die Autorin verwendet hier offenbar einen noch ungedruckten Beitrag von M. Ptaszynski (Anm. 740). Zu Adam Contzen findet der Leser nur den Hinweis auf E. A. Seils (1968), nicht jedoch auf die Arbeit von Robert Bireley (1975). Wenn neben der bekannten »Biblischen Policy« von Reinkingk (sie wird in Fußnote 432 auf 1553 datiert und taucht im Quellenverzeichnis als anonymes Werk auf, ebenso wie Friedtlieds *Prudentia politica*) der erwähnte »Christen-Stat« von Veit Ludwig von Seckendorff nicht vorkommt, dann klafft selbst bei der *Politica christiana* eine erhebliche Lücke. Zu Reinkingk gibt es rechtshistorische Literatur, so einen Aufsatz von Christoph Link (erstmal 1977), von dessen Habi-

1 MATTHIAS MEINHARDT, ULRIKE GLEIXNER, MARTIN H. JUNG, SIEGRID WESTPHAL (Hg.), Religion Macht Politik. Hofgeistlichkeit im Europa der Frühen Neuzeit (1500–1800), Wiesbaden 2014.

2 HEINRICH DE WALL (Hg.), Reformierte Staatslehre in der Frühen Neuzeit, Berlin 2014.

3 CHRISTOPH STROHM, Calvinismus und Recht. Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen in der Frühen Neuzeit, Tübingen 2008.

litationsschrift von 1979 ganz abgesehen. Die Behauptung, bei der Ausbildung der Theologen ließe sich »für genaue Zeiträume die Dominanz bestimmter Universitäten feststellen, bei den Juristen ist das selten möglich« (121), ist nicht zutreffend, ebenso die Feststellung, im Gegensatz zu den theologischen Promotionen sei ein Anwachsen der Zahlen juristischer Promotionen nicht zu verzeichnen. Die juristischen Dissertationen der Frühen Neuzeit liegen, wohlgeordnet und katalogisiert, in Frankfurt parat.<sup>4</sup> Man müsste sie nur einsehen, um auch für die Juristen die fast selbstverständliche Dominanz bestimmter Universitäten und die signifikante Zunahme der Promotionszahlen festzustellen.

Insgesamt muss man sagen, dass die Autorin die Ergebnisse ihrer vielfältigen Forschungsprojekte hier zu bündeln versucht, dass aber das Bündel weder von einer klaren oder neuen These noch von hinreichender Bearbeitung des juristisch-politischen Sektors zusammengehalten wird. Die beigegebenen Säulen- oder Tortendiagramme, die über die Argumentationstopoi und Berufe informieren sollen, suggerieren Genauigkeit, sind aber in ihren Aussagen ganz blass. Ihre Basis (30 bzw. 19 Personen) ist viel zu schmal. Von den drei Gruppen (»Politiker«, Theologen, Juristen) lassen sich *Politici* und Juristen kaum voneinander trennen. Warum der eine oder andere sich Argumenten aus dem römischen Recht samt Lehnrecht, der Reichsverfassung (Landfrieden), der Dreiständelehre, der *Leges bibliae* oder aus dem »Herkommen« bediente und wie er die Argumente kombinierte, wie sich Akzente verlagerten oder Pointen gesetzt wurden, kann so nicht vermittelt werden. Trotz einer Fülle zitierter Literatur in fast 800 umfangreichen Fußnoten ist es kein Werk, das den großen Überschriften (»Was ist politische Kommunikation«, Politi-

sche Kommunikation im Alten Reich 1530–1650; Europäische Fallstudien) gerecht würde und zu wirklich neuen Erkenntnissen führte. Die Abhängigkeit von Sekundärliteratur wird gerade in den Fallstudien zu England, Frankreich, nördliche Niederlande, Erzherzogtum Österreich und Polen deutlich. Wir erfahren insgesamt, dass die Debatte um das Widerstandsrecht gegen eine den Glauben bedrohende Obrigkeit in ganz Europa stattfand, aber eben, wie zu erwarten, in unterschiedlichen katholischen, lutherischen und reformierten Kontexten und in verschiedenen politischen Lagen. Sie ist Teil der politischen Kommunikation im Reich und in Europa bis zum Ende des Dreißigjährigen Kriegs. Dass diese Kommunikation sich aber von der Hoffnung auf (Wieder-)Herstellung einer »christlichen Politik« schrittweise entfernte, um Argumenten aus dem Völkerrecht und dem Reichsverfassungsrecht Platz zu machen, muss sich der Leser selbst erschließen. Der umfassende Anspruch der Theologie auf Ordnung der privaten und öffentlichen Welt ging in dem Maße zu Ende, als sich Recht und Politik zu separaten Kommunikationsfeldern entwickelten. In traditioneller Sprechweise könnte man sagen, dass sie sich von theologischer Bevormundung befreiten. Die Hofprediger stemmten sich dem entgegen. Das war ihr Amt. Aber wie und warum ihre Predigten und die gesamte Theologie im Laufe des 17. Jahrhunderts in ganz Europa an spezifischem Gewicht verloren, vom aufgeklärten 18. Jahrhundert ganz zu schweigen, wäre die Aufgabe einer umfassenden Theologiegeschichte »im Kontext«, die in diesem Rahmen verständlicherweise nicht geleistet werden konnte.



4 Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Juristische Dissertationen des 16.–18. Jahrhunderts aus Universitäten des Alten Reichs. Siehe [www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de). Es handelt sich um 72.690 Titel.

**Karl Härter**

## Religiöse Devianz zwischen Kriminalitätsgeschichte, sozialer Praxis und konfessionellen Diskursen\*

Die 18 Beiträge des Sammelbands behandeln das auch rechtshistorisch interessierende Thema der »religiösen Devianz«, die zwischen schweren Delikten wie Gottlosigkeit, Hexerei oder Blasphemie und nonkonformistischen Glaubenspraktiken, Dissimulation und Eigensinn verortet wird. Dieses breite Spektrum, zu dessen einzelnen Erscheinungsformen bereits ergiebige Forschungen existieren, soll mit neueren sozialwissenschaftlichen und kriminalitätshistorischen Ansätzen, Methoden und Fragestellungen durchleuchtet werden: Nicht mehr Kirche und Staat, sondern der Herstellungsprozess religiöser Abweichung, deren Zuschreibung und die Sanktionierung/Stigmatisierung und damit die Praxis des Umgangs mit religiöser Devianz stehen im Mittelpunkt des Forschungsfeldes. Dessen Dimensionen legen die Herausgeber in der Einleitung systematisch und überzeugend dar und betonen als zentrale Forschungsleitlinien die stärkere Berücksichtigung von religiöser Pluralität, gruppenbezogener und konfessionsübergreifender Devianzen bzw. übergreifender Deliktfelder sowie das Zusammenwirken von religiösen, sozialen und rechtlichen Normen und Praktiken. Vollständigkeit kann freilich nicht erzielt werden und daher beschränkt sich der Band auf exemplarische Fallstudien zum konfessionellen Zeitalter, welche die variantenreiche religiös-konfessionelle Landschaft Europas ausreichend abdecken.

Thematisch und methodisch fallen die Beiträge allerdings sehr unterschiedlich aus, was sich in der Gliederung in fünf Sektionen widerspiegelt: Auf die einleitende Konturierung des Forschungsfeldes durch Eric Piltz und Gerd Schwerhoff folgt in der ersten Sektion »Einleitende Überlegungen« ein

zeitlich weiter zurückgreifender Überblick zur Gottesstrafe in der theokratischen Strafrechtslehre des 16. und 17. Jahrhunderts (Harald Maihold). Die Beiträge von Andreas Holzem, Marina Münkler und Annemarie Hagmayer in der zweiten Sektion »Predigt und Polemik« untersuchen am Beispiel katholischer Predigten über Martin Luther, protestantischer Polemik gegen katholische Legenden und Leichenpredigten auf sächsische Beamte und Christian I. von Sachsen theologische und auch rechtliche Diskurse und zeigen die normativen Zuschreibungskategorien, Begründungsmuster und Semantiken der Konstruktion von Differenz und Devianz auf. Konfessionell-theologische Debatten und deren Protagonisten behandeln auch die drei Beiträge von Martin Skoeries, Andreas Pietsch und Jürgen Müller in der fünften Sektion »Dissimulation und Eigensinn«, die Konzepte wie die religiös-konfessionelle Simulation/Nikodemismus, die Ekklesiologie des Dirck Volckertzoon Coornhert und Pieter Bruegels Bild »Blindensturz« detailliert rekonstruieren.

Deviantes Verhalten, das als Sünde oder Verbrechen konzeptualisiert, zugeschrieben und sanktioniert wurde, steht dagegen im Mittelpunkt der Fallstudien von Gerd Schwerhoff, Francisca Loetz, Johannes Dillinger, Sebastian Schmidt und Alexander Kästner in der dritten Sektion »Deliktfelder«. Untersucht werden Hexerei und (Gottes-)Lästerei, Sexualdelikte, politische Kriminalität bzw. Attentate und Aufstände, Armut bzw. Bettelei und Müßiggang sowie Selbstmord. Auch die Beiträge von Astrid von Schlachta, Daniel Eißner, Yvonne Kleinmann, Manja Quakatz und Lionel Laborie behandeln in der vierten Sektion mit sozialen und rechtlichen Kategorien und Praktiken eng verbun-

\* Gottlosigkeit und Eigensinn. Religiöse Devianz im konfessionellen Zeitalter, hg. von ERIC PILTZ und GERD SCHWERHOFF (Zeitschrift für Historische Forschung, Beiheft 51), Berlin: Duncker & Humblot 2015, 530 S., ISBN 978-3-428-14481-5



dene Formen »gruppenbezogener Devianz«: die »Sekte« der Täufer, pietistische Handwerker als religiöse Übererfüller, Konflikte in einer religiös heterogenen polnischen Kleinstadt, muslimisch-osmanische Kriegsgefangene in München und religiöse Splittergruppen in England.

Den Sünden/Delikte und Gruppen untersuchenden Beiträgen gelingt es weitgehend überzeugend, die Interdependenzen zwischen normativ-diskursiver Devianzkonstruktion und Praxis des Umgangs mit religiöser Devianz herauszuarbeiten und das in der Einleitung dargelegte Forschungskonzept umzusetzen. Sie zeigen, dass sich religiöse mit rechtlichen Normen sowie soziale und politische Ordnungsvorstellungen verschränkten und die Zuschreibung, Verfolgung oder Sanktionierung religiöser Devianz in eine über den engeren Bereich des Religiös-Konfessionellen hinausgehende soziale und rechtliche Praxis eingebettet war. Religiöse Devianz erscheint damit auch als kulturell grundiert und kulturelle Differenzen prägten die entsprechenden Zuschreibungen. Dies wird besonders deutlich am Umgang mit devianten Gruppen – von den Täufern über die Armen bis zu Attentätern, Rebellen und Muslimen. Sie wurden teilweise als »Sekten« etikettiert und als Bedrohung der gesamten Ordnung verfolgt, ausgegrenzt oder sozialer Kontrolle unterworfen.

Die Beiträge aus den anderen Sektionen beschränken sich dagegen weitgehend auf die Analyse der bereits gut erforschten theologisch-konfessionellen Debatten. Bezüge zur sozialen Praxis oder zum Recht fehlen insbesondere in den Fallstudien zu »Dissimulation und Eigensinn«. Offen bleibt, wie Simulation/»Nikodemismus«, »Ekklesiologie eigener Art« oder »überkonfessionelle Orthodoxie« in einer sich beständig verändernden religiös-konfessionellen Praxis von »handelnden

Akteuren« als Devianz wahrgenommen und zugeschrieben wurden. Zwar lassen sich Positionen, Polemiken und Kontroversen als »Abweichungen« und Erzeugung entsprechender Zuschreibungen lesen, dabei verschwimmt jedoch religiöse Devianz, wie sie die Herausgeber einleitend konzeptualisiert haben, in den Verästelungen der konfessionell-theologischen Diskurse, deren Relevanz für die Praxis des Umgangs mit religiöser Devianz nicht immer deutlich wird. Um nicht in dem allgemeinen Konfliktfeld der Abgrenzung und Ausbildung der Konfessionen – und damit in der Konfessionalisierungsforschung – konturlos aufzugehen, bedürfte es folglich einer noch schärferen Konturierung und Eingrenzung des Konzeptes religiöser Devianz im Hinblick auf soziale Praxis, Kriminalität und Recht.

Den Beiträgen, welche die Interdependenzen zwischen religiösen und anderen normativen Diskursen und den variierenden Praktiken der Zuschreibung und Sanktionierung von religiös-deviantem Verhalten in einer sozial-, rechts- und kriminalitätshistorischen Perspektive herausarbeiten, ist dies auch weitgehend gelungen. Dies gilt insbesondere für die Verschränkung von religiöser Devianz mit kulturellen Zuschreibungsmustern und politischer Kriminalität und die Bedeutung gruppenbezogener Etikettierungen wie die der »Sekten«, die für die weitere Forschung zur sozialen und rechtlichen Praxis religiöser Devianz lohnenswerte Ansätze bilden. Insofern kann der Band insgesamt ein Forschungsfeld konturieren, das auch für eine an kultureller Diversität und Kriminalität interessierte Rechtsgeschichte exemplarische Impulse geben kann.



Christoph H. F. Meyer

## Naturrecht als Praxis\*

Dass es ein in der Natur des Menschen begründetes überzeitliches Recht gibt, dem das menschliche Recht entspricht und an dem es sich messen lassen muss, ist ein Gedanke, der seit der Antike beträchtlichen Einfluss auf die Entwicklung von Rechts- und Gerechtigkeitsvorstellungen ausgeübt hat. Insofern liegt es nahe, die Geschichte des Naturrechts in rechtshistorischer Perspektive zu untersuchen. Wenn sich das Interesse der Rechtshistorie an diesem Gegenstand dennoch in Grenzen hält, dann hat das sicher auch damit zu tun, dass das Naturrecht heute – vorsichtig ausgedrückt – an den Rand juristischer Debatten gerückt ist. Davon abgesehen stellt es sich als ein eher sperriger und lebensferner Untersuchungsgegenstand dar. Es erscheint leicht als unüberschaubare Ansammlung komplizierter Lehrgebäude und vor allem als graue Theorie, die für das »positive Recht« und die Praxis fast bedeutungslos war.

Vor diesem Hintergrund lohnt es sich, das 2015 erschienene Buch »Natural Law in Court. A History of Legal Theory in Practice« des Chicagoer Juristen und Rechtshistorikers Richard Helmholz genauer in den Blick zu nehmen. Der Autor, ein ausgewiesener Kenner des Kirchenrechts und des *Common Law* in Spätmittelalter und Frühneuzeit, nähert sich der Geschichte des Naturrechts, wie der Titel bereits erkennen lässt, aus Sicht der Praxis neuzeitlicher Rechtsprechung, die er aus drei unterschiedlichen Perspektiven betrachtet, und zwar aus der des kontinentaleuropäischen *Ius Commune* und des englischen *Common Law* der Frühen Neuzeit sowie des amerikanischen Rechts zwischen Unabhängigkeit und Sezessionskrieg.

Um ein so weites Feld bearbeiten zu können, bedarf es der Beschränkung. So verzichtet Helmholz etwa auf die sich leicht verselbständigende Frage nach dem Begriff des Naturrechts (vgl. 178) und belässt es bei dem Hinweis (2 f.) auf zwei zentrale Voraussetzungen, die der Vorstellung einer Übereinstimmung von Recht und menschlicher

Natur historisch zugrunde liegen. Es sind dies erstens der Gedanke, dass Gott die Quelle des Naturrechts ist, und zweitens die Annahme einer Kongruenz von Naturrecht und natürlicher Vernunft, mit der Gott den Menschen ausgestattet hat. Eine zweite wichtige Selbstbeschränkung ist thematischer Natur. Der Verfasser benennt vier Fragestellungen (5–8), die er in seinem Buch nicht verfolgen kann. Er verzichtet darauf, einzelne Autoren näher zu betrachten, einen Normenkanon des Naturrechts zu präsentieren, religiös bedingte Unterschiede herauszuarbeiten und auf Entwicklungen oder Veränderungen einzugehen. Eine dritte Eingrenzung ergibt sich schließlich aus der Frage, unter welchen Gesichtspunkten das Quellenmaterial, d. h. vor allem Sammlungen von *Decisiones* kontinentaleuropäischer Gerichte und anglo-amerikanische *case reports*, zu untersuchen ist. Der Verfasser hat sich hier für einen quellennahen Zugriff entschieden (9 f.). Grundsätzlich berücksichtigt er nur solche Fälle und Entscheidungen, in denen ausdrücklich auf das Naturrecht oder eine entsprechende Umschreibung (z. B. *ratio universalis*, *iustitia naturalis*) Bezug genommen wird. Von diesem Prinzip macht Helmholz nur eine Ausnahme, und zwar wenn in den Quellen auf Rechtsregeln, die nach allgemeinem zeitgenössischem Verständnis Teil des Naturrechts waren, verwiesen wird (10).

Wie nun Helmholz seinen Gegenstand untersucht, zeigt die Gliederung des Buches. Nach einem Vorwort (VII–X), Verzeichnissen von Abkürzungen, *Ius commune*-Quellen sowie englischen und amerikanischen Fällen (XI–XXII) folgen eine Einführung (1–12) und sechs Kapitel, die sich entsprechend den betrachteten Rechtskulturen thematisch in drei Gruppen gliedern. In den ersten beiden Kapiteln geht der Verfasser mit Blick auf den europäischen Kontinent zunächst der Rolle des Naturrechts in der Juristenausbildung (1 Legal Education in Continental Europe, 13–40) und in

\* R[ICHARD] H. HELMHOLZ, *Natural Law in Court. A History of Legal Theory in Practice*, Cambridge (Ma.)/London: Harvard University Press 2015, XXII, 260 S., ISBN 978-0-674-50458-5

der Rechtsprechung (2 The Law of Nature in European Courts, 41–81) nach. Diesem dichotomen Schema folgt er auch mit Blick auf das englische *Common Law* (3 Legal Education in England, 82–93; 4 The Law of Nature in English Courts, 94–126) und die USA (5 Legal Education in the United States, 127–141; 6 The Law of Nature in American Courts, 142–172). Das Buch endet mit einem Schlusskapitel (173–178), umfangreichen Anmerkungen (183–239), einem Quellenverzeichnis (241–250) sowie einem Register (251–260).

Die zum Teil identischen Kapitelüberschriften deuten darauf hin, dass es Helmholz nicht nur um eine Geschichte des Naturrechts in der Praxis geht. Auch wenn er dies nicht als Erkenntnisziel formuliert, fordert die Anlage des Werkes zu einem vergleichenden Blick auf die drei Rechtskreise heraus. Während dies hinsichtlich der Juristenausbildung aufgrund der recht unterschiedlichen Rahmenbedingungen nur begrenzt möglich ist, bietet sich im Zusammenhang mit der Rechtsprechung die Gelegenheit, die Ergebnisse nach den gleichen Kriterien geordnet darzubieten. Der Verfasser macht von dieser Möglichkeit Gebrauch und präsentiert seine Beobachtungen anhand von sieben (gemeinsamen) bzw. (insgesamt) neun Gliederungspunkten: *procedural law*, *law of the family and succession*, *the law of slavery* (nur bezüglich der englischen und amerikanischen Rechtsprechung), *criminal law*, *economic regulation*, *interpretation of statutes*, *restraints on the exercise of power* und *the ecclesiastical and admiralty courts* (nur für die englische Rechtsprechung).

Die derart strukturierte Darstellung bietet dem Leser Gelegenheit zu vielfältigen Vergleichen, so etwa bezüglich des Familienrechts, wenn man an Bezugnahmen auf das Naturrecht im Zusammenhang mit dem Verbot von Verwandtenehen (63, 107, 158 f.) oder der Stellung unehelicher Kinder (53 ff., 103, 159 f.) denkt. Doch sollte das komparatistische Potential nicht von der eigentlichen rechtshistorischen Zielrichtung des Buches ablenken. Diese liegt abgesehen von Beobachtungen zur Geschichte der neuzeitlichen Juristenausbildung in der Zusammenstellung und inhaltlichen Analyse mannigfaltiger Bezugnahmen auf das Naturrecht im Rahmen (früh-)neuzeitlicher Rechtsprechung. Vieles davon fordert zur Vertiefung heraus. Dabei erscheinen nicht zuletzt die historischen Rahmenbedingungen von besonderem Interesse, wenn man etwa an die Aneignung herrenloser

Sachen (z. B. wilder Tiere) in der Neuen Welt denkt (155 f.).

Jenseits bemerkenswerter Details stellt sich allerdings die Frage, worin nun die Rolle des Naturrechts insgesamt bestand und wie sie zu bewerten ist. Die Frage ist ebenso naheliegend wie problematisch, weil in ihr Erwartungen mitschwingen können, die von modernen positivistischen Rechtsvorstellungen gespeist sind. Erwartungen, denen die Vormoderne schwerlich gerecht werden kann, gaben doch Naturrechtsargumente vor Gericht in vielen Fällen gerade nicht den Ausschlag, ohne dass man das Naturrecht deshalb als rechtlich bedeutungslos abtun könnte (10 ff.). Wenngleich Helmholz auf den deskriptiven Charakter seiner Untersuchung hinweist (11), geht er im Schlusskapitel auf die gerade angedeuteten Überlegungen ein, wenn er sechs übergreifende Ergebnisse seiner Untersuchung formuliert. Drei davon sind in diesem Zusammenhang von besonderem Interesse (175–178). Erstens zeichnen sich die untersuchten Rechtskreise, soweit es Bezugnahmen auf das Naturrecht und Anwendungen naturrechtlicher Prinzipien vor Gericht betrifft, eher durch Gemeinsamkeiten als durch Unterschiede aus. Das gilt nicht zuletzt für die Sprache des Rechts: »When lawyers in sixteenth century Italy or nineteenth-century Virginia discussed points of practice connected to the law of nature, they were speaking a common language.« (176) Zweitens sind die Leistungen eines gemeinhin als Teil des positiven Rechts begriffenen Naturrechts durchaus erkennbar, und zwar insbesondere bei der Entwicklung allgemeiner Rechtsprinzipien. Drittens schließlich hebt der Verfasser die Grenzen des Naturrechts hervor. Seine historische Bedeutung als kleiner Teil eines großen Kosmos (früh-)neuzeitlicher Rechts- und Gerechtigkeitsvorstellungen war – auch in den Augen der Zeitgenossen – überschaubar.

Die Abgewogenheit, mit der Helmholz urteilt, zeigt einmal mehr, dass es ihm nicht um den geschichtlichen Beleg überzeitlicher Wahrheiten, sondern um rechtshistorische Befunde geht. Helmholz geht mit der für eine solche Pilotstudie gebotenen Umsicht zu Werke und verzichtet darauf, scheinbare Gewissheiten zu präsentieren, wo noch keine sein können. Dabei sind manche seiner Positionen und Erkenntnisinteressen durchaus erkennbar. Das betrifft auch den Gegenstand, wenn man an die dem Naturrecht zugebilligte positive Rolle in der Rechtsentwicklung (»the law of nature has been a modest force for the good«, 177) denkt,

vor allem jedoch die Untersuchungsperspektive, d. h. die Blickrichtung des amerikanischen Juristen. Sie zeigt sich nicht nur in der intensiveren Beschäftigung mit dem anglo-amerikanischen Recht und der Konzentration auf die gemeinrechtlichen Traditionen Kontinentaleuropas, sondern auch in der Berücksichtigung der amerikanischen Rechtsprechung, die notwendigerweise aus dem eigentlichen Untersuchungszeitraum, d. h. der Frühen Neuzeit, herausfällt.

Wenngleich diese Schwerpunktsetzung ein gewisses Ungleichgewicht der Untersuchung mit sich bringt, ergibt sich gerade aus der Berücksichtigung der USA abgesehen von einer zusätzlichen Vergleichsgröße ein reizvoller Blick auf die Zeit nach 1800, der einen wesentlichen Vorzug des Buches ausmacht. Dessen wichtigste Leistung liegt darin, das Naturrecht für die Rechtshistorie aus den Höhen gelehrter Theorien auf den Boden einer bislang kaum erkundeten gerichtlichen Praxis geholt und so der Forschung einen neuen Blick auf einen altbekannten Gegenstand eröffnet zu haben. Eine Richtung, in die künftige Arbeiten gehen könnten, hat Helmholz bereits gewiesen, und zwar

in Gestalt der vier von ihm nicht weiter verfolgten Fragestellungen. Von diesen erscheint abgesehen vom Entwicklungsmoment vor allem die Rolle der Religion und der unterschiedlichen religiösen Traditionen von besonderem Interesse. Das gilt nicht nur für die verschiedenen Ausformungen des Naturrechtsdenkens in religiösen Kontexten (z. B. Thomismus und Scotismus), sondern gerade auch für das allmähliche Verschwinden des Naturrechts aus der Rechtsprechung, das wohl nicht zuletzt mit einer sich verändernden Rolle der Religion seit Ende des 18. Jahrhunderts in Verbindung stand. An diesem Punkt könnten sich auch nähere Aufschlüsse zu einer anderen Frage, der das vorliegende Werk in gewisser Weise seine Existenz verdankt (VII f.), ergeben, und zwar derjenigen nach dem Verhältnis von Naturrecht und Menschenrechten in der Rechtstradition der Moderne. – Doch ganz gleich, in welche Richtung künftige Untersuchungen gehen, Helmholz hat mit seinem Buch der rechtshistorischen Erforschung des Naturrechts neue Wege gebahnt. *Vivant sequentes!*



**José Luis Egío**

## Traductores e intérpretes en la Hispanoamérica colonial y sus crónicas\*

Una valiosa perspectiva general

La editorial John Benjamins Publishing Company dedica un volumen de su estimulante colección Benjamins Translation Library (BTL) a la importancia de la traducción para la formación del Imperio Español en América y a la forma instrumental en la que las crónicas de Indias fueron traducidas y difundidas en la Europa de la Modernidad Temprana y se siguen traduciendo hoy en día.

El libro *Translation and the Spanish Empire in the Americas* es obra de Julio Valdeón (Univ. de Oviedo), autor que desde 2011 ha publicado diversos trabajos acerca de la relación entre traducción e ideología en la América española de la Modernidad (en revistas como *Target: International Journal of Translation Studies* o *Bulletin of Spanish Studies*). Este nuevo trabajo supone la culminación y síntesis

\* JULIO VALDEÓN, *Translation and the Spanish Empire in the Americas* (Benjamins Translation Library, BTL), Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins Publishing Company 2014, 272 p., ISBN 978-90-272-5853-3

de investigaciones previas y resulta interesante en la medida en que aborda la gran mayoría de cuestiones debatidas por la historiografía actual a propósito del papel de la traducción y los traductores en la América española y en la difusión de las llamadas crónicas de Indias. Del carácter general del libro derivan tanto los aciertos y utilidad de la obra como también, ciertamente, sus lagunas o fallos. Los especialistas en una cierta área cultural o geográfica de Hispanoamérica o en una determinada crónica de Indias encontrarán mejorables, seguramente, algunos apartados y notarán la ausencia de grandes novedades en la investigación sobre temas específicos. A esta crítica se opone el mismo carácter de un libro realizado, claramente, con la finalidad de ofrecer un estado general sobre una materia ya de por sí amplia y difícilmente abordable en un breve volumen como el que reseñamos, algo que el mismo autor tiene en cuenta en el capítulo que abre el libro.

A la hora de estudiar la importancia de la traducción en las expediciones de conquista (capítulo 2), Valdeón apunta al papel crucial que los intérpretes, especialmente los nativos, tuvieron en descubrimientos y campañas militares. Valdeón no tiene en cuenta sólo este aspecto, ya tratado con amplitud en la historiografía dedicada a figuras como la Malinche o Felipillo, sino que se refiere a personajes menos conocidos e integra en su perspectiva aspectos sociales, económicos y culturales como el pago recibido por los intérpretes o la reputación de la que gozaban éstos entre indios y españoles. Gracias a su conocimiento de fuentes relativas a varias áreas geográficas, Valdeón analiza críticamente prejuicios anclados en la historiografía como el que hace del intérprete un traidor denostado por conquistadores y conquistados, mirada que, en su opinión, sería más bien una creación nacionalista decimonónica de la que los estudios postcoloniales actuales, tendentes casi siempre a acentuar los aspectos más oscuros de la dominación occidental sobre las poblaciones indígenas, se resiste a deshacerse.

Otros aspectos estudiados por Valdeón son el papel que la traducción tuvo en la administración de las colonias españolas en América y en el proceso de evangelización (capítulos 3 y 4). En estos capítulos, mejor contruidos que las secciones iniciales, el texto de Valdeón gana en ritmo, orden y consistencia.

A la hora de exponer el papel de la traducción en la administración de los dominios españoles en

ultramar, Valdeón expone con acierto las necesidades político-económicas que hicieron indispensable la presencia de traductores e intérpretes en las principales instituciones hispanas en América. El autor se concentra en aspectos como la necesidad de contar con información sobre las poblaciones nativas y sus actividades económicas para diseñar un sistema de tributación eficaz y explica la creación de un cuerpo de traductores, reconocidos y asalariados como oficiales reales, como un elemento acorde a la naturaleza del dominio español sobre las Indias. También las instituciones de justicia, a las que el indio no castellano-parlante podía tener acceso como parte litigante contando con la ayuda de un intérprete y en las que documentos o pinturas compuestas en las lenguas o códigos de los naturales podían ser tenidas en cuenta como piezas documentales en los procesos, recaban la atención de Valdeón en este tercer capítulo. Los especialistas en la historia del Derecho de este período y área geográfica echarán de menos la referencia a algunos de los trabajos contemporáneos (firmados por Kellogg, Owensby, Puente Luna, Yannakakis, ...) de mayor relevancia para el estudio del uso de fuentes indígenas en los tribunales coloniales. Creemos que caso de haber sido tomados en cuenta y analizados por Valdeón, esta parte del libro hubiera podido ganar mucho en actualidad y consistencia.

Los capítulos centrales del libro destacan por su apertura multidisciplinar, útil a su vez para mostrar la forma en la que un estudio histórico de la traducción y su práctica debe conjugarse con las perspectivas histórico-legales, teológicas, sociales o económicas al uso. Entre la multitud de temáticas abordadas, resultan especialmente interesantes las secciones dedicadas por Valdeón a la institucionalización en la América española de determinadas variantes de algunas lenguas autóctonas, las llamadas lenguas generales, promovidas como lenguas oficiales de los organismos de la monarquía hispánica en distintas regiones americanas. Valdeón se acerca a la política lingüística practicada en la América española de los siglos XVI al XVIII con una perspectiva más matizada que la que encontramos en lecturas postcoloniales realizadas anteriormente por autores como Mannheim o Mignolo. Pese a reconocer el carácter impuesto de estas lenguas generales y su carácter como herramientas de control político y económico, Valdeón subraya la contribución de la alfabetización y estandarización a su pervivencia actual. En este sentido, cabe

destacar como otro de los méritos del trabajo de Valdeón, la capacidad crítica que permite al autor relacionar su trabajo sobre fuentes con las querellas historiográficas e ideológicas que se plantean hoy en día en torno a las fuentes estudiadas.

Los dos últimos capítulos analizan la importancia de la traducción en la elaboración de las crónicas de Indias escritas por clérigos, funcionarios o expedicionarios españoles y también en la gran circulación que alcanzaron en el mundo letrado europeo. El estudio de Valdeón cobra en estos capítulos finales una mayor sistematicidad y orden. El autor se hace eco de buena parte de las primeras crónicas sobre las civilizaciones americanas y los descubrimientos en el Nuevo Mundo. Aunque la clasificación de los distintos cronistas no siempre es acertada (las crónicas de López de Gómara o Fernández de Oviedo no se ciñen al área mesoamericana o caribeña, sino que sus trabajos tienen que ver, en realidad, con el conjunto de los dominios españoles en América), Valdeón los divide con buen criterio en cronistas del área mesoamericana y caribeña y cronistas de la región andina. Considerando las importantes diferencias existentes entre el ejercicio de la traducción operado en las crónicas por autores nativos (como los Chimalpáhin, Cusi Yupanqui o Guaman Poma de Ayala estudiados en la obra) y cronistas españoles, Valdeón distingue a unos de otros y considera a los nativos como autores que se apropian de herramientas europeas para dar su propia visión de la conquista y la dominación española. El autor se desmarca con acierto, en estas secciones, de las interpretaciones excesivamente idealizadoras que Schroeder y otros traductores y editores contemporáneos han realizado con respecto a las crónicas escritas por nativos amerindios. Valdeón desmiente

que la visión de los naturales sea particularmente crítica con la nueva dominación o la religión importada por los conquistadores, opinión bien informada que contribuye al debate abierto en la historiografía reciente sobre los rasgos distintivos de las crónicas indianas escritas por nativos.

En los capítulos finales de la obra, Valdeón pasa a estudiar la forma crítica con que se recibieron y tradujeron las crónicas y relaciones sobre América en la Europa Moderna. Evitando hablar de una Europa o un Occidente unido y en contraste con la alteridad amerindia, el autor del libro perfila una Europa del Antiguo Régimen igualmente fragmentada y dividida, en la que las crónicas indianas fueron utilizadas como instrumentos ideológicos en la pugna abierta entre potencias emergentes. En este contexto y como pone de manifiesto Valdeón, las traducciones de las crónicas indianas a las lenguas vernáculas europeas resultan, a menudo, muy distintas a las relaciones originales, viéndose deformado el relato original con una finalidad crítica característica en el ejercicio interpretativo de la traducción.

Otro aspecto encomiable en el libro de Valdeón es la amplia información que proporciona a propósito de las traducciones contemporáneas de las crónicas de Indias a lenguas como el inglés, el francés o el alemán. Valdeón es, de nuevo, sistemático y crítico en estas secciones, en la medida en que no sólo se limita a realizar un listado actualizado de estas traducciones, sino que en el caso de las traducciones al inglés, enjuicia críticamente su calidad y la concordancia semántica que guardan con los textos originales.



Renzo Honores

## Los intelectuales indígenas del periodo colonial\*

Un breve comentario a la edición de Ramos y Yannakakis

Este volumen editado por Gabriela Ramos y Yanna Yannakakis comprende diez estudios dedicados a examinar el crucial rol de los llamados «intelectuales indígenas» durante el periodo colonial. «Intelectuales indígenas» es una categoría analítica que hace referencia a un colectivo diverso de creadores de ideas, funcionarios (urbanos y rurales), gestores y agentes jurídicos (ver el prefacio de Elizabeth H. Boone, XI–XII). En los últimos años, esta categoría ha empezado a usarse en los estudios coloniales, lo que ha permitido renovar sustancialmente este fértil campo de trabajo. Esta perspectiva presenta a las poblaciones nativas como actores cruciales en la creación y el desarrollo de narrativas, discursos artísticos, culturales y legales, así como prácticas sociales durante la dominación hispánica. Las poblaciones indígenas se apropiaron de los instrumentos castellanos (el alfabeto escrito, la genealogía, la tradición intelectual y artística) produciendo sus propias interpretaciones para lo cual se basaron en su experiencia local. Esta aproximación, por tanto, invita a repensar el activo rol de las poblaciones indígenas durante el colonialismo. Adicionalmente, el volumen contribuye a ver el mundo hispánico colonial desde una visión comparada, y estudia así las regiones culturales de Mesoamérica – México específicamente – y los Andes. Este es un tipo de acercamiento que enriquece el estudio de las diversas facetas y expresiones del colonialismo en el Nuevo Mundo.

El texto está dividido en tres partes. La primera parte titulada «Funcionarios indígenas: etnicidad, redes e instituciones» reúne cuatro estudios. El primero de ellos, de Gabriela Ramos explora a los intérpretes y notarios (o escribanos) en las ciudades de Lima y el Cuzco, dos de los grandes centros andinos de los siglos XVI y XVII. La autora contrasta la experiencia y trayectoria de «intérpretes generales de la Audiencia de Lima» como Pedro Maiz y

Diego Solsol (nombrados luego de las reformas del virrey Francisco de Toledo) con los intérpretes-notarios de la ciudad del Cuzco. Maiz y Solsol cumplieron un rol de intermediación lingüística y, sobre todo, política en un contexto de rápida castellanización del valle de Lima. Esto contrastaba con la experiencia del Cuzco en donde una clase de intérpretes de origen mestizo se convirtieron en «lenguas» y «escribanos» (ambos a la vez) hacia el siglo XVII y fueron altamente influyentes como «intermediarios culturales» (30). Ramos sostiene que el oficio de «intérprete general» perdió rápidamente importancia en la Audiencia de Lima – lo que puede ser objeto de debate si se toma en cuenta el «segundo boom» de la litigación en el siglo XVII en los Andes. El segundo trabajo, por John Frederick Schwaller, examina la historia intelectual de dos notables personajes del México del siglo XVII: los hermanos Fernando de Alva Ixtlilxóchitl y Bartolomé de Alva. Ambos descendientes del notable rey-poeta de Texcoco del siglo XV, Nezahualcōyotl, cultivaron la historia y la teología. Fernando de Alva Ixtlilxóchitl escribió unas *relaciones* históricas y una *Historia del pueblo chichimeca* con el interés de incorporar la historia indígena de México dentro de la narrativa colonial dominante. Fernando de Alva fue también intérprete del Juzgado General de Naturales de México (48). En cambio, su hermano Bartolomé, sacerdote con estudios en la Universidad de México, estuvo más interesado en las labores pastorales y en el uso de ejemplos extraídos de la literatura castellana del siglo XVII, especialmente del teatro (refiriéndose a Calderón de la Barca y Lope de Vega, por ejemplo) con un propósito moralizante. Él fue traductor de estas obras al náhuatl y también autor del *Confesionario mayor y menor* (1634). El tercer trabajo, de John Charles, estudia la clase de los «indígenas letrados del siglo XVII». El autor indica que el

\* GABRIELA RAMOS, YANNA YANNAKAKIS (eds.), *Indigenous Intellectuals: Knowledge, Power, and Colonial Culture in Mexico and the Andes*, Durham: Duke University Press 2014, 323 p., ISBN 978-0-8223-5647-9

principal objetivo de los colegios fundados y administrados por los jesuitas – el Colegio del Príncipe, en Lima, y el de San Francisco de Borja, en el Cuzco – fue la formación «cristiana» de una clase de líderes indígenas, miembros todos ellos de la élite cacical. Dado su alto estatus social, ellos serían agentes claves para evitar el desarrollo de la «idolatría» y, en su lugar, el cultivo de la piedad y virtudes católicas. Sin embargo, uno de los resultados de esta educación fue el surgimiento de una clase de grandes expertos en la litigación. Caciques familiarizados con el uso de los canales civiles y eclesiásticos como Rodrigo de Guzmán Rupay Chagua (69). Una clase de caciques-litigantes había surgido hacia la década de 1550 en los recuentos más tempranos que se conocen del Perú colonial. Pero el grupo egresado de las aulas jesuitas tenía una mayor familiaridad con el «discurso letrado» y se transformó en una especie de asiduos litigantes-cristianos que demandaban mejores sacerdotes en sus pueblos. El último estudio de esta sección está a cargo de Yanna Yannakakis, quien examina el rol de los intérpretes en Oaxaca y el desigual acceso a la justicia debido a razones lingüísticas. El principal ejemplo de esa situación de marginalización es el de los mixes cuyos miembros no utilizaban ni el náhuatl – la *lingua franca* – ni el castellano. El conocimiento de estos idiomas para el uso judicial fue determinante en la región. Una consecuencia de esta exclusión de los mixes fue la arraigada idea de su «inferioridad». También la autora estudia cómo la educación cristiana introdujo la retórica del pecado a través del uso para propósitos pastorales de palabras zapotecas como «xihui» (89–90). Su investigación muestra una metodología para el estudio de la retórica legal colonial.

La segunda parte se ocupa de los «historiadores nativos» y cuenta con tres ensayos. El primero de ellos, de Susan Schroeder, estudia cómo Chimalpahin (Domingo de San Antón Muñoz Chimalpahin), autor del siglo XVII mexicano, prestó especial atención al rol de las mujeres en la historia de los nahuas. Chimalpahin fue un autor prolífico con una pericia lingüística en latín, náhuatl y castellano. Fue también activo miembro de un círculo de intelectuales nativos entre los que se encontraba Hernando de Alvarado y Fernando de Alva Ixtlilxóchitl (109). Su obra fue un esfuerzo monumental de 1500 páginas. El segundo ensayo, de Camilla Townsend, examina el caso de Juan Zapata (Juan Buenaventura Zapata y Mendoza) quien era miembro de un linaje aristocrático y

además regidor y alcalde. Su historia de Tlaxcala es una obra que recoge las ideas y versiones de los nobles tlaxcaltecos. Finalmente, el último ensayo, escrito por Alan Durston, evalúa la trayectoria intelectual de don Cristóbal Choquecasa, considerado como el principal autor del *Manuscrito* de Huarochirí de comienzos del siglo XVII. A través de la información brindada por el *Manuscrito*, Durston examina tanto el rol de Francisco de Ávila en la formación intelectual de Choquecasa como los objetivos de este último en la elaboración del texto. Durston considera que su objetivo central fue reafirmar su identidad cristiana (158). El manejo de la geografía que trasluce el texto y el conocimiento de las historias sagradas locales permiten pensar que los objetivos eran también legales y políticos. De hecho, la narrativa del *Manuscrito* fue reutilizada en casos judiciales en la década de 1640 (162–163). El autor concluye comparando las trayectorias vitales e influencias culturales de don Cristóbal Choquecasa y don Felipe Guaman Poma de Ayala.

La parte tercera, titulada «Formas de conocimiento», reúne los tres estudios finales. El primero, de María Elena Martínez, examina la importancia de la práctica genealógica en México y el Perú, estudia los registros nobiliarios comunes en ambas regiones y sus diferencias más significativas. La genealogía fue una práctica importante en las sociedades precolombinas. Fue reforzada por los españoles, aunque ellos introdujeron los principios de primogenitura y descendencia patrilineal (178). Martínez sostiene que entre los Andes y Mesoamérica hubo formas comunes de enfatizar esta pertenencia aristocrática (relaciones de méritos, probanzas, escudos heráldicos), aunque también diferencias. Indica que en el caso de los Andes, una región políticamente centralizada, las galerías de los reyes – y de miembros de la alta nobleza – fueron más usuales que en Mesoamérica, en donde los títulos primordiales cumplieron un rol central en las probanzas genealógicas. El penúltimo estudio, de Eleanor Wake, examina cómo los mapas mesoamericanos, sobre todo en México, tienen una estrecha relación con los cuerpos celestes y serían un ejemplo de la pervivencia de formas indígenas de graficar el espacio. La autora indica que el «boom» de estos materiales coincide con el proceso de composición de tierras (hacia 1590) y que por ello estos mapas indígenas – varios de los cuales son reproducidos en el texto – fueron usados como medios para la defensa de recursos como la tierra.



Su estudio es una instructiva exploración en el mundo de la cartografía indígena. Finalmente, el último ensayo es el de Kathryn Burns quien estudia a los escribanos en los Andes, especialmente en la ciudad del Cuzco y en sus alrededores. La iniciativa a favor de este nuevo grupo ocupacional procede del gobierno del virrey Francisco de Toledo (1569–1581), quien promovió una clase «letrada» indígena para detener, al menos en teoría, la litigación indígena en las Audiencias y corregimientos. Los registros muestran que a partir de 1590 una clase de escribanos indígenas era reconocible, siendo Pedro Quispe (248) uno de los más tempranos y representativos.

El libro concluye con las reflexiones de Tristan Platt, quien propone realizar comparaciones con la ciudad de Potosí y su complejo espacio regional (261). Dada su importancia económica y poblacional, Platt considera que Potosí muestra muchos de los ejemplos discutidos en el libro: el cultivo de la memoria indígena, el uso político de la narrativa social, el rol de los «lenguas generales» y la existencia de una ávida comunidad de consumidores legales. Platt cuestiona el uso unívoco de «intelectuales» en el libro para categorizar a este colectivo de autores nativos. Sostiene que las formas indígenas asocian estrechamente el pensamiento con la acción y que esa visión filosófica debería servir para definir la voz «intelectual indígena» o, mejor dicho, formas de conocimiento local; sus ejemplos son el shamanismo, las técnicas de alumbramiento, la agricultura y la metalurgia. En cambio, señala, al usar la palabra «intelectual» se restringe el mundo del pensamiento indígena al proyecto colonial, dado que se trata de un proceso de aprendizaje de formas y categorías de los colonizadores (267).

Todos estos trabajos constituyen valiosos estudios de caso y promueven nuevas avenidas para estudiar el pasado indígena de la región. Sin embargo, estos estudios se basan exclusivamente en los modernos estados nacionales de México y el Perú, dejando de lado importantes áreas culturales de vibrante producción indígena como Guatemala o, en el área andina, Bolivia y Ecuador – regiones estas últimas con una gran tradición de uso del Derecho (civil y canónico) y de las artes por artífices indí-

genas. Es cierto que es una tarea hercúlea procurar un recuento omnicompreensivo. El propio volumen establece claramente sus límites geográficos al restringirse a México en el caso de Mesoamérica y al asumir para los Andes que el caso del Perú (en sus actuales fronteras nacionales) es el más representativo. Sin embargo, tal vez el estudio de alguna otra región «periférica» hubiera servido para establecer ciertos matices y promover comparaciones. Otro punto pendiente del volumen es la discusión sobre las artes visuales y sus cultores indígenas durante la dominación hispánica. Estudios recientes (como los de Ananda Cohen Suárez) muestran la enorme importancia de esta actividad en los Andes coloniales y la gestación de una clase reconocible de expertos en la misma: Un colectivo de especialistas que cultivaban sus artes en parroquias rurales. En este volumen los trabajos de María Elena Martínez y, especialmente, de Eleanor Wake son los únicos que exploran esta faceta. El arte fue siempre central en la creación de formas e ideas y en la evangelización cristiana.

Unas palabras finales respecto al Derecho castellano. Aunque en el volumen se asume y menciona que el Derecho castellano (las Partidas alfonsinas, las regulaciones procesales, el arte notarial) fue crucial en las opciones de los agentes jurídicos, podrían haberse explorado las maneras en las que ese Derecho castellano fue reinterpretado y apropiado para los propósitos locales. Desde las formas posesorias – tan comunes en el antiguo régimen – hasta el lenguaje escrito (con fórmulas castellanas solemnes), el Derecho castellano pasó de ser el Derecho del colonizador al arsenal principal de muchos pueblos colonizados, una forma de «repensar» el Derecho – o los «Derechos» desde una perspectiva pluralista. El trabajo de creación intelectual consiste precisamente en una reinterpretación permanente de las cosas.

Este volumen es una contribución importante y renovadora para los estudios coloniales y es de enorme utilidad para muchas disciplinas interesadas en los cambios acaecidos en el Nuevo Mundo entre los siglos XVI y XVIII.



Constanza López Lamerain

## Pulling out the Thread: Canon Law and Ecclesiastical Forums at the Core of Spanish American Judicial History\*

Although canon law and ecclesiastical judicial traditions in colonial Spanish America are topics of increasing interest to historians, students and specialists in Latin American legal history still lack introductory historical studies on the general functioning and application of canon law and its attendant legal bodies.<sup>1</sup> Historians tend to focus on particular aspects of the exercise of canon law, ecclesiastical justice and other specific institutions such as studies on matrimonial disputes before diocesan tribunals, heresy accusations presented to the Holy Office, or legal proceedings of Indians before courts. The history of ecclesiastical law nonetheless remains marginal to the study of Latin American legal history. Jorge Traslosheros' new book, *Historia judicial eclesiástica de la Nueva España*, puts canon law squarely at the centre of the Spanish colonial normative order in America.

Traslosheros examines New Spain's ecclesiastical tribunals as an integral part of the Spanish juridical order. The volume reads like a textbook. The author informs about the origins and nature of ecclesiastical justice forums in colonial Mexico while exploring legal sources and the methodological intricacies that scholars face when studying ecclesiastical law, all in the greater context of juridical and judicial history of Spanish America. He shows how New Spain's ecclesiastical tribunals added new legal practices that arose from the particular American realities to a long judicial European tradition. This outstanding synthetic work is the result of thoughtful primary research<sup>2</sup> and the author's mastery of the secondary literature.

The book is organized in two parts and seven chapters. The first part presents canon law and ecclesiastical justice in New Spain as a topic worthy

of further research and study. His thoughtful and useful historiographical reflections on the various traditions regarding the study of judicial history in Latin America, the USA and Europe are noteworthy. To introduce lay readers to the topic, he discusses New Spain's ecclesiastical justice forums in detail to emphasise that the sacrament of confession and the diocesan pastoral visits, the Tribunal of the Holy Office, and the ordinary diocesan tribunals were all integral justice spaces of canon law. At the end of the first part, the book takes a pedagogical turn. Traslosheros reflects upon the historical methodologies and the critical use of sources emanating from ecclesiastical tribunals. He concludes that scholars should approach both secular and ecclesiastical justice courts as an integral part of »Derecho Indiano«, a field that studies the normative order of colonial Latin America.

The second part includes four reasons why the courts of ecclesiastical justice existed and mattered. It focuses on the anthropological realism of sin and crime, the reform of customs and behaviours, the protection of Indians as human beings and subjects of the Spanish Crown, and lastly, the harmonization of wills and pact renewals. These reasons are closely related, as they present stark justifications for the conquest of the New World and give a starting point in the construction of both political and religious normativity.

Inevitably the subject of canon law and ecclesiastical juridical history is complex. Nevertheless this textbook makes ecclesiastical law accessible to lay readers. With an informative tone and a good narrative style, Traslosheros facilitates the comprehension of ecclesiastical judiciary history. He concisely explains the technicalities to make the text accessible for non-experts. His lucid analysis of

\* JORGE E. TRASLOSHEROS, *Historia judicial eclesiástica de la Nueva España. Materia, Método y Razones*, Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México/Editorial Porrúa 2014, 204 p., ISBN 978-607-09-1728-8

1 JORGE E. TRASLOSHEROS, Introduction: Canon Law and its Practice in Colonial Latin America, in: *The Americas: A Quarterly Review of Latin American History* 73 (2016), 3–11.

2 See also JORGE E. TRASLOSHEROS, *Iglesia, justicia y sociedad en la Nueva España. La Audiencia del Arzobispado de México, 1528–1688*, México, Porrúa/Universidad Iberoamericana 2004.

difficult topics, such as the relationship between canon law and moral theology in the construction of a colonial juridical foundation or the connections and differences between sin and crime, makes for straightforward reading. This proves the author's fine writing skills. Moreover, the well-chosen examples that illustrate his arguments are taken from judicial processes of numerous document

repositories in Mexico and provide a vivid picture of the daily life of New Spanish society.

This book is an essential tool for those seeking a complete and erudite introduction not only to the history of law in New Spain, but to the institutional History of Spanish America as a whole. ■

**Max Deardorff**

## Cuestionando el «sistema de castas» – Categorías de identidad en los Andes coloniales\*

A pesar de que este libro es, claramente, la obra de una antropóloga, resulta interesante para los historiadores del derecho en la medida en que contrasta la elaboración jurídica y administrativa de categorías sociales en la América española colonial con la experiencia «situacional y multidimensional» de la identidad en la vida diaria. El trabajo de Rappaport sobre el Nuevo Reino de Granada – actualmente, Colombia – en los comienzos del dominio colonial entra, pues, de lleno en un diálogo crítico sobre el concepto de «raza» en Latinoamérica. Algunas contribuciones pioneras a esta discusión las realizaron Magnus Mörner y Douglas Cope para el mundo de habla inglesa. Sus trabajos han sido complementados con trabajos posteriores como los escritos por Ann Twinam, María Elena Martínez, Ilona Katzew, Rachel O'Toole, Magali Carrera y Ruth Hill. Rappaport tiene en cuenta estas obras y se posiciona entre los académicos que, en fechas recientes, han tematizado la posición liminal de los *mestizos* en la sociedad colonial (Sabine Hyland, Juan Cobo, Kathryn Burns, Berta Ares Queija, ...).

El objetivo de Rappaport es mostrar como categorías como la de *mestizo* no fueron identidades fijas que acompañaban a los individuos a lo largo de sus vidas, sino más bien calificativos identitarios que desaparecían y volvían a emerger

según el contexto. Para ello, Rappaport examina disputas sobre identidad jurídica que tuvieron lugar en procesos legales acaecidos en las primeras décadas de colonización española. La antropóloga compara estos procesos con los marcos identitarios que se encuentran en registros notariales y licencias de viaje. La principal finalidad de este trabajo es la creación de lo que Rappaport llama «escenarios etnográficos» (21–22). Su mirada en profundidad a los individuos y a sus redes sociales subraya cómo, por quién, y en qué contexto (4) fue usada la etiqueta «mestizo». Prestando atención, especialmente, a los énfasis discursivos, Rappaport sostiene que los descendientes de mestizos pasaban con frecuencia de un grupo social a otro y que era a menudo su *calidad*, expresada a través de un complejo cálculo que tenía en cuenta la etnicidad, pero también la moralidad, la religión, los privilegios o los círculos sociales la que determinaba el lugar que ocuparían en la sociedad. Este argumento supone un desafío a la historiografía precedente, que ha tendido a considerar un «sistema de castas» relativamente rígido – cuyas representaciones más conocidas son las *pinturas de castas* del siglo XVIII, características de una Nueva España en la que se asignó a los individuos identidades rigurosas de acuerdo a su procedencia genealógica – como el modelo dominante en las relaciones

\* JOANNE RAPPAPORT, *The Disappearing Mestizo: Configuring Difference in the Colonial New Kingdom of Granada*, Durham: Duke University Press 2014, 368 p., ISBN 978-0-8223-5636-3

sociales a lo largo de la historia colonial de Latinoamérica.

Rappaport construye su argumentación en varios pasos. En el capítulo 1 examina los casos de varias personas que «se hicieron pasar» por alguien distinto. Subraya, de este modo, la importancia fundamental del linaje (por encima de la raza genealógica) y de la «representación» de *calidad* en la construcción pública de las identidades. En el capítulo 2 reconstruye las redes sociales de personas con ascendencia mestiza. Rappaport se apoya en esas redes para demostrar que no existió una «idea de grupo» – identidad cohesiva – entre los identificados como mestizos. En el capítulo 3 sostiene que ser *mestizo* es, ante todo, un «proceso social de género» y demuestra la permeabilidad existente entre las principales divisiones sociales: indio, español y negro. En el capítulo 4 se fija en dos caciques de las primeras décadas de colonización que afirmaron orgullosamente su ascendencia española como parte de un proceso de afirmación de su legitimidad como líderes indígenas. En el capítulo 5 rastrea como la fisonomía fue trasladada a las categorías socio-raciales. Finalmente, en el capítulo 6 reflexiona acerca del problema de emplear el (fundamentalmente mexicano) sistema de castas como modelo aplicable a la totalidad del Imperio Español.

Una de las mayores sorpresas de este libro es el hecho de que, a pesar del título, Rappaport no se concentre exclusivamente en los individuos que hoy en día consideramos como «mestizos», sino que trabaje con una definición del concepto mucho más amplia. En la Modernidad Temprana, la gente empleaba a menudo la categoría «mestizo» para referirse a individuos con un progenitor español y otro progenitor indio. Ocasionalmente, el término fue empleado también para referirse a las personas con un trasfondo «mixto». De esta forma, por ejemplo, se refirió el noble andino Guamán Poma a la descendencia resultante de la unión entre caciques e indios del común. Este tipo de desencuentros entre los esquemas sociales de la Modernidad y la Modernidad Temprana permite a Rappaport desplazar el centro de interés analítico de la «raza» genealógica que implicaría el término *mestizo* a conceptos como *calidad* y *raza* (otro concepto que remonta a la Primera Modernidad, pero que en este período apuntaba más a la nobleza y la religión que al fenotipo). Rappaport considera estos términos como mucho más importantes en la construcción de las identidades coloniales.

Debido a este desplazamiento del foco de análisis, sus «escenarios etnográficos» están integrados por individuos provenientes de una amplia gama de contextos. Estudia, por ejemplo, la vida de la hija ilegítima de un encomendero y una mujer indígena, considerada «española» por sus iguales tras su matrimonio con un hombre español, y muestra como la misma mujer se convirtió en *mestiza* a los ojos de su comunidad tras haber tenido, más tarde, un enredo amoroso con un individuo *mestizo* que la «degradó». Otros escenarios incluyen las experiencias de mestizos que vivieron como indios, de personas de origen indeterminado de las que se decía que «parecían mestizos», y de mulatos que, o bien se integraron en las comunidades de nativos, o bien se presentaron como nobles españoles procedentes de áreas de colonización alejadas. En las páginas de Rappaport desfilan también un niño indio esclavizado que fue identificado como mulato y un conquistador probablemente descendiente de esclavos musulmanes traídos de la costa norteafricana.

Es cierto que la mirada de Rappaport a veces nos acerca más a estudios de caso más relacionados con el subtítulo («Configurando la diferencia») que con el título de la obra («Mestizos en desaparición»). En todo caso, sus profundos análisis, resultado de un trabajo archivístico meticuloso, demuestran que las clasificaciones étnicas que se mencionan en listas tributarias, censos o imputaciones hechas durante procesos judiciales, son fluidas y fueron construidas situacionalmente. Se trata de una conclusión realmente interesante ya que la negociación de la propia identidad, especialmente en los muchos casos de *mestizos* que Rappaport estudia, podía dar lugar a resultados legales muy concretos: haciendo, por ejemplo, que estos *mestizos* fueran considerados como personas no elegibles para desempeñar cargos en la administración española o exigiéndoles que pagaran tributos como el resto de indígenas. La mirada de Rappaport anima al historiador del Derecho a prestar siempre atención a los contextos locales y desconfiar de generalizaciones excesivamente amplias y tajantes. A pesar de que Rappaport extrae sus conclusiones basándose en casos del relativamente marginal Nuevo Reino de Granada, los argumentos de su investigación deberían ser considerados como relevantes por el amplio número de estudiosos que investigan otras regiones de la extensa área latinoamericana.



Otto Danwerth

## ›Die nackte Wahrheit‹ über Rebellionen in den Anden\*

Während des atlantischen Zeitalters der Revolutionen fanden in weiten Teilen des spanischen Amerika antikoloniale Rebellionen statt, die gemeinhin weniger bekannt sind als die Amerikanische oder die Französische Revolution. In der andinen Geschichte gilt das 18. Jahrhundert als »Zeitalter der Aufstände«. Mehr als hundert Revolten seit den 1730er Jahren kulminierten in den Rebellionen von 1780–1783. Auf dem Gebiet der heutigen Staaten Peru und Bolivien (Hochperu) bedrohten diese die spanische Kolonialherrschaft massiv und sollten in vier Jahren etwa 100.000 Todesopfer fordern. Tupac Amaru führte 1780–1781 die größte und berühmteste Rebellion im kolonialen Hispanoamerika an. Ihr widmet Charles Walker, Historiker an der University of California, Davis, seine jüngste Monographie. Nach einem Werk zum Erdbeben von Lima 1746 knüpft das hier besprochene Buch an Gedanken an, die er 1999 im zweiten Kapitel von *Smoldering Ashes* formuliert hatte.<sup>1</sup> Dort bildete die Rebellion Tupac Amarus den Beginn der Untersuchung, nun steht sie im Mittelpunkt.

Die einschlägige Historiographie ist umfassend. Sie reicht – vereinfacht gesagt – von den klassischen Werken der 1940er und 1950er Jahre eines Boleslao Lewin oder Daniel Valcárcel und der ersten englischsprachigen Gesamtdarstellung von Lillian Fisher (1966) über innovative Untersuchungen der 1980er Jahre von John Rowe, Jürgen Golte, Scarlett O’Phelan Godoy oder Alberto Flores Galindo bis zu jüngeren Studien von David Cahill, David Garrett, Sergio Serulnikov und Sinclair Thomson.<sup>2</sup> Arbeiten all dieser Autoren werden in den Endnoten von Walkers Buch verarbeitet, dem

leider eine Gesamtbibliographie fehlt. In der spanischen Übersetzung (Lima 2015) ist eine solche – leicht unvollständig – vorhanden.

Der Autor richtet sich nicht nur an das Fachpublikum, sondern möchte eine mit neuen Akzenten versehene narrative Geschichte der Rebellion vorlegen. Die Quellenbasis seiner zwölf Kapitel ist breit: Neben Zeugnissen aus spanischen und peruanischen Archiven zog er die zahlreichen Bände von Dokumenten (Berichte, Korrespondenz, Prozessakten) heran, die seit Anfang der 1970er Jahre vor allem in Lima anlässlich von Jubiläen ediert wurden. Hilfreich als Begleitlektüre ist eine englischsprachige Quellenauswahl, für die Walker die Einleitung verfasste.<sup>3</sup>

In den späten 1760er Jahren hatte José Gabriel Condorcanqui seinen väterlichen Nachnamen durch »Tupac Amaru« (Walker schreibt ihn ohne Akzent) ersetzt. Damit bezog sich der 1738 in Tinta geborene *Kuraka* von Tungasuca, Pampamarca und Surimana auf den gleichnamigen »letzten Inka«, der 1572 auf Betreiben von Vizekönig Francisco de Toledo in Cuzco als »Hochverräter« hingerichtet worden war. Dieser Name symbolisierte nicht nur den Anspruch des Mestizen aus der Hochlandprovinz Canas y Canchis, ein Nachkomme des Inka-Adeligen aus Cuzco zu sein, sondern verdeutlichte auch seinen Protest gegen die Lasten, die ihm und »seinen« Indigenen aufgebürdet wurden. Die Bourbonischen Reformen unter König Karl III., deren Umsetzung Generalvisitador José Antonio de Areche seit 1777 in Peru überwachen sollte, hatten schwerwiegende wirtschaftliche und politische Folgen. Die Schaffung des neuen Vizekönigreichs Río de la Plata 1776 auf Kosten Perus, eine

\* CHARLES F. WALKER, *The Tupac Amaru Rebellion*, Cambridge, Ma./London: Harvard University Press 2014, 376 S., ISBN 978-0-674-05825-5

1 *Smoldering Ashes. Cuzco and the Creation of Republican Peru, 1780–1840*, Durham/London 1999; *Shaky Colonialism: The 1746 Earthquake-Isunami in Lima, Peru, and Its Long Aftermath*, Durham/London 2008.

2 Vgl. auch DELFINA GONZÁLEZ DEL RIEGO ESPINOSA, *Tupac Amaru en Debate: Estudio Bibliográfico*, Lima 2001.

3 Neben einigen der 86 Bände aus der *Colección documental de la independencia del Perú* (Lima 1971–1976) ist die siebenbändige *Colección documental del bicentenario de la revolución emancipadora de Túpac Amaru* (Lima 1980–1982) zu nen-

nen, die anlässlich des 200. Jahrestages der Rebellion erschien. Siehe auch WARD STAVIG/ELLA SCHMIDT (eds.), *The Tupac Amaru and Catarista Rebellions. An Anthology of Sources*, Indianapolis/Cambridge 2008.

Verwaltungsreform, die Erhöhung der Verbrauchssteuer *alcabala*, die Einrichtung von Binnen-Zollstellen zwischen La Paz und Cuzco sowie die verstärkte Einforderung kolonialer Pflichten führten zu Protesten von Kreolen (in Amerika geborenen Spaniern) wie Indigenen. Letztere litten zunehmend unter den turnusmäßig zu verrichtenden Arbeitsdiensten (*mita*) vor allem in den Silber- und Quecksilberminen sowie unter dem Zwangshandel (*reparto*) mit Waren, von dem nur die *Corregidores* (Distriktsbeamten) profitierten.

Walker zeichnet ein lebendiges Porträt des charismatischen Tupac Amaru, der seit 1766 in der Nachfolge seines Vaters als *Kuraka* – in den Quellen auch *Cacique* genannt – von Tungasuca mit einer Unterbrechung (1769–1771) amtierte und damit verantwortlich für die Bereitstellung der indigenen Arbeitskräfte und für die Sammlung ihrer Tribute war. Dank seiner Tätigkeit als Geschäftsmann, im Transportwesen (Maultiere) und als zweisprachiger Mittler mit Schulbildung verfügte er über ein großes Netzwerk in Cuzco und Umgebung; weniger in Lima, obwohl er in der Hauptstadt des Vizekönigreichs Peru längere Zeit vor Gerichten prozessierte. 1777–1778 wies Generalvisitador Areche seine Klage wegen Missbrauchs bei den Arbeitsdiensten in den Silberminen Potosís ab. Einen zweiten Rechtsstreit – um seine Nachfolge als Inka-Erbe und damit um das ertragreiche Marquesado de Oropesa – entschied die *Audiencia* in Lima bis 1780 nicht. Vom spanischen Rechtssystem enttäuscht, kehrte Tupac Amaru in seine Heimatregion zurück – und handelte auf eigene Faust.

Am 10. November 1780 ließ er den *Corregidor* Antonio de Arriaga wegen dessen Exzessen im *reparto*-Handel festnehmen und hinrichten. Diese Tat war der Auslöser eines regionalen Aufstands, der sich zu einer andinen Rebellion ausweiten sollte. Bald schlossen sich zahlreiche *Kurakas* Tupac Amaru an, der als legitimer Inka-Nachfahre, gläubiger Christ und loyaler Untertan der Krone sowie im Namen des spanischen Königs auftrat. In seinen auf Quechua gehaltenen Reden vor Indigenen versprach er die Abschaffung von *mita*, *reparto*, *alcabala* und Zollhäusern; nur die Kopfsteuer sollte beibehalten werden. Er wollte das Rechtssystem vereinfachen, um Anwälte und Gerichtsprozesse überflüssig zu machen. Anders als andere Historiker sieht Walker in diesen Forderungen kein »Programm«; vielmehr müsse man Worte und Ereignisse der Rebellion analysieren (39–40; auf

Seite 46 spricht er allerdings von einem »program in action«).

Im Gegensatz zum Erfolg der Aufständischen im ländlichen Hochland konnte die städtische Bevölkerung nicht als Unterstützer gewonnen werden (mit Ausnahme von Oruro auch später nicht). Cuzco und sein inkaischer Adel widersetzten sich dem in ihren Augen provinziellen Emporkömmling, wurden zu Beginn der Rebellion aber militärisch in Sangará geschlagen. In dieser frühen Phase, so zeigt der Autor, bestand der »inner circle« der Rebellen aus Familienmitgliedern und Freunden; hinzu kamen lokale Provinzeliten. Tupac Amaru, den einige Zeitgenossen als »indio« und andere als »mestizo« ansahen, wollte eine multiethnische Bewegung aus verschiedenen Schichten anführen und auch Mestizen, Kreolen und Afroamerikaner gewinnen – was zunächst gelang. Doch bald entwickelte sich der Aufstand zu einer überwiegend indigenen Rebellion. Quellenarmut führt dazu, dass die Motive der »breiten Massen« meist im Dunkeln bleiben. So wird auch die von Teilen der Historiographie vorgeschlagene Anziehungskraft Tupac Amarus aufgrund einer Inka-Renaissance und einer andinen millenaristischen Naherwartung eher knapp und zurückhaltend diskutiert. Später sollten die Rebellen – gegen Tupac Amarus und seiner Ehefrau Willen – auch Kreolen und Mestizen attackieren.

Walker unterstreicht, stärker als es die bisherige Literatur tat, die Bedeutung von Tupac Amarus Frau Micaela Bastidas für den Verlauf der Rebellion. Sie wurde 1744 als Tochter entweder eines afroamerikanischen Vaters oder eines Priesters und einer indigenen Mutter in Pampamarca geboren und heiratete im Jahr 1760 Condorcanqui, mit dem sie drei Söhne haben sollte: Hipólito, Mariano, Fernando. Ihre Rolle als gleichberechtigte Partnerin und Strategin sowie ihr Geschick in Fragen von Kommunikation, Finanzen und Logistik werden herausgearbeitet.

Die gescheiterte Belagerung Cuzcos Ende 1780, Anfang 1781 (Kap. 5) bedeutete den ersten großen Rückschlag für die Rebellen. Am 5. März 1781 ließ Areche im mit 15.000 spanischen Milizionären verstärkten Cuzco ein Dekret auf Spanisch und Quechua verbreiten, das den meisten Aufständischen mit Ausnahme der Anführer eine Begnadigung versprach und eine Belohnung für die Ergreifung Tupac Amarus auslobte. Am 7. April wurden Micaela Bastidas und zwei ihrer Söhne gefangen genommen, ihr Mann bei einer Rast in

Langui verraten und mit anderen Getreuen überbewältigt.

Nach Ankunft des Führungsduos und der weiteren Gefangenen in Cuzco am 14. April 1781 begann das Strafverfahren. Überwacht von Visita-dor Areche, führte der eben eingetroffene *juez instructor* Benito de la Mata Linares den einen Monat dauernden Prozess gegen Tupac Amaru, seine Frau und den »harten Kern«. In Kap. 7 schildert Walker auf Basis der veröffentlichten Prozessakten das Geschehen realistisch, ohne aber in den voyeuristischen Ton so mancher Darstellung zu verfallen. Tupac Amaru behauptete im Verhör, im Namen der Krone agiert zu haben und als rechtmäßiger Inka-Nachfahre anerkannt worden zu sein – was nachweislich nicht der Wahrheit entsprach. Er vermied es, Mitkämpfer zu verraten; auch Folter (*garrucha*) führte zu keinem Geständnis. Micaela Bastidas' Strategie, auszusagen, nur unwissend ihrem Mann gefolgt zu sein, wurde durch die gesammelten Dokumente widerlegt – und damit zu Recht ihre Handlungsmacht betont.

Tupac Amaru wurde u. a. wegen Mordes und Hochverrats (*crimen laesae maiestatis*) angeklagt und zum Tode verurteilt.<sup>4</sup> Am 18. Mai 1781 fanden auf dem Hauptplatz von Cuzco die Hinrichtungen vor einer großen Menschenmenge statt, in der sich angeblich keine Indigenen befanden. Vor den Augen des Rebellenführers wurden Familienangehörige gehängt; sein Onkel Francisco und sein ältester Sohn Hipólito erst, nachdem ihnen die Zungen herausgeschnitten worden waren. Dies widerfuhr auch Micaela Bastidas, bevor sie vergeblich garrottiert, dann erdrosselt wurde. Weil Tupac Amarus Vierteilung scheiterte, wurde er enthauptet. Mit seinen zehn Jahren musste der jüngste Sohn, Fernando, dem blutigen Spektakel zusehen; dank seiner Jugend wurde er nicht zum Tode verurteilt. Man verbrannte die Torsi der Rebellen und streute die Asche in den Fluß. Ihre Extremitäten exponierte man jedoch zur Abschreckung an ausgewählten Stellen der andinen Topographie. Das weitere Ziel, die Erinnerung an die Aufständischen auszulöschen, wurde durch dieses Vorgehen und die Grausamkeit der Exekutionen freilich konterkariert. Am 18. Mai 1781 wurden

aus Rebellen Märtyrer, wie der Autor treffend feststellt.

Die Hinrichtung Tupac Amarus beendete die Rebellion keineswegs. Sie dehnte sich ab April 1781 von der Region um Cuzco in Richtung Titicaca-Becken und nach Hochperu aus, wo etwa zeitgleich die Rebellion der Kataris stattfand. Walker sieht hierin einen weiteren innovativen Aspekt seines Werks: die »lang übersehene« Phase von Mitte 1781 bis 1783 zu berücksichtigen (7). So vernachlässigt wie behauptet war diese Zeit allerdings nicht, wenn man nur die Untersuchungszeiträume einiger Werke der eingangs genannten Autoren bis zum jüngsten empfehlenswerten Überblick von Sergio Serulnikov betrachtet.<sup>5</sup> In den letzten fünf Kapiteln behandelt Walker den weiteren Verlauf der Rebellion, auch jenseits des Titicaca-Sees in Aymara-sprachigen Regionen bis nach Potosí. Es gelingt ihm, die teils gleichzeitig an verschiedenen Schauplätzen stattfindenden komplexen Ereignisse anschaulich zu rekonstruieren, plausible Gründe für militärische Niederlagen und Erfolge anzuführen und die Motive der jeweiligen Protagonisten auf spanischer wie indigener Seite zu bewerten.

Einige Rebellenführer und Verwandte Tupac Amarus wie seine jungen Cousins Diego Cristóbal und Mariano setzten die Rebellion in dessen Namen fort. Dagegen bestanden die sogenannten Kataristas aus verschiedenen Bewegungen, die keine klassenübergreifende Koalition suchten, sondern gegen all jene Europäer wie Amerikaner vorgehen, die ihrer Meinung nach Teil des »kolonialen Systems« waren; auch rekrutierten sie keine Kreolen. Namensgeber war Tomás Katari, der als Anwärter auf einen *Kuraka*-Posten in der Nähe von Potosí seit 1779 den lokalen *Corregidor* bekämpft und vergeblich bei der *Audiencia* von Chuquisaca geklagt hatte. Im August 1780 begannen Katari und seine Leute ihren Aufstand, also etwa drei Monate vor Tupac Amaru. Im Januar 1781 wurde Tomás Katari ermordet; seine Brüder setzten die Revolte bis zu ihrem gewaltsamen Tod fort. Unter der Ägide von Julian Apasa, der sich Tupac Katari nannte, breitete sich der Aufstand in Hochperu (Charcas) weiter aus. Wie Tupac Amaru war auch

4 Eine rechtshistorische Untersuchung des Prozesses stammt von CARLOS J. DÍAZ REMENTERÍA, *El delito de lesa majestad humana en la sublevación de Tupac Amaru (1780–1781)*, in:

Anuario de Estudios Americanos 31 (1976), 229–242.

5 SERGIO SERULNIKOV, *Revolution in the Andes: The Age of Túpac Amaru*, Durham/London 2013 (spanische

Ausgabe: Buenos Aires 2010). Diese konzise vergleichende Synthese der andinen Rebellionen enthält ein Vorwort Walkers.

Tupac Katari auf die Unterstützung seiner Frau (Bartolina Sisa) angewiesen.

Royalistische Spanier fürchteten besonders eine Allianz beider Rebellentruppen. Dazu kam es aber nur punktuell. So zwangen im Juni 1781 Tupac Amarus Anhänger und Kataristen gemeinsam die Spanier dazu, mit 8.000 Menschen aus der Stadt Puno nach Cuzco zu fliehen. Dies führte auf Seiten der Royalisten zu Unstimmigkeiten zwischen Moderaten und Radikalen. Areche und der Generalinspekteur der spanischen Armee José del Valle, die wenige Monate zuvor Tupac Amaru gefasst hatten, warfen sich in Briefen und Berichten nach Lima und Madrid gegenseitig Versagen vor. Auch zwischen Anführern der Kataristen und Tupac Amaru-Anhängern kam es zu Differenzen. Dennoch kooperierten beide Rebellengruppen ab August 1781 bei der zweiten Belagerung von La Paz, in deren Verlauf Tausende Stadtbewohner verhungerten. Erst Mitte Oktober wendete sich das Blatt mit der Ankunft von ca. 10.000 Soldaten aus Buenos Aires, obwohl diese kaum Erfahrungen im Hochland hatten. Die multiperspektivischen und alltagsnahen Darstellungen der Belagerungen gehören zu den eindrücklichsten Passagen des Buchs. Geographische Gegebenheiten und klimatische Umstände werden ebenso anschaulich gemacht wie die entbehrungsreichen Umstände der Märsche und Schlachten, die auch durch Hunger, Durst und Krankheiten entschieden wurden.

Neben einer nun einsetzenden militärischen Offensive der Royalisten in Hochperu setzten die spanischen Autoritäten auf das Angebot einer Amnestie für diejenigen Rebellen, die sich ergeben würden. Immer mehr Katari-Anhänger gingen darauf ein, nicht aber Tupac Katari. Er wurde gefasst und am 15. November 1781 in La Paz gevierteilt, sein Kopf und Körperteile wurden in der Titicaca-Region ausgestellt. Vizekönig Agustín de Jáuregui erließ ein entsprechendes *indulto*-Dekret im September 1781 auch für die Tupac Amaru-Anhänger und deren Anführer in Peru. Auf beiden Seiten gab es Skeptiker der Begnadigung, wie Walker aufzeigt. Einige indigene Kommandanten lehnten den Waffenstillstand als Falle ab. Auf spanischer Seite warben Befürworter und Gegner der Generalamnestie in Briefen nach Cuzco, Lima und Madrid für ihre Sache. Royalistische Hardliner befürchteten ein Aufbrechen neuer Revolten, »solange noch Tupac Amarus in Peru sind«.

Nach Verhandlungen im Dezember 1781 über Waffenabgabe, Gefangenaustausch, Pensions-

zahlungen und andere Details der »pacification« kam es am 26. Januar 1782 zum entscheidenden Treffen in Sicuani: Diego Cristóbal Tupac Amaru erklärte gegenüber Del Valle, Begnadigung und Waffenstillstand anzunehmen. Im Gegenzug garantierten die Spanier ihm und seinen Leuten Straffreiheit und sicheres Geleit. In den folgenden Wochen sollen zehntausende Indigene in Sicuani die Amnestie akzeptiert haben. Auch Andrés Mendigure und Mariano Tupac Amaru taten dies im März 1782 in Cuzco bzw. La Paz. Im Dezember 1782 zogen die beiden auf Bitte von Vizekönig Jáuregui nach Lima, wo sie besser zu kontrollieren waren; ihr Cousin Diego Cristóbal blieb vorerst in Cuzco.

Doch nach einem lokalen Aufstand in Marcapata ließ der Vizekönig im Februar und März 1783 diese drei wichtigsten ehemaligen Tupac Amaru-Anführer verhaften, weil sie in jenen Aufstand verwickelt seien. Wieder führte Mata Linares den einmonatigen Prozess. Den drei Hauptangeklagten wurde u.a. vorgeworfen, dass sie ihre hingerichteten Angehörigen geehrt, die Hochland-Rebellen weiter unterstützt und damit die Amnestie-Vereinbarung gebrochen hätten. Am 31. Mai 1783 wurden Diego Cristóbal, seine Mutter, seine Frau Manuela Tito Condori – diese wurde später verschont – sowie Lorenzo und Simón Condori zum Tod verurteilt. Die Hinrichtungen auf dem Hauptplatz Cuzcos am 19. Juli 1783 waren mindestens so brutal wie der Tod Tupac Amarus 26 Monate zuvor. Diego Cristóbal musste mit ansehen, wie seiner Mutter die Zunge herausgeschnitten wurde, bevor man sie hängte. Er selbst wurde mit glühenden Zangen gequält und endete auch am Galgen. Die Verteilung der Hingerichteten erfolgte *post mortem*. Ihre Köpfe und Extremitäten stellte man wie bei den früheren Verurteilungen an Orten in den Anden aus, wie eine Karte illustriert (248).

Die zweite Phase der Rebellion – nach Tupac Amarus Tod im Mai 1781 – zeichnete sich durch eine zunehmende Gewalteskalation bei Rebellen wie Royalisten aus. Einzelne Exzesse waren schon vorher zu beobachten. Am 25. März 1781 nahmen Kataristas das Dorf Juli im Titicaca-Becken ein und töteten etwa 400 Spanier, Kreolen und Mestizen; in Chucuito starben wenig später bis zu 1.000 Menschen. Was als Aufstand begann, so Walker, wurde zu einem »Guerrilla-Krieg« *avant la lettre* und endete in einem Blutbad (12). Ab Mitte 1781 nahm keine Seite mehr Gefangene, sondern tötete ge-



fasste Feinde; es kam zu Massenerschießungen. Königliche erhängten Rebellen und stellten deren Körperteile aus, Rebellen massakrierten Weiße, die auf Quechua despektierlich »puka kunkas« (»rednecks«) genannt wurden. Man beschimpfte einander als vernichtenswerte »Barbaren«, was die Gewalt weiter bis zu einem »caste war« mit Zehntausenden Toten steigerte. Walker versucht die Radikalisierung mit drei Faktoren zu erklären: Erstens hätten nach Tupac Amarus Tod neue Anführer die Kontrolle über die zunehmend enthemmten Rebellen eingebüßt, während Tupac Amaru und Micaela Bastidas die Aggressionen noch einzudämmen vermochten. Die von Kataristas und Spaniern verübten Gewaltakte erklärt dies freilich nicht, sondern eher der zweite Faktor: eine sich hochschaukelnde Dynamik der Gewalt. Drittens führt Walker geographische Gründe dafür an, dass in der Titicaca-Region, wo die staatliche und kirchliche Präsenz geringer als in der Cuzco-Region gewesen sei, mehr Gewalt ausgeübt wurde.

Die öffentlichen Exekutionen der Rebellen von 1781 bis 1783 spiegeln die Gewaltexzesse wider, übertrafen doch Qualen wie Zungenabtrennen und Vierteilung die »üblichen« Hinrichtungsarten für Hochverrat. Dennoch wäre es falsch, anzunehmen, dass die Prozesse immer mit Todesstrafen endeten. Dies zeigt das Verfahren gegen Hunderte von »Komplizen«, das nach der Hinrichtung Diego Cristóbal im Juli 1783 stattfand. Derselbe Jurist, Mata Linares, der diesen zum Tode verurteilt hatte, war auch mit der Untersuchung der Fälle gegen die weiteren Angeklagten betraut.<sup>6</sup> Er hielt eine Gruppe von Indigenen, Spaniern und Mestizen mangels Beweisen für weitgehend unschuldig, plädierte für Milde und sprach Dutzende Angeklagte frei. Im September wurden sieben Todesurteile verkündet; 78 Gefangene, meist Familienangehörige Tupac Amarus, wurden auf den beschwerlichen Weg nach Lima gesandt, um von dort nach Spanien ausgewiesen zu werden.

Darunter waren Juan Bautista und Fernando, Tupac Amarus jüngster Sohn, die von der *Audiencia* zu zehn Jahren Zwangsarbeit in einer spanischen Festung verurteilt worden waren. In Lima kamen Mariano und Andrés Tupac Amaru hinzu.

Die Gefangenentransporte nach Spanien fanden ab April 1784 auf zwei Schiffen unter elenden Bedingungen statt: Als das erste Schiff, »El Peruano«, in Rio de Janeiro Station machte, waren bereits 15 Gefangene gestorben, darunter Mariano Tupac Amaru. Es kam in Cádiz am 1. März 1785 an. Das zweite Schiff, die »San Pedro Alcántara«, musste nach Callao/Lima zurückkehren, bevor es im Dezember 1785 wieder in See stach und am 2. Februar 1786 vor Lissabon havarierte. Von 41 Gefangenen überlebten nur sechs, darunter Fernando. Dieser blieb drei Jahre in Cádiz interniert; er starb im August 1798 in Madrid. Juan Bautista Tupac Amaru verbrachte drei Jahre in der Burg San Sebastián in Cádiz und wurde dann ins nordafrikanische Ceuta verlegt. Nach der Liberalen Revolution in Spanien 1820 wurde er wie viele amerikanische Gefangene von spanischen Gerichten freigesprochen. Er brach 1822 nach Buenos Aires auf, wo er eine Pension von der argentinischen Regierung erhielt und seine Memoiren verfasste, doch nie nach Peru zurückkehrte; er starb 1827 im Alter von 85 Jahren.

Bei der bisherigen Darstellung wurde eine Institution ausgespart, die Walker zufolge von entscheidender Bedeutung für den Verlauf der Rebellion gewesen ist: »die« Kirche, die nicht als monolithische Einheit misszuverstehen sei. Vor allem im dritten Kapitel behandelt er die Rolle von Klerikern. Ein Großteil der bisherigen Literatur habe vor allem die relativ wenigen die Rebellion unterstützenden Kirchenleute beachtet; dagegen schließt Walker an Arbeiten von Lewin bis Cahill an.<sup>7</sup> Er konzentriert sich auf den 1723 in Arequipa geborenen Kreolen Juan Manuel Moscoso y Peralta, der nach seiner Zeit als Bischof von Córdoba del Tucumán (1773–1779) seit 1779 als Bischof von Cuzco amtierte. Walker zeigt, dass dieser wesentlich für die Bekämpfung der Rebellion war. Gleich zu Beginn, nach den Vorkommnissen von Sangarará, bei der auch eine Kirche in Flammen aufging, exkommunizierte Moscoso am 17. November 1780 Tupac Amaru: nicht nur wegen dieser Taten, sondern auch, weil er ein Hochverräter und Usurpator königlicher Rechte sei. Diese Strafe traf Tupac Amaru, der sich selbst als

6 Über Mata Linares siehe auch VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *El taller del jurista. Sobre la Colección Documental de Benito de la Mata Linares, Oidor, Regente y Consejero de Indias*, Mad-

rid 2011 (auch online zugänglich), bsd. 21–42.

7 Ferner könnte man SEVERO APARICIO QUISPE, *El Clero y la Rebelión de Túpac Amaru*, Cuzco 2000, anführen.

guten Christen sah, schwer. Seine Proteste, als »indio« nicht exkommuniziert werden zu können, blieben erfolglos.

Der Bischof von Cuzco befahl Priestern seiner Diözese, in ihren von Rebellen kontrollierten Gemeinden zu »spionieren« und diese öffentlich als »Heiden« und »Apostaten« zu bezeichnen. Moscoso organisierte die Verteidigung Cuzcos und ließ die städtischen Kleriker militärisch schulen. Zudem machte er einigen Priestern aus Cuzco vor dem bischöflichen Gericht (*curia eclesiástica*) den Prozess, da sie mit den Rebellen und einem Exkommunizierten korrespondiert hätten. Diese führten zu ihrer Verteidigung an, nicht hätten fliehen zu können, das Exkommunikations-Edikt nicht gekannt und große Angst gehabt zu haben, wobei sie sich auf das kanonische Recht beriefen, welches dies als mildernden Umstand anerkenne; Walker konsultiert dazu allerdings Literatur zum kodifizierten Kirchenrecht nach 1917 (75–83, 300–301). Prozesse gegen den Pfarrer Antonio López de Sosa, der Tupac Amaru und Micaela Bastidas getraut und deren Kinder getauft hatte, und gegen den Priester Ildefonso Bejarano als Unterstützer der Rebellen dauerten mehr als eine Dekade. Beide wurden nach Spanien verbracht und dort in Klöstern interniert.

Eine andere Haltung nahm Moscoso gegenüber Diego Cristóbal Tupac Amaru ein. Nach dessen Annahme des Waffenstillstands im Januar 1782 hob der Bischof die Exkommunikation auf, die gegen Diego Cristóbal und andere Anführer ausgesprochen worden war. Im Mai 1783 setzte er sich während des Prozesses vergeblich für leichtere Strafen ein. Seine Interventionen, aber auch persönliche Animositäten zwischen dem Kreolen Moscoso einerseits und den Peninsularspaniern Mata Linares und Visitador Areche andererseits führten dazu, dass diese den Bischof 1783 wegen angeblicher Unterstützung der Rebellen anklagten – was angesichts seines Vorgehens gegen Tupac Amaru paradox anmuten mag (260–266). Das Verfahren gegen Moscoso dauerte zehn Jahre und führte über Cuzco und Lima nach Madrid. 1786

reiste Moscoso in die spanische Hauptstadt, wo er sich persönlich gegen die Vorwürfe verteidigte. Diese wurden u. a. von der Schrift *Die nackte Wahrheit* (*La verdad desnuda*) verbreitet, die Eusebio Balza de Verganza 1780 anonym verfasst hatte. Beim Autor, der mit dem Titel auch auf das vermeintlich anrühige Privatleben des Bischofs anspielte, handelte es sich um einen Neffen des *Corregidores* Antonio de Arriaga. Dieser wiederum war von Bischof Moscoso im Juli 1780 exkommuniziert und – wie erwähnt – vier Monate später von Tupac Amaru hingerichtet worden. Moscoso legte 1789 eine umfangreiche Apologie vor, die ihren Zweck nicht verfehlte: Noch im selben Jahr wurde er zum Erzbischof von Granada ernannt, wo er 1811 rehabilitiert starb.<sup>8</sup>

Walkers These, dass Kleriker, von wenigen Ausnahmen abgesehen, gegen die Rebellen vorgingen, beruht hauptsächlich auf einer überzeugenden kritischen Relektüre der Quellen zu Moscoso und »seinen« Priestern in der Diözese Cuzco. Auf andere von den Rebellionen betroffene Kirchenprovinzen wie die Erzdiözese Charcas oder die Diözese La Paz, wo Kleriker in der zweiten Phase zunehmend Opfer nicht nur der Kataristas wurden, geht er aber nicht näher ein. Ebenso wenig fragt der Autor nach der Haltung von Ordensklerikern.

Auch an Moscosos »Fall« macht er die transatlantische Perspektive der Rebellionen deutlich. Nicht nur fand eine rege Kommunikation zwischen Cuzco, Lima und Madrid von zum Teil im Streit miteinander liegenden spanischen Autoritäten statt. Aus Spanien stammten viele der in die Anden entsandten Amtsträger, und Spanien war das Ziel von Angeklagten wie Bischof Moscoso oder von Verurteilten wie den aus Peru verbannten Rebellen. Welchen Widerhall die andinen Rebellionen in der europäischen Öffentlichkeit fanden, behandelt Walker leider nur am Beispiel britischer Zeitungen, in denen wenig zu finden ist.

In Peru reagierte die Krone nach der Repression der Rebellionen u. a. mit administrativen Reformen. Das Intendantensystem wurde 1784 auch im andinen Hochland eingeführt; erster Intendant

8 *La verdad desnuda, o las dos faces de un obispo, escrita en 1780 por un imparcial religioso* wurde erstmals 1943 von Francisco A. Loayza und ein weiteres Mal 1973 von Carlos Daniel Valcárcel (beide in Lima) herausgegeben. Die nun als Faksimile edierte Verteidi-

gungsschrift von Juan Manuel Moscoso y Peralta enthält ein instruktives Vorwort Walkers: *Inocencia justificada contra los artificios de la calumnia*. Presentación por Ramón Mujica Píñilla, Lima 2013.

von Cuzco war Mata Linares (1784–1787). 1788 erhielt Cuzco zudem eine *Audiencia*, was Tupac Amaru schon gefordert hatte! Man schaffte das Amt der umstrittenen *Corregidores* ab und ersetzte sie durch *Subdelegados*. Weitere Maßnahmen sollten die Erinnerung an den vermeintlich inkaischen Nährboden der Rebellion unterbinden. Schon Vizekönig Toledo hatte 1572 nach der Hinrichtung von Tupac Amaru I. gegen inkaische Memoria und Kultur gekämpft – anders als Walker schreibt (269). Um die Erinnerung an die Inkas zu löschen, verbot man 1782 inkaische Kleidung, Symbole und Sprache (Quechua) ebenso wie die von Inca Garcilaso de la Vega 1609 veröffentlichten, im 18. Jahrhundert in Peru wie Europa wieder gelesenen *Comentarios Reales*, welche das vorspanische Inkareich verklärten. Vor allem Areche, der 1783 nach Spanien zurückkehrte, vertrat ein solch rigides Programm, das Walker allzu plakativ mit »cultural genocide« überschreibt (259), welches aber in dieser extremen Form nicht umgesetzt wurde. Freilich verschärfte sich auch die Lage von nicht-inkaischen Adligen; zudem schaffte man die Erbllichkeit von *Kuraka*-Posten ab.

Die andinen Rebellionen der frühen 1780er Jahre veränderten die spätkolonialen Anden also nachhaltig. Dennoch waren sie keine direkten Vorläufer der Unabhängigkeitsbewegungen, aus denen die Staaten Peru (1824) und Bolivien (1825) hervorgehen sollten, wie der Autor den aktuellen Forschungsstand zusammenfasst. Anders sahen dies noch einige andine Historiker der 1960er Jahre und der peruanische General Juan Velasco Alvarado, der Tupac Amaru zudem als Vorfahren seiner »revolutionären Militärregierung« (1968–1975) in Anspruch nahm und die oben angeführte Quellenedition zur Unabhängigkeit Perus in Auftrag gab. Terroristische Vereinigungen in Uruguay (Tupamaros, 1960–74) und Peru (Movimiento Revolucionario Tupac Amaru/MRTA, 1980–97) haben sich ebenfalls auf Tupac Amaru berufen. Das Bild des Rebellen, von dem keine zeitgenössischen Abbildungen überliefert sind, wird auf vielfache Weise vereinnahmt (vgl. auch die Illustrationen vor Kap. 5). All dies behandelt das Schlusskapitel, das sein Nachleben skizziert und einige Volten der Erinnerungspolitik präsentiert. So errichtet die Stadt Cuzco dem von ihr und ihren Inka-Eliten bekämpften regionalen *Kuraka* nun Denkmäler: Er ist zu einem »Helden« der Inkastadt geworden.

Der Autor des besprochenen Buchs ist kein Rechtshistoriker, doch er behandelt zahlreiche rechtlich relevante Phänomene vor, während und nach der Rebellion Tupac Amarus. So bildeten Rechtsstreitigkeiten der 1770er Jahre die Ausgangslage der Rebellion. Zur Konfliktregulierung setzte die koloniale Obrigkeit auch auf Amnestien, die den Rebellen aber langfristig zum Verhängnis werden sollten. Vor allem die Anführer der Rebellion wurden oft in fragwürdigen strafrechtlichen Verfahren angeklagt, die Urteile und deren Vollstreckung fielen exzessiv aus. Ein tiefer gehender Blick in die koloniale Praxis des rechtlichen Umgangs mit Revolten und Rebellionen in den Anden vor dem 18. Jahrhundert hätte Traditionen erläutern können, denen die Akteure der 1780er Jahre folgten bzw. von denen sie abwichen. So waren Begnadigungen von Aufständischen seit dem 16. Jahrhundert probate taktische Mittel der Befriedung. Ausgenommen davon waren meist Rädelsführer, denen Todes- und Schandstrafen für das *crimen laesae maiestatis* drohten und deren Exzessivitäten gemeinhin an ausgewählten Stellen der Topographie zur Abschreckung ausgestellt wurden. Die Bandbreite von rechtlichen Reaktionen reichte von Repression bis zu moderateren Strafen (z. B. Verbannung), ohne dass es zu Massenverurteilungen kam. Kirchenrechtlich konnte als höchste Strafe die Exkommunikation verhängt werden. Prozesse gegen Kleriker, die die Rebellen unterstützt haben sollen, versprechen wie das Verfahren gegen Bischof Moscoso weiteren Erkenntnisgewinn vor dem Hintergrund des zeitgenössischen kanonischen Rechts.

Insgesamt bietet Charles Walkers *The Tupac Amaru Rebellion* eine differenzierte Synthese auf der Höhe des Forschungsstandes. Seine Schwerpunktsetzungen konturieren das Bild auf originelle Weise: Genannt seien die Bedeutung von Rebellen, der Blick nach Hochperu auf die Kataris, die Gewaltspirale, die Rolle von Klerikern in den Rebellionen und die transatlantische Perspektive. Der Autor ist nicht zuletzt ein guter Stilist, formuliert frei von akademischem Jargon, schöpft kenntnisreich aus den Quellen und verfügt über dramaturgisches Geschick. Dass er klassische Autoren wie den Geographen Clements R. Markham schätzt, der Mitte des 19. Jahrhunderts Peru bereiste und bereits fesselnd über Tupac Amaru schrieb, sollte daher nicht verwundern.

■

Conrad Tyrichter

## Kraft im Recht\*

Politiker-Biographien gelten zwar kaum als ein klassisches rechtshistorisches Genre, das umfassende Werk des Historikers Wolfram Siemann über den österreichischen Staatsmann Clemens Fürst von Metternich besitzt jedoch auch für die Rechtsgeschichte einigen Wert. Denn Metternich wurde nicht nur, wie das Kapitel über seine Studienzeit in Straßburg und Mainz darlegt, von profilierten Juristen und Historikern ausgebildet und geprägt. Vielmehr handelte es sich bei »Recht« neben »Nationalität« und »Gesellschaft« um einen Schlüsselbegriff der Politik Metternichs, wie Siemann bereits in der Einleitung feststellt (23). Die Biographie lässt folglich Zugänge zu rechtshistorisch relevanten Problemstellungen und Prozessen erhoffen.

Diese Perspektive wird von Siemann im einleitenden Kapitel angelegt, das neben einer knappen methodischen Einführung in den biographischen »Reiseplan« den zentralen Ansatz entfaltet, Metternich nicht als statische, sondern als kontextbezogene und wandelbare Persönlichkeit darzustellen. In Abgrenzung zu früheren Biographien geht es Siemann folglich darum, »die prägenden Momente – die Urerlebnisse – sichtbar werden zu lassen, die in späteren Konflikten, Krisen und Konstellationen bei Metternich gleichsam einen Schlüsselreiz des Déjà-vu auslösten und damit seine Handlungen und Urteile erst nachvollziehbar machen« (15). Über die Beschäftigung mit der Person Metternich hinaus, sollen sich so auch Zugänge und Perspektiven zu »Grundbegriffen der Sattelzeit« wie »Recht«, »Revolution«, »Reform«, »Nation«, »Zivilisation«, »Repräsentation«, »Volk« und »Volkssouveränität« ergeben (15).

Hiervon ausgehend wird in 16 Kapiteln das politische und persönliche Leben Metternichs erzählerisch miteinander verknüpft und durch Exkurse zu Themen wie »Liebe«, frühindustrielle Ökonomie oder Terrorismus erweitert, die über die Person Metternich hinausgehen. Der Aufbau der Biographie ist weitgehend chronologisch und

orientiert sich an sieben Lebensetappen, die durch »epochale« Erfahrungen und Umbrüche geprägt waren: »Aufklärung«, »Französische Revolution«, »Krieg als permanente Existenzbedrohung«, »Restauration«, »Völkerfrühling«, »revolutionäre Modernisierungskrise« und »staatsbildende Nationalitätenkonflikte« (14). Vereinzelt eingeflochten sind Kapitel, die systematisch und »epochenübergreifend« eher private Aspekte wie Metternichs familiäre oder wirtschaftliche Verhältnisse thematisieren.

Im Kontext eines rechtshistorischen Zugangs ist besonders die Frage nach Metternichs Rechtsbegriff von Bedeutung. Ausgehend vom Wappenspruch der Familie Metternich »Kraft im Recht« verortet Siemann diesen wie folgt: »Recht stand in dieser Formel für eine Ordnung, welche Willkür wie Gewalttätigkeit ausschloss und einen Schutzraum bereitstellte, in dem sich die Individuen im Dienste ihrer Wohlfahrt entwickeln konnten, und das schloss Freiheit des Geistes, der Wirtschaft, Bildung, Wissenschaft und der individuellen Entwicklung ihrer Bürger ein.« (865) Die Rechtsordnung musste für Metternich »in der Tradition verwurzelt sein«, um nicht willkürlich zu sein, und im Zweifelsfall durch »kräftiges« Einschreiten geschützt werden (865).

Mithilfe des Schlüssels Recht gelingt es Siemann, für das frühe 19. Jahrhundert grundlegende rechtshistorische Problem- und Konfliktfelder zu behandeln: Hierzu gehören etwa der Übergang zu territorial- und nationalstaatsbasierten Rechts- und Politikordnungen; die Frage nach einer neuen normativen Ordnung internationaler Beziehungen; die polarisierende Verfassungsfrage; die Organisation und Reform des Deutschen Bundes und der Habsburgermonarchie; oder die Spannung zwischen der Gewährung individueller Freiheitsrechte sowie dem Erhalt allgemeiner »Sicherheit« und »Ordnung«. In diesen Kontexten stellt Siemann Metternich als reflektierenden und differenzierten Beobachter, zentralen politischen Ak-

\* WOLFRAM SIEMANN, Metternich. Strategie und Visionär. Eine Biographie, München: C. H. Beck 2016, 983 S., ISBN 978-3-406-68386-2

teur, aber auch als Betroffenen dar und kann so überzeugend biographische mit allgemeinen politischen und rechtlichen Fragen verknüpfen.

Darin liegt auch der wesentliche Ertrag der Biographie für die Rechtsgeschichte: Sie bietet zwar keine tiefgehende rechtshistorische (Normen-)Analyse, liefert aber einen praxisnahen Zugang zu den genannten rechtshistorischen Diskur-

sen und Prozessen. Damit gelingt es Siemann im Gegensatz zur älteren Forschung, die Metternich häufig pauschal und stereotyp eine von feudaler und polizeistaatlicher Willkür geleitete, »unrechtliche« Politik vorwarf, »Recht« als zentrale Leit- und Bezugsgröße der Politik Metternichs herauszuarbeiten. ■

**Alessandro Somma**

## Il diritto della Rivoluzione industriale\*

Il diritto della Rivoluzione industriale viene di norma considerato un diritto delle libertà economiche, finalmente affermatesi nel corso dell'Ottocento per alimentare i fondamenti di un ordine incentrato sulla proprietà privata e sulla circolazione incondizionata dei beni. Un diritto che, per dirla con Karl Polanyi, costituiva per la prima volta nella storia il frutto di «una vera fede nella salvezza secolare dell'uomo attraverso un mercato autoregolato».<sup>1</sup>

A questa tesi si è dedicato un gruppo di giovani studiosi coordinati da Mathias Schmoeckel presso l'Università di Bonn, che hanno analizzato le relazioni tra ordinamento giuridico e sviluppo economico e sociale che in area tedesca hanno accompagnato la cosiddetta Rivoluzione industriale: vicenda che si è sviluppata nel corso di molti decenni dell'Ottocento e che pertanto, diversamente da quanto avvenuto nel contesto inglese, non ha a ben vedere i caratteri propri dell'evento rivoluzionario.

Il volume si apre con una riflessione sulle trasformazioni che in campo giuridico hanno accompagnato il processo di industrializzazione nel periodo tra il 1807 e il 1873: rispettivamente l'anno in

cui venne firmato il Trattato di Tilsit, che chiuse il conflitto tra la Francia e la Prussia imponendo a quest'ultima forti ridimensionamenti territoriali e il risarcimento di ingenti danni di guerra, e l'anno in cui convenzionalmente si fa risalire la fine dell'era liberale e l'inizio di una stagione di politiche protezionistiche. È questo il periodo nel quale si assiste alla transizione da un ordinamento ancorato ai principi della società cetuale, di antico regime, a un diritto che promuove lo sviluppo delle libertà dalle quali scaturisce un ordine economico incentrato sul principio di concorrenza: la libertà di contratto, la libertà d'impresa e il libero esercizio del diritto di proprietà.<sup>2</sup>

A questo saggio di carattere generale seguono alcune ricerche dedicate all'interazione tra diritto e processi di industrializzazione in specifici settori. Si analizza la disciplina dei brevetti introdotta nella seconda metà dell'Ottocento, particolarmente rilevante perché assicura la possibilità di sfruttare economicamente i frutti dell'ingegno, favorendo così la creatività intesa come fondamentale motore dell'ordine capitalista.<sup>3</sup> Si valuta il presidio del principio concorrenza, ad esempio per la tutela del marchio, come contributo allo sviluppo di una

\* A proposito di MATTHIAS MAETSCHKE, DAVID VON MAYENBURG, MATHIAS SCHMOECKEL (Hg.), *Das Recht der Industriellen Revolution*, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, VIII, 268 p., ISBN 978-3-16-152703-6

<sup>1</sup> POLANYI (1974) 173.

<sup>2</sup> M. MAETSCHKE, *Recht, Wettbewerb und Industrialisierung. Die rechtlichen Rahmenbedingungen der*

*Industrialisierung in Preußen und Deutschland (1807 bis 1873)*, 17–67.

<sup>3</sup> F. DRESSEL, *Die wechselseitige Beeinflussung von Patentrecht und industrieller Entwicklung. Der Einfluss privater Interessengruppen*, 69–82.

tutela dei consumatori ante litteram.<sup>4</sup> La disciplina del fenomeno delle innumerevoli reti, telegrafoniche,<sup>5</sup> ferroviarie,<sup>6</sup> elettriche,<sup>7</sup> che hanno accompagnato il processo di industrializzazione, viene analizzata con particolare riferimento ai problemi posti dal coinvolgimento di soggetti pubblici e dalla formazione di oligopoli. Si considera la disciplina più o meno estesa delle nuove forme di finanziamento dell'attività imprenditoriale, ulteriori rispetto all'emissione di azioni: il ricorso a titoli del debito, strumento inizialmente riservato agli Stati,<sup>8</sup> o ad altre forme di assistenza finanziaria fornita dagli istituti bancari.<sup>9</sup> Ci si sofferma sulla vigilanza del sistema delle assicurazioni private, forse ridimensionate ma non certo rimpiazzate con l'affermazione di un sistema di sicurezza sociale di matrice pubblicistica.<sup>10</sup>

Da segnalare il poco spazio dedicato alle trasformazioni in campo giuridico relative alla cosiddetta questione sociale, che per molti aspetti rappresentano un elemento centrale nell'analisi dei processi di industrializzazione: si considerano i rapporti di lavoro in quanto relazioni di mercato non riducibili allo scambio così come disciplinato dal diritto civile generale, oltre allo sviluppo di un embrione di disciplina delle relazioni industriali.<sup>11</sup> Poco o nulla si dice a proposito della nascita dello Stato sociale.

### I. La risocializzazione dell'economia

Le ricerche appena richiamate, quelle dedicate all'interazione tra diritto e processi di industrializzazione in specifici settori, si riferiscono a un turno di anni successivo rispetto a quello preso in considerazione dal saggio di carattere generale. Si occu-

pano prevalentemente degli ultimi decenni dell'Ottocento, e in parte dei primi del Novecento, ovvero della fase storica che Polanyi ha analizzato nella sua essenza di reazione al periodo in cui si è alimentato il mito del mercato autoregolato. Se in fatti quest'ultimo periodo ha realizzato la desocializzazione dell'economia, ovvero il suo isolamento dagli altri fenomeni sociali, la fase storica successiva si è caratterizzata per la sua risocializzazione in termini autoritari, anticipatori di sviluppi in senso totalitario, quelli che furono propri del fenomeno fascista: «la soluzione fascista dell'impasse raggiunta dal capitalismo liberale può essere descritta come una riforma dell'economia di mercato raggiunta al prezzo dell'estirpazione di tutte le istituzioni democratiche, tanto nel campo dell'industria che in quello dell'economia.»<sup>12</sup>

Ebbene, il periodo che separa l'avvento del fascismo dagli ultimi decenni dell'Ottocento ha per molti aspetti preparato l'involuzione totalitaria, mettendo in luce una caratteristica delle società occidentali riconducibile ai processi di industrializzazione: il loro essere costantemente minacciate dalla precarietà dell'equilibrio tra i suoi fondamenti, ovvero tra la democrazia e il capitalismo.

Il tutto perché il mercato non è, né può essere, un luogo di libertà assolute, che condurrebbero alla sua autofagia. In tal senso il mercato è necessariamente il regno delle libertà funzionalizzate, che se anche nascono incondizionate, sono pur sempre ritenute condizionabili. È questo il senso dell'affermazione secondo cui il liberalismo non è una teoria della «libertà senza limiti»,<sup>13</sup> bensì una forma di «riflessione critica sulla pratica governamentale» relativa al «nesso tra la ricerca del profitto individuale e l'accrescimento della ricchezza collettiva». Più precisamente «la pratica di governo

4 D. VON MAYENBURG, Apollinis und Apollinaris. Das deutsche Reichsgericht und der Weltmarkt für Mineralwasser im ausgehenden 19. Jahrhundert, 83–116.

5 J. RÜBERG, Der Konkurrenzkampf der Netze. Die Entstehung des Telegraphenwegegesetzes von 1899, 117–137.

6 M. PATT, Der «Misserfolg» des preussischen Eisenbahngesetzes von 1838. Von mangelnder Rechtsicherheit bei der gesetzlichen Zulassung der Eisenbahnaktiengesellschaft, 139–160.

7 P. BÜSCH, Recht und leitungsgebundene Energie. Die langfristigen Aus-

wirkungen des sachenrechtlichen Einflusses auf die Errichtung elektrischer Netze zu Beginn des 20. Jahrhunderts, 161–174.

8 C. SCHOLZ, Banken und die Unternehmensfinanzierung durch Anleihen. Die rechtliche Gestaltungsfreiheit bei Anleihbedingungen, Übernahme- und Konsortialverträgen bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts, 193–210.

9 S. KEDING, Bankenaufsicht im 19. Jahrhundert als repressives Eingriffsmittel? Die Einführung einer Aufsichtspflicht über die Hypothekenbanken im 19. Jahrhundert unter

Berücksichtigung ihrer ideengeschichtlichen Grundlagen, 211–231.

10 M. KILLIAN, Das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen von 1901, 233–246.

11 M. TOTSEVA, Eine Revolution der Prinzipien? Die Geburt des Arbeitsvertragsrechts im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts, 175–191.

12 POLANYI (1974) 297 ss.

13 HOFER (2001).

che sta per instaurarsi non si accontenta di rispettare questa o quella libertà, di garantire questa o quella libertà», giacché è «consumatrice di libertà nella misura in cui non può funzionare veramente se non là dove vi sono delle libertà» e «se consuma libertà è obbligata anche a produrne, e se la produce è obbligata anche a organizzarla».<sup>14</sup>

Alla luce di tutto ciò occorre analizzare l'intenzione tra diritto e ordine economico, come si fa nel volume curato da Schmoeckel,<sup>15</sup> tuttavia non tanto per chiedersi se e in che modo il diritto produce libertà, ma più precisamente come e per quali finalità la consuma. E magari con quali modalità, per verificare se l'economia viene socializzata ricorrendo al meccanismo democratico, quindi nell'ambito di un progetto di democrazia economica, o se invece si è nel perimetro del modello estremizzato in epoca fascista: quello che contempla una compressione delle libertà politiche pensata in funzione della riforma delle libertà economiche, ovvero che, pur non teorizzando il sacrificio della democrazia, lo concepisce se indispensabile a salvare il capitalismo.

## II. L'individualismo borghese

L'esaltazione delle libertà come valori incondizionati, sebbene condizionabili, è il programma dell'individualismo borghese, il quale rinvia a teorie e pratiche fortemente intrecciate con il tema dell'emancipazione. Si sviluppò a partire dal Settecento, quando si definirono un maturo e articolato progetto culturale consapevolmente alternativo a quelli di matrice olistica fino ad allora imperanti, basato sulla combinazione tra razionalismo etico e coscienza dei propri bisogni: tra il riconoscimento della pretesa di pensare autonomamente e quella di vivere per sé. E ciò condusse a ritenere l'individuo libero dalla nascita, condizione identificata con la signoria sulla propria persona, da esprimere tipicamente attraverso l'appropriazione di beni, in primo luogo fondiari, che si realizza attraverso il lavoro.<sup>16</sup>

L'identificazione dell'individuo con il proprietario avveniva peraltro nell'ambito di modelli di convivenza sociale che non miravano a imporre «i

riti del cannibalismo in nome dell'interesse personale».<sup>17</sup> Più che legittimare il libertinaggio decantato dal Marchese de Sade, l'individualismo borghese intendeva stabilire i termini della collaborazione tra individui le cui sfere esclusive dovevano essere protette da invasioni di campo, ma anche e soprattutto coordinate. E ciò comportava la conformazione delle libertà in termini espliciti ove riferiti alla sfera politica, ma non meno condizionanti ove riferite alla sfera economica, pur sempre descritte in termini di ordine.

Era infatti evidente che l'ordine proprietario nelle sue prime teorizzazioni non alimentava la speculazione e l'accumulazione, giacché il consumo di beni era correlato alla quantità di «mezzi richiesti per la sussistenza», e l'inerzia del proprietario un comportamento preclusivo del suo status: la terra incolta «poteva diventare possesso di chicchessia». Ma anche quando l'accordo sul valore della moneta aveva consentito «l'accumulazione oltre l'utilità reale e la necessità per la sussistenza», il tema dell'emancipazione attraverso il lavoro restava al centro della riflessione: il «possesso della terra sproporzionato e ineguale» doveva essere tutelato nella misura in cui «non diminuisce ma incrementa gli approvvigionamenti comuni dell'umanità».<sup>18</sup> Mentre per Adam Smith, seppure «in generale i padroni avevano la meglio nelle contese coi loro operai», ciò nonostante «un uomo deve sempre vivere del suo lavoro e il suo salario deve essere almeno sufficiente a mantenerlo».<sup>19</sup> A rendere superflue ulteriori misure di redistribuzione della ricchezza ci avrebbe poi pensato la mitica mano invisibile, capace di indurre i più abbienti «a fare quasi la stessa distribuzione delle cose necessarie alla vita che si sarebbe realizzata se la terra fosse stata divisa in parti uguali tra tutti i suoi abitanti».<sup>20</sup>

Tutto ciò mette in evidenza l'ispirazione religiosa che connotava le costruzioni ricordate, stemperate così in un credo indubbiamente legato a visioni olistiche del vivere comune. Per Hobbes il sovrano «non manca mai del diritto di fare qualsiasi cosa», e tuttavia egli è «vincolato a osservare le leggi di natura» in quanto «suddito di Dio».<sup>21</sup> Mentre la smithiana mano invisibile era in verità una mano divina, capace di trasformare il com-

14 FOUCAULT (2005) 65 e 264 s.

15 V. anche SCHMOECKEL (2008) 16 ss.

16 LOCKE (1998) 103 (n. 32).

17 POLANYI (1974) 142.

18 LOCKE (1998) 97 ss. e 121 ss.

(nn. 37 ss. e 46 ss.).

19 SMITH (2005) 109 s.

20 SMITH (2001) 375 s.

21 HOBBS (1989) 178 (Cap. 21).

portamento economico improntato alla «ricerca del profitto» in un «sostegno dell'attività produttiva nazionale».<sup>22</sup>

Possiamo così affermare che l'individualismo alimentava per un verso l'autodeterminazione nell'ambito dell'ordine proprietario, ma per un altro sistemi più o meno esplicitamente volti a indirizzare o finalizzare l'esercizio delle libertà politiche ed economiche. In massima parte si trattava di condizionamenti che non avrebbero contrastato la libertà individuale, che erano pensati per mantenere in equilibrio un ordine pur sempre concepito in termini strumentali rispetto alle istanze emancipatorie. E tuttavia un mutamento di prospettiva si sarebbe ben presto realizzato, e fondato sull'edificazione forzata di un ordine proprietario incapace di affermarsi in modo spontaneo, oltre che sull'individuazione di finalità del condizionamento sempre meno riconducibili al tema dell'emancipazione.

### III. Dalla società borghese alla società industriale

Mente in Inghilterra l'individualismo assunse gradualmente le forme di una pratica politica, in area europea continentale esso trovò la sua consacrazione con la Rivoluzione francese. Questa consentì di edificare una società retta sulle massime dell'individualismo borghese, tesa a realizzare l'autodeterminazione innanzi tutto attraverso gli strumenti del diritto privato, a tal fine incentrato sul principio di uguaglianza formale e dunque sull'unificazione del soggetto di diritto. Da ciò la necessità di superare gli schemi olisti imperanti nella società feudale, fondata sulla distinzione di ceto e quindi su una soggettività giuridica frammentata, corrispondente a un sistema di libertà affievolite o rafforzate in relazione allo status dei consociati.

Tipica della società feudale fu anche la confusione tra potere politico e potere economico, e dunque l'assenza di una distinzione simile a quella relativa alla contrapposizione di diritto pubblico e diritto privato. A tal fine la società borghese nacque

a partire dal patto per cui il sovrano accentrava il potere politico, assicurando in cambio all'individuo l'esclusiva titolarità del potere economico,<sup>23</sup> e dunque il riconoscimento di una libertà innata da esprimersi nell'appropriazione dei beni.

Peraltro, se per un verso i rivoluzionari francesi pensavano alla sfera politica come preposta all'esaltazione dell'individuo, per un altro minacciavano lo stesso individuo con il culto della comunità nazionale, non a caso alimentato dalle medesime costruzioni retoriche e iconografiche prima riferite al sovrano.<sup>24</sup> Il sistema delle libertà politiche era infatti presidiato da un contratto sociale per cui i diritti individuali venivano delimitati dalla sovranità di una sorta di io collettivo. E questo io collettivo non si sarebbe distinto da un'entità collettiva collocata in posizione dominante rispetto ai cittadini: imponeva pur sempre all'individuo di trasferire la titolarità dei suoi diritti alla collettività, che lo avrebbe tutelato soprattutto in quanto proprietario e dunque in quanto borghese. Per questo, se voleva essere incentrata sul tema delle libertà, la società voluta dai rivoluzionari francesi doveva essere una società dell'ordine proprietario, e in quanto tale una società del diritto privato.

L'ordine proprietario, e dunque il lavoro, poteva tuttavia promuovere emancipazione solo a condizione di potersi sviluppare nell'ambito di una società borghese: condizione che si è persa nella transizione verso la società industriale, quella prodotta nel tempo dai processi di industrializzazione. Questi ultimi hanno cioè sottratto all'ordine proprietario la capacità di promuovere l'autonomia individuale, dimostrandosi da questo punto di vista «un catastrofico insuccesso».<sup>25</sup>

La società industriale si riconosce infatti nel sistema di fabbrica, e questo trasforma gli strumenti inizialmente volti a superare le differenziazioni di ceto in veicoli di nuove immobilità sociali: le differenziazioni in base alla classe, ovvero in base all'appartenenza o meno dei mezzi di produzione, oramai inaccessibili attraverso il lavoro. Nell'ordine proprietario oramai ridefinito attorno alle necessità della circolazione della ricchezza, piuttosto che della sua accumulazione, la libertà contrat-

22 SMITH (2005) 391.

23 Exposé des motifs de la loi relative à la Propriété par le conseiller d'état Portalis, in Code civil des Français, suivi de l'exposé des motifs, sur chaque lois, présenté par les Orateurs

du Gouvernement ..., vol. 4, Paris: F. Didot, 1804, 31, parafrasando un motto di Seneca.

24 STOLLEIS (2007) 65 ss.

25 Rüstow (2001) 1.



tuale era insomma divenuta «uno strumento di acquisizione di potere sugli altri»: induceva, sulla scia di ciò che rappresentava e rappresenta il sistema di fabbrica, una «schematizzazione coercitiva dell'esistenza».<sup>26</sup>

A partire dalla seconda metà dell'Ottocento, l'ambito dei rapporti tra capitale e lavoro venne così interessato da misure volte a comprimere la libertà contrattuale della parte forte del rapporto, che per lo più non avevano valenza immediatamente emancipatoria: miravano a realizzare le forme di standardizzazione richieste dallo sviluppo dell'ordine proprietario. Occorreva infatti presidiare le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa per renderla compatibile con le necessità della produzione industriale: imporre «che a numerosi gruppi di operai si applichino le stesse norme a causa dell'identità di natura e durata del rapporto».<sup>27</sup>

Nel contempo i fondamenti del diritto privato venivano riletti in forme tali da annullare l'iniziale diffidenza nei confronti delle costruzioni oliste. A questo miravano le descrizioni della società come organismo funzionante secondo schemi assimilabili a quelli di un organismo biologico. Non si disconosceva l'unicità dell'individuo, e tuttavia lo si riteneva condannato da una legge di natura a sciogliersi entro un organismo sociale, le cui componenti erano portate a cooperare per assicurarne l'equilibrio e lo sviluppo. Lo erano naturalmente, dunque secondo un moto spontaneo, non molto distante da quello che ispirava l'azione della mitica mano invisibile.<sup>28</sup>

L'approccio organicista incrinò definitivamente la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, alla base del patto tra individuo e sovrano fondativo dell'ordine proprietario. Il tutto accelerato dagli eventi che accompagnarono la prima grande depressione, che interessò le economie industrializzate a partire dal 1873: lo stesso anno in cui, come abbiamo detto, finisce in Prussia l'era liberale. Fu la prima crisi economica della società capitalista, in quanto tale manifestatasi attraverso la sovrapproduzione e non con le carestie ancora tipiche della società borghese. E l'organicismo fu la risposta fornita alla crisi, fonte di orientamenti

incentrati sui vari aspetti del modo di concepire la conformazione delle libertà economiche.

#### IV. Dall'ordine all'organismo proprietario

In tale contesto si svilupparono complessi normativi di diritto privato e pubblico, la cui impronta organicista metteva in evidenza il tratto comune alle nuove modalità di conformazione. Entrambi miravano in modo esplicito a conformare i comportamenti individuali rilevanti per il sistema delle libertà economiche, esattamente come per quello delle libertà politiche. Se una differenza si poteva tracciare, era quella tra condizionamenti diretti e condizionamenti indiretti della sfera economica. Questi ultimi caratterizzarono la costituenda terza via tra il liberalismo tradizionale e il nascente pensiero socialista, tesa per un verso a valorizzare l'autodeterminazione individuale, ma per un altro a orientarne l'impiego in funzione dell'equilibrio e dello sviluppo dell'ordine proprietario eretto a sistema.

La terza via poteva assumere molte sembianze: prendere la forma del solidarismo e del funzionalismo, o eventualmente del socialismo della cattedra. Tutte queste forme erano tuttavia intrecciate fra loro e variamente combinate con la riflessione evoluzionista, oltre che con un'attitudine positivista, entrambe utili a far percepire il sistema dato come l'orizzonte immutabile delle misure di conformazione dei comportamenti individuali.

Tra i primi fautori della terza via, i solidaristi chiarirono che il loro credo era incentrato sull'autodeterminazione e sulla relativa «lotta per lo sviluppo individuale». E tuttavia occorreva promuovere «l'associazione di azioni individuali» nella misura utile a «mantenere l'individuo in uno stato di durevole prosperità e sicurezza».<sup>29</sup> Nello stesso senso i funzionalisti riconoscevano spazi entro cui «sviluppare la propria individualità», ma solo se l'esercizio del relativo potere assolveva al dovere di contribuire all'equilibrio tra le diverse componenti dell'organismo sociale.<sup>30</sup>

Dal canto loro i socialisti della cattedra sottolinearono il nesso tra elaborazione della terza via e

26 WEBER (2000) 85 s.

27 MESSINA (1904) 476.

28 COMTE (1938) 142.

29 BOURGEOIS (1902) 61 s.

30 DUGUIT (1920) 26 s. e 37.

crisi della distinzione tra un diritto pubblico dello «Stato onnipotente» e un diritto privato dell'«individuo sciolto da ogni comunità». La crisi avrebbe prodotto un nuovo momento di sintesi tra le due impostazioni, per cui il diritto pubblico sarebbe infine penetrato dall'individualismo, e il diritto privato da «una goccia di olio sociale»: solo in tal modo l'organismo sociale avrebbe evitato conflitti destabilizzanti, come quelli contemplati dalla divisione in classi.<sup>31</sup>

È noto che l'attenzione dedicata al profilo della pacificazione sociale ispira anche e soprattutto la nascita dello Stato sociale nella Prussia di Guglielmo I. Una sua nota comunicazione riconosceva infatti che «la riparazione dei danni sociali non si dovrà perseguire esclusivamente con la repressione dei tumulti socialdemocratici, bensì anche attraverso il sostegno attivo al benessere dei lavoratori».<sup>32</sup> Da ciò ulteriori restrizioni all'operare del principio di autodeterminazione in campo lavoristico, ma anche nuovi sostegni a un esercizio delle libertà economiche più proficuo dal punto di vista delle necessità dell'ordine.

#### V. Il precario equilibrio tra democrazia e capitalismo

Non stupisce a questo punto se si giunse alla riforma fascista dell'ordine proprietario, quella opportunamente sintetizzata da Polanyi come affossamento delle libertà politiche realizzata per favorire la riforma delle libertà economiche, in una fase caratterizzata da una forte instabilità dell'ordine proprietario. Il tutto, per quanto concerne in particolare l'area tedesca, nel solco di quanto messo in evidenza in relazione alla cosiddetta teoria del *Sonderweg*, ovvero del percorso verso la costruzione dello Stato nazionale, eccezionale in quanto realizzata attraverso politiche autoritarie, indispensabili a realizzare la modernizzazione economica.

La riforma fascista dell'ordine proprietario contemplò interventi diretti e indiretti del potere politico sull'esercizio del potere economico. I primi comprendevano ampie forme di partecipazione al processo produttivo, in massima parte realizzate

nel rispetto dei meccanismi di funzionamento dell'ordine. I secondi consistevano essenzialmente nel presidio del meccanismo concorrenziale, inteso a questo punto come strumento di direzione politica della vita economica. È questo il senso dell'ordoliberalismo, dottrina economico giuridica elaborata in area tedesca nel corso degli anni trenta, fonte di ispirazione per il potere politico nazional-socialista.<sup>33</sup>

Gli ordoliberali intendevano completare il percorso iniziato con l'illuministica liberazione dell'individuo nel senso opposto a quello immaginato dal giovane Marx, che voleva realizzare l'emancipazione umana a fianco dell'emancipazione politica.<sup>34</sup> Si riteneva infatti che la società borghese avesse assolto a una fondamentale funzione storica, che avesse cioè esaltato il principio di autodeterminazione, e dunque affrancato l'individuo dai condizionamenti delle strutture feudali. Peraltro l'ordine della società borghese nacque appunto come «ordine», come «nuova comunità» dotata di un «metodo ordinatorio» volto a «indirizzare le forze individuali liberate verso un impiego complessivo ragionevole»: nel «programma della Rivoluzione l'intento liberatorio e l'intento ordinatorio formavano una unità».<sup>35</sup>

Ciò non avrebbe potuto realizzarsi in forme dirette, che sarebbero state incompatibili con il proposito di favorire la libera espressione delle individualità. Occorreva istituire un «ordine indiretto a cui affidare il compito di realizzare il controllo politico e la conformazione del gioco di forze individuali liberate»: si doveva realizzare «una direzione politica della quotidianità sociale attraverso l'ordine». Il tutto ricorrendo a meccanismi anche «psicologici», che come la mitica mano invisibile avrebbero spinto l'individuo verso «finalità più elevate», sebbene queste non venissero «riconosciute o direttamente perseguite». In ciò consisteva la terza via tra liberalismo classico e socialismo: la si doveva percorrere, anche rafforzando «in modo sostanziale l'aspetto della direzione», per evitare un prossimo affossamento dell'ordine proprietario.<sup>36</sup>

Di qui la volontà di realizzare per il potere economico l'opposto di quanto si doveva fare per il potere politico, esercitato da uno Stato forte: il

31 GIERKE (1889) 9 ss.

32 Cd. Kaiserliche Botschaft del 17 novembre 1881.

33 Citazioni in SOMMA (2005) 81 ss.

34 MARX (1978).

35 BÖHM (1937) 3 ss.

36 Ivi 5 ss.

potere economico doveva essere azzerato affinché gli individui fossero condannati a reagire in modo automatico agli stimoli del mercato, a tenere i soli comportamenti funzionali a suo equilibrio e sviluppo. Da ciò anche la soppressione del conflitto di classe, considerato la violazione di un «dovere giuridico», stigmatizzata anche in quanto trasgressione di un imperativo «sociale fondato sull'onore». <sup>37</sup>

## VI. Historia magistra vitae?

Fin qui le riflessioni dedicate alla fase storica di riferimento per le ricerche raccolte nel volume curato da Schmoeckel: riflessioni tutte volte a sostenere l'opportunità di analizzare i processi di industrializzazione e la relativa interazione tra diritto e ordine economico non tanto per chiedersi se e in che modo il diritto produce libertà, come avviene nel volume, ma più precisamente come e per quali finalità la consuma.

Il tutto anche considerando che molte tra le ricerche cui si sono dedicati gli autori coordinati da Schmoeckel, così come lo stesso Schmoeckel, sembrano qua e là interessati a gettare lo sguardo oltre la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, quasi a indicare le loro ricerche come punto di riferimento per elaborare soluzioni buone per il tempo corrente. Non è questa la sede opportuna per prendere posizione su un simile uso della storia, certo non direttamente attualizzante, ma in fin dei conti sensibile a ricavarne indicazioni ulteriori rispetto a quelle necessarie e sufficienti a ricostruire l'esperienza giuridica.

Ebbene, se questa è una delle prospettive che il volume sembra aprire, se non altro per rendere

seducente lo studio storico giuridico dei fenomeni economici, cosa cui il curatore del volume mostra legittimamente di tenere, allora è utile soffermarsi sui termini dell'attuale scontro tra democrazia e capitalismo.

Da questo punto di vista non può infatti sfuggire che anche i tempi attuali mostrano numerosi e inquietanti esempi di come l'ordine capitalista, fortemente compromesso nel suo equilibrio, sia soggetto a numerosi e incisivi interventi quantomeno discutibili dal punto di vista delle compressioni dell'ordine democratico indispensabili per la loro adozione. Allo stesso modo non può passare inosservata la circostanza che tutto ciò produce l'inevitabile superamento del costituzionalismo tipico dei Paesi che, dopo aver vissuto un'esperienza fascista, hanno inteso prevenirne il ritorno prescrivendo, oltre al recupero della democrazia politica, anche il ricorso alla democrazia economica. E infine non si può tacere la circostanza che questo sembra riprodurre quanto avvenuto nell'esperienza tedesca alla conclusione del secondo conflitto mondiale, quando i fautori della democrazia economica sono stati sconfitti nel loro scontro con i sostenitori dell'economia sociale di mercato. <sup>38</sup>

Se così stanno le cose, lo studio dei processi di industrializzazione dovrebbe indurre a una maggiore prudenza nel ritenere che le teorizzazioni e le pratiche degli ordoliberali debbano essere difese a spada tratta. Ma questo è purtroppo ciò che sta avvenendo, a dimostrazione che se la storia può insegnare qualcosa, di norma quel qualcosa non viene compreso. ■

## Bibliografia

- BÖHM, FRANZ (1937), *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Berlin: W. Kohlhammer
- BOURGEOIS, LÉON (1902), *Solidarité*, 3. ed., Paris: Librairie Armand Colin
- COMTE, AUGUSTE (1938), *Philosophie positive (1830–42)*, Vol. 3, Paris: E. Flammarion
- DUGUIT, LÉON, *Les transformations générales du droit privé (1911)*, 2. ed., Paris: F. Alcan
- FOUCAULT, MICHEL (2005), *Nascita della biopolitica (1978–79)*, Milano: Feltrinelli
- GIERKE, OTTO (1889), *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin: J. Springer

<sup>37</sup> Ivi 77.

<sup>38</sup> Ho sviluppato questi aspetti in SOMMA (2014).

- HOBBS, THOMAS (1989), *Leviatano* (1651), Roma, Bari: Laterza
- HOFER, SIBYLLE (2001), *Freiheit ohne Grenzen?*, Tübingen: Mohr Siebeck
- LOCKE, JOHN (1998), *Il secondo trattato sul governo* (1690), Milano: Rizzoli
- MARX, KARL (1978), *La questione ebraica* (1844), Roma: Editori Riuniti
- MESSINA, GIUSEPPE (1904), *I concordati di tariffe nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in: *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2, I, 458 ss.
- POLANYI, KARL (1974), *La grande trasformazione* (1944), Torino: Einaudi
- RÜSTOW, ALEXANDER (2001), *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, 2. ed. (1950), Marburg: Metropolis
- SCHMOECKEL, MATHIAS (2008), *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck
- SMITH, ADAM (2001), *Teoria dei sentimenti morali* (1759), Milano: Rizzoli
- SMITH, ADAM (2005), *La ricchezza delle nazioni* (1776), Roma: Newton Compton
- SOMMA, ALESSANDRO (2005), *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino*, Frankfurt am Main: V. Klostermann
- SOMMA, ALESSANDRO (2014), *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma: DeriveApprodi
- STOLLEIS, MICHAEL (2007), *L'occhio della legge*, Roma: Carocci
- WEBER, MAX (2000), *Economia e società* (1922), Vol. 3, Torino: Edizioni di Comunità

## Kellen Funk

# Die ungeschriebene Geschichte der nordamerikanischen Kodifizierung\*

Abgesehen von der fünfunddreißigseitigen Einleitung stammt der Text *Codification, Transplants and History* aus einer Dissertation, die der Autor John W. Cairns vor 35 Jahren abgeschlossen hat. Seine Relevanz und Aktualität zeigen, wie stark die Geschichte der Kodifizierung in Nordamerika bisher vernachlässigt wurde. Das Thema erhält gelegentlich Aufmerksamkeit in Qualifikationsarbeiten, aber seit im Jahre 1981 Charles Cooks *The American Codification Movement* intensiv kritisiert wurde, ist keine umfassende Abhandlung mehr erschienen.<sup>1</sup>

Cairns konzentriert sich auf zwei nordamerikanische Regionen, die mehr Beachtung erfahren haben: Niederkanada (Quebec) und Louisiana. Die Erforschung der Kodifizierung in Louisiana hat sich in den dortigen Jurafakultäten zu einer kleinen Industrie entwickelt, während die Kodifizierung in Quebec eine beeindruckende Behand-

lung in Brian Youngs *The Politics of Codification* erfahren hat.<sup>2</sup> Cairns bietet eine gründliche juristische Analyse, die Youngs politische Studie ergänzt und kippt damit – als ob die Dissertation frisch geschrieben wäre – eine langanhaltende Auseinandersetzung über die Quellen der Gesetze von Louisiana.

Und dennoch: Obwohl Cairns eine wichtige Analyse von *Kodizes* bietet, harren wir immer noch einer Geschichte der *Kodifizierung* in Nordamerika.

Cairns Textkritik zweier Gesetzbücher wird wohl in absehbarer Zeit nicht überboten werden, nicht einmal von den digitalen Techniken, die momentan in diesem Bereich aufkommen. Er untersucht die *Digest of the Civil Laws Now in Force in the Territory of Orleans* von 1808 (er erwähnt das *Civil Code of Louisiana* von 1825 nebenläufig) und das *Civil Code of Lower Canada* von 1866 unter Beachtung von Familien- und Arbeitsrecht.<sup>3</sup> Na-

\* JOHN W. CAIRNS, *Codification, Transplants and History: Law Reform in Louisiana (1808) and Quebec (1866)*, Clark, NJ: Lawbook Exchange 2015, 559 S., ISBN 978-1-61619-509-0

1 ROBERT W. GORDON, *Book Review: The American Codification Movement*, in: *Vanderbilt Law Review* 36 (1983) 431–458.

2 A. N. YIANNPOULOS, *The Civil Codes of Louisiana*, in: *Civil Law Commentaries* 1,1 (2008) 1–23. BRIAN YOUNG, *The Politics of Codification: The Lower Canadian Civil Code of 1866*, Montreal, Can.: McGill University Press 1994.

3 Im Jahr 1808 beinhalteten die englischen Wörter *code* (Gesetzbuch) und *digest* (Gesetzsammlung) nicht den

technischen Unterschied wie heutzutage. Seinem Titel zum Trotz sollte der *digest* den vorherigen *code* vollkommen ersetzen und zur einzigen Quelle bürgerlichen Rechts im Territorium Orleans werden, im Sinne der modernen Theorie eines Gesetzbuches.

türlich waren diese im 19. Jahrhundert noch keine eigenständigen Gesetzeswerke, Cairns Studien erstrecken sich daher quer über die Gesetzbücher und beziehen auch einige ahistorisch ausgewählte Regelungen ein. Cairns unternimmt dann einen vorsichtigen, stichhaltigen Vergleich der Vorschriften und möglichen Quellen jedes Gesetzbuchs, von kastilischem Gewohnheitsrecht und französischem Recht, bis hin zu den napoleonischen Kodifizierungen und sogar den englischen Kommentierungen von William Blackstone.

Für Quebec liefert er eine technische Ergänzung zu Youngs *Politics of Codification*. Während Youngs Studie die politische Ökonomie der Kodifizierung untersucht und die Industrialisierung sowie die konkurrierenden Interessen von anglophonen und katholischen Eliten betont, sagt sein Werk vergleichsweise wenig über das substantielle Recht aus, welches von der Kodifizierungskommission gewählt wurde. Cairns bietet Letzteres und seine Arbeit unterstützt Youngs Ansicht des Quebec-Gesetzbuchs als Kompromiss zwischen konservativen sozialen Institutionen und modernen Trends hin zu freiem Austausch und individuellen Eigentumsrechten. Cairns findet eine allgemeine Ableitung vom *ancien droit* auf Familienbeziehungen, Arbeitsbestimmungen hingegen folgten der Vertragstheorie von Herr- und Knecht-Beziehungen des französischen Gesetzbuchs.

Keine andere Studie hat eine so sorgfältige Untersuchung von Quellen des Quebec-Gesetzbuchs versucht. Louisiana stellt einen gänzlich gegenteiligen Fall dar. Über Jahrzehnte haben sich Forscher dort mit erstaunlicher Bissigkeit über die Quellen der Gesetzsammlung von 1808 gestritten.<sup>4</sup> Der Einfluss des französischen Texts ist offensichtlich nicht zu bestreiten. Der frankophone Gelehrte Robert Pascal behauptet jedoch, der Text präsentiere nur »ein spanisches Mädchen in einem französischen Kleid« und die Kommissionsmitglieder hätten das vererbte spanische Gesetz mit französischen Artikeln rekapituliert.<sup>5</sup> Pascals Argument hat sich als verlockend erwiesen. Es versichert Juristen, dass, egal wie viele Wörter jemand zählt,

die Essenz eines Gesetzes seiner expliziten Formulierung entgegenlaufen kann und Statistiken Jurisprudenz nicht ersetzen können.

Die Forschung verlangte nach substantieller Analyse, um Pascals Behauptung zu testen, und Cairns bietet eine solche Analyse in unvergleichlicher Schärfe: Er geht über Ähnlichkeiten in der Formulierung hinaus und durchdenkt die juristische Logik jeder Vorschrift und wie sie in ein Regulierungssystem passt. Er kommt zu dem Schluss, dass viele Vorschriften der Gesetzsammlung von Louisiana analog zu kastilischem Gesetz sind, aber nur so weit wie jedes andere System in der römischen Tradition. Aus fundamentalen Prinzipien von familiären Beziehungen und vertraglichen Obligationen resümiert Cairns, dass Pascals Position nicht haltbar ist. Die Redakteure wichen von kastilischem Gesetz ab und liehen sowohl Struktur als auch spezifische Vorschriften von Frankreich. In diesen Fällen weist der Text tatsächlich auf die Quelle.

Der Großteil von Cairns Werk dient der Entscheidung der Quellen-Debatte, aber seine Betrachtungen über die Kodifizierung im Allgemeinen sind auch wertvoll. Trotz der Intensität der Louisiana-Debatte bemühen sich wenige Teilnehmer, die Wichtigkeit der Frage, worauf es hier ankommt, zu klären. Was macht es für einen Unterschied, ob die Gesetzsammlung überwiegend spanisch ist statt französisch? Zumindest für einige Kommentatoren gilt die unausgesprochene Annahme, dass das kastilische Gesetz feudale Elemente behalten hat, die kompatibler mit dem Sklavensystem von Louisiana waren, während das französische Gesetz ein »modernes« System von Proto-Kapitalismus verkörpert hat.<sup>6</sup> Seiner Zeit voraus, widerlegt Cairns Studie von 1980 solche Auffassungen. »Feudalismus«, »Kapitalismus« und »Sklaverei« sind keine reinen sozialen Strukturen und ein Gesetzbuch, das von einem System abgeleitet wurde, kann in der Tat Elemente eines anderen entnehmen.

Cairns hält jedoch nicht konsistent an dieser Einsicht fest. Das Problem tritt auf, wenn er sich

4 J. M. SWEENEY, *Tournament of Scholars over the Sources of the Civil Code of 1808*, in: *Tulane Law Review* 46 (1972) 586–602.

5 ROBERT PASCAL, *Of the Civil Code and Us*, in: *Louisiana Law Review* 59 (1998) 301–324.

6 MITCHELL FRANKLIN, *Some Considerations on the Existential Force of Roman Law in the Early History of the United States*, in: *Buffalo Law Review* 22 (1972) 69–105.

ausschließlich auf den Text der Gesetzbücher bezieht, um seine Geschichte der Kodifizierung zu schreiben. Diese Methode erweist sich als wertvoll, wenn Cairns die interne Logik der Gesetzbücher diskutiert sowie die Gründe, aus denen Kommissionsmitglieder Vorschriften vermengt haben, um praktische Absurditäten zu vermeiden. Doch wenn er eine Entscheidung treffen muss, da die juristische Logik unbestimmt ist, greift eine bemerkenswert schlüssige Ideologie von »liberalem Individualismus«, »Kameradschaftsehe«, oder »Wirtschaftsliberalismus«, um die Analyse zu vervollständigen.

Solche Erklärungen sind zu bequem. Die Kodifizierung erzeugte eine Reihe von juristischen, politischen und kulturellen Spannungen: über die Verfassungskonformität gesetzgebender Kommissionen, die in Gesetzbüchern bevorzugten Politiken, die Übertragung von Texten in neue religiöse und wirtschaftliche Bereiche, über die kreative Macht von Gesetzgebern und die gesellschaftlichen Vorteile stabiler Traditionen. Der Text eines Gesetzbuchs erzählt uns wenig darüber, wie Kommissionsmitglieder diese Spannungen behoben: Bevorzugten sie selbst die »Kameradschaftsehe« oder schlugen sie eine Regel vor, von der sie wussten, dass Gesetzgebung, Presse oder die Anwaltschaft sie bevorzugen würden? Außerdem vernachlässigt Cairns Liste von Ideologien symbolische Erklärungen, die Kulturhistoriker seit den 1980ern betonen. Die bürgerliche Abneigung gegen das englische Common Law scheint schlussendlich weniger von Überlegungen über Wirtschaftspolitik, sondern mehr von instinktiver Abneigung gegen ein »provinzielles« Rechtssystem motiviert zu sein.

Obwohl Cairns also eine fantastische Textanalyse von *Kodizes* bietet, bleibt die Geschichte ihrer *Kodifizierung* ungeschrieben. Das Feld erwartet einen Forscher, der eine einschneidende Studie über politische Wirtschaft, wie Youngs, mit Cairns technischer Expertise in und Beachtung von logischen Rechtssystemen kombinieren kann. Dennoch bietet Cairns eine nützliche Agenda. Er verfolgt kontinuierlich zwei Gegensätze, die die Erforschung der Kodifizierung interessant und wichtig machen.

Erstens sind Gesetzbücher in hohem Maße sowohl derivativ als auch originär. Sogar innovative Werke wie der Code Napoléon »klauen« viel Material von anderen juristischen Texten, aber jedes Gesetzbuch konfiguriert das Geklaute auf seine eigene Weise. Zweitens sind Gesetzbücher sowohl opak als auch transparent. Um vorherige Rechtssysteme ersetzen zu können, verdecken sie ihre Quellen und Einflüsse, aber ihre ausgeliehene Natur ermöglicht es, die konsultierten Quellen und die in deren Entstehung getroffenen Entscheidungen nachzuvollziehen. Es ist dieses Element der *Entscheidung*, welches Kodifizierung so faszinierend macht, indem es die Kontingenz von Rechtsgeschichte aufdeckt: Welche Politiken waren denkbar zu einer bestimmten Zeit und an einem bestimmten Ort, was war tabu und welche Gerichtsbarkeiten verliehen ihren Texten am meisten Prestige?

Studien zur Kodifizierung folgen in der Regel R. C. Van Caenegems Untersuchung institutioneller Spannungen zwischen Gerichten, Legislativen und Universitäten.<sup>7</sup> Cairns Studie nimmt eine weitere Gruppe in den Blick: die Anwälte. In einem Beispiel geht Cairns über den Text des Gesetzbuchs hinaus und geht der Frage nach, warum kastilisches Recht eine solche Wiederbelebung in Louisiana genoss, nachdem die Gesetzesammlung von 1808 davon abgewichen war. Er schlussfolgert, dass gerade die Anwälte die Gesetzesammlung als französisches Gesetzbuch untergraben haben. Als Gesetzbuch war die Gesetzesammlung in gewisser Weise zu erfolgreich. Seine drastische Klarheit ließ einige Prozessparteien ohne brauchbare Argumentation dastehen, wenn der Text des Gesetzbuchs als einzige Rechtsquelle infrage kam. Anwälte argumentierten dementsprechend über das Gesetzbuch hinaus und belebten dabei einen Rechtspluralismus, in welchem die Traditionen von Kastilien, Frankreich oder sogar England überzeugende Argumente im Interesse ihrer Klienten liefern könnten. Zu diesen Anwälten gehörten sogar die Verfasser des Gesetzbuchs selbst.

Tatsächlich gehörte Kodifizierung in Amerika fast ausschließlich in den Tätigkeitsbereich der Anwaltschaft und nicht wie in England in den der Richter, wie in Frankreich in den der Gesetz-

7 R. C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge, UK: Cambridge University Press 1984.

gebung oder wie in Deutschland in den der Professoren. Künftige Studien zur nordamerikanischen Kodifizierung werden die besondere Institution des praktischen Technokraten beachten müssen: die Anwälte, die, wie Cairns in seiner aktualisierten Einleitung schreibt, »did not found their decisions about the law on any kind of detailed and

profound study of the history in the style of Savigny. Instead they operated, without much public scrutiny, as legal technocrats, confident of their own patrician views, inscribing into their codes what they saw as necessary and appropriate.«



**Matthias Schwaibold**

## Codex Caroni\*

Der Berner Emeritus für Rechtsgeschichte erfreute seine Leser in der Vergangenheit wiederholt mit Beiträgen zur Privatrechtsgeschichte namentlich der Schweiz. Sie waren völlig uneitel und voller richtiger Gedanken, allem Modernismus abhold, ohne aber deshalb altmodisch oder gar theorielos gewesen zu sein, im Gegenteil: Caroni warnte davor, um es plakativ und nicht mit seinen Worten auszudrücken, Rechtsgeschichte als eine Art Selbstbedienungsladen zur Herstellung beliebiger historischer Kontinuitätslinien zu verstehen und ihr immer nur das entnehmen zu wollen, was einem für das geltende Recht gerade als Verlängerung auf der Zeitachse nach hinten passt. Er will nämlich gerade nicht, »dass die Reise in die Vergangenheit einer Plünderung gleichkommt« (3). Rechtsgeschichte dient für ihn – und das unterscheidet ihn von den allermeisten seiner Kollegen – auch nicht einfach einem besseren Verständnis der *lex lata*, eher allenfalls der Erkenntnis, dass diese das Ergebnis eines Ringens ist, das auch hätte anders ausgehen können. Seinen zahlreichen Veröffentlichungen namentlich zur Kodifikationsgeschichte der Schweiz folgt jetzt eine – von ihm (der Jahrgang 1938 ist) als »autobiographisch« abschliessend bezeichnete – weitere Darstellung, die den Band 1/1 des renommierten »Schweizerischen

Privatrechts« bildet. Das ist wohl kein Zufall, bemüht sich doch diese Schriftenreihe seit ihrem Anfang 1967 darum, das Wesentliche im geltenden Zivilrecht herauszuarbeiten und bildet damit einen Kontrapunkt zu den viel dickeren und nunmehr einander in hoher Kadenz jagenden Praktiker-Kommentaren, von denen sie sich nicht nur sprachlich und gedanklich, sondern auch konzeptionell abhebt.

Caroni stellt bei seiner Schilderung des 19. Jahrhunderts die schweizerische Entwicklung in den Mittelpunkt und knüpft damit vor allem an drei – vom Rezensenten früher schon besprochene – »Vorgängerwerke« an, nämlich die »Rechtseinheit« vom 1986, das »Privatrecht« (1. Aufl. 1988, 2. Aufl. 1999) und »Die Einsamkeit des Rechtshistorikers« (2005). Er legt allerdings mehr als eine zusammenfassende Neuauflage vor, vielmehr vertieft und erweitert er einige seiner dort (und möglicherweise auch noch anderswo) entwickelten Gedanken. Seinem Leser macht er es dabei noch weniger leicht als je zuvor, er verlangt ihm vielmehr eine Konzentration ab, die irgendwo ein entfernter Spiegel der hohen Konzentration ist, mit der Caroni diesmal ganz besonders spürbar ans Werk gegangen ist. Die äussere Gliederung der Abhandlung in 10 Paragraphen verrät dabei nicht allzu viel zum

\* PRO CARONI, Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche. Schweizerisches Privatrecht, Erster Band, erster Teilband, hg. von Sibylle Hofer, Basel: Helbing Lichtenhahn 2015, XXXV und 255 S., ISBN 978-3-7190-3278-4

konkreten Inhalt: Was bescheiden als »Einleitung« (§ 1) überschrieben ist, erscheint auf 10 Seiten als die Summe der »rechtsgeschichtlichen Theorie« Caronis, der sich vermutlich aber gegen diese Bezeichnung verwahren würde. Es folgt »Der Kampf um die Rechtseinheit« (§ 2), in welchen auf gut 20 Seiten der schweizerische Sonderweg der Privatrechtsentwicklung – bzw. der Weg zur bundes einheitlichen Kodifikation – geschildert wird. Die nächsten 30 Seiten stehen unter dem Titel »Das Bekenntnis zur Kodifikation« (§ 3), der anschließende § 4 behandelt auf 30 Seiten das Verhältnis von »Kodifikation und Rechtswissenschaft«, die 20 Seiten des § 5 stehen unter der bemerkenswerten Überschrift »Privatrecht im Rechtsarchipel«, der kurze § 6 handelt von der »Entdeckung der allgemeinen Rechtsfähigkeit«, § 7 dreht sich um einen Gedanken, der schon vorher mehrfach angedeutet worden war, nämlich »Markt, Gleichheit, Privatautonomie«, § 8 sind 40 Seiten zu »Vertrag und Vertragsfreiheit«, § 9 gut 20 Seiten »Vom alten zum neuen Eigentumsbegriff«, gefolgt von den abschliessenden etwa 30 Seiten des § 10 unter der Überschrift »Von der einen zur anderen Funktion des Eigentums«.

Man könnte aus jedem Paragraphen und jedem Unterkapitel mehrere Sätze zitieren, die in vollendeter Weise einen Gedanken, ein historisches Phänomen, eine Erkenntnis – meist zur schweizerischen Entwicklung – zum Ausdruck bringen. In völlig willkürlicher Weise soll nachfolgend eine solche Auswahl von Sätzen oder kurzen Abschnitten zusammengestellt werden, die zweierlei belegen mag: Dass Caronis elegante Formulierungen über die Inhaltsschwere nur ausnahmsweise hinwegtäuschen können und dass die vorhin zitierten Überschriften zu den 10 Paragraphen eben nur sehr bedingt eine verlässliche Inhaltsangabe sind, sondern bestenfalls das Hauptthema umschreiben. So unterscheidet er einleitend zwischen Kodifikations- und Wirkungsgeschichte: »Neben dieser ersten Geschichte, die die *Entstehung* des Gesetzes vor uns ausbreitet, hat sich seit einiger Zeit eine *zweite* etabliert, die in dem Moment beginnt, in dem das Gesetzbuch endlich in Kraft tritt und in jener Gesellschaft zu wirken beginnt, die es gewünscht hat« (6). Man beachte: Mit dem »endlich« werden die Hoffnung, das Entwickeln und Werden des Gesetzes eingefangen, mit dem »gewünscht« zugleich der schroffe Gegensatz zum monarchischen Erlass wie der gesellschaftliche Konsens betont. Zum »ungelehrten Recht« als

einem Kennzeichen der alten Eidgenossenschaft lesen wir: »Die Eidgenossenschaft bildete eine republikanische Oase inmitten monarchischer Staaten, war daher stets eifersüchtig auf Erhaltung ihrer republikanischen Sitten und genossenschaftlichen Strukturen bedacht, erblickte in der Verwissenschaftlichung des Rechts deren Bedrohung und reagierte entsprechend« (8). Caroni wird später wiederholt die fehlende Verwissenschaftlichung des einheimischen Rechts als Kennzeichen hervorheben. Das Fehlen von Dogmengeschichte (nicht nur bei ihm selbst) begründet er – kürzer geht es nicht – wie folgt: »Einerseits weil sie jeglichen Bezug zur materiellen Wirklichkeit vermissen lässt. Andererseits, weil sie bloss auswärts blühte, wo die wissenschaftliche Pflege des Rechts die Oberhand gewonnen hatte« (9). Zum Zustand des vor-kodifikatorischen Privatrechts schreibt er: »Es war ein Recht, das die Bewohner der Weiler, Höfe, Dörfer, Städte, Talschaften etc. als einziges kannten und als das eigene schätzten, weil es durch bewährte Lösung lokaler Streitfragen Rechtssicherheit gewährleistete und keinerlei Verwirrung stiftete« (15). Rechtsvielfalt ist die »kongruente Erscheinungsweise des Rechts in einer naturalwirtschaftlichen Gesellschaft« (16). Den eigenständigen Weg der Schweiz fasst er so zusammen: »Dass nämlich in der neuzeitlichen Eidgenossenschaft eine Entwicklung stattgefunden hat, die sich von der reichsrechtlichen deutlich abhob. Ihre Andersartigkeit, ihr Hang zum Pragmatismus, ihre Scheu vor den *subtilitates iuris* sind nicht erst im 19. oder 20. Jahrhundert als solche erkannt worden« (74). Obwohl die Helvetik (1798 bis 1803) selbst nur ein Zwischenspiel von fünfjähriger Dauer war, hinterliess sie insbesondere die Kodifikationsidee, die sich im Verlaufe des 19. Jahrhunderts etappenweise (namentlich begünstigt durch die staatsrechtlichen Umgestaltungen mit der ersten und zweiten Bundesverfassung und deren Ergänzungen) ab 1819 durchsetzte: »Der dargestellte Ablauf erscheint zusammenfassend einerseits linear (da Rückschläge im Wesentlichen ausgeblieben sind), andererseits durch viele Umstände gehemmt, was die ungewöhnliche Dauer erklären mag« (24). Diese brachte auch keinen »Systemwechsel«, »(d)enn alles war hierzulande anders gelaufen«, man wuchs in eine neue Wirklichkeit hinein, »die ebenso unspektakulär wie erwartungsgemäss verlief und folglich keine enttäuschten oder zerknirschten Rechtsgelehrten zurückliess und auch nicht – sozusagen als Reaktion – zur Alleinherrschaft der Gesetzgebung



führte. Der Sprung ins Neue gelang ohne sichtbare Risse, im Grunde auch ohne laute Klagen« (38). Caroni nennt sodann sechs Ziele der Kodifikation – und damit Themen, denen er in der Folge nachgehen wird: »(D)ie Vereinheitlichung des Rechts (die als Gesamtstrategie weit über die bereits erörterte räumliche Unifikation hinausgehen konnte); die Vereinnahmung der Gesetzgebung zur Festigung der Staatsmacht (Statualisierung); die Berücksichtigung aufkommender Erwartungen durch materielle Rechtserneuerung; die Subjektivierung der Rechtsordnung durch Verallgemeinerung der Rechtsfähigkeit; der Übergang zu einer rationaleren, wissenschaftlich fundierten Rechtspflege und schliesslich die Öffnung gegenüber demokratischen, nicht zuletzt sozialausgleichenden Bestrebungen« (43). In der Schweiz erschienen die Gesetzbücher nicht als »die einzige, aber immerhin die *überlegene* Rechtsquelle« (46), und eine Eigentümlichkeit ist die »fehlende Identität von Recht und Gesetz« (49) – ein ganz besonders gelungener Satz. »Alleinherrschaft, gar Hegemonie des Gesetzes waren demnach abzulehnen, Quellenpluralismus statt dessen erwünscht« (87). Zum Spannungsverhältnis von Kodifikation und Rechtswissenschaft hält er fest: »Anders stellt sich freilich – einmal mehr – die Frage für die Eidgenossenschaft, weil hierzulande SAVIGNYS unmissverständliche Botschaften immer wieder mit Beifall aufgenommen worden waren, aber der systematischen Durchkodifizierung kantonaler Rechtsbereiche dennoch nicht im Wege standen« (60). Die Charakteristika des schweizerischen ZGB, Einfachheit und Volkstümlichkeit, erklärt er wie folgt: Sie »waren allerdings weniger das Ergebnis eines zufällig gelungenen Redaktionsverfahrens bzw. einer glücklichen momentanen Inspiration als Ausfluss einer vorbestehenden Grundhaltung. Nicht als isolierter Einzelfall imponieren sie uns daher, sondern als gewandte und geschickte Verbeugung des Gesetzgebers vor der Macht überlieferter republikanischer Strukturen, d.h. der eigenen Geschichte, auf die niemand im Grunde zu verzichten bereit war« (89 f.). Und bis weit über die nach-napoleonische Zeit galt: »Der Übergang zu einer von Juristen auch nur vereinzelt geprägten (und folglich noch nicht monopolisierten) Rechtspflege wurde nirgends prinzipiell postuliert, weil man nirgends der Meinung war, er hätte anstehende wirtschaftliche, soziale, politische Probleme besser gelöst. Er vermochte auch deswegen nicht als Fortschritt zu gelten, weil er in krassem Widerspruch

zur lauthals verteidigten republikanischen Verfassung stand« (77). Deshalb »musste generell auch nach Erlass des ZGB mit dem Fortbestehen der Laiengerichtsbarkeit gerechnet werden« (90). Dass die letzten Reste der Laiengerichtsbarkeit in der Schweiz bis heute nicht beseitigt sind, erlaubt sich der Rezensent am Ende dieser Zitateauswahl zu ergänzen.

Caroni untersucht insbesondere die Einflüsse, welche die demokratische (genossenschaftliche) Grundstruktur der Schweiz (namentlich in Bund und Kantonen) auf Entstehung und Inhalt der privatrechtlichen Gesetzbücher hatten, er betont den Einfluss von Industrialisierung und Markt (»Zwang« zur Zirkulationsfähigkeit), und geht der Frage nach, wie weit die allgemeine Rechtsfähigkeit und die Privatautonomie zu Schlüsselbegriffen einer zunehmend individualistisch interpretierten Privatrechtsordnung wurden. An den Bereichen »Tarifvertrag« (163 ff.), »Eigentum« (188 ff.) und Eigentumsbeschränkungen (212 ff.) zeigt er die Entwicklungen und Umdeutungen, insbesondere aber die Durchsetzung von »sozialen« Schranken gegenüber überbordendem Individualismus auf. Die politische Gleichheit der (Staats- und Stimm-)Bürger erscheint immer wieder als Korrektiv, das das Machtgefälle auszugleichen versucht bzw. der Verselbständigung der wirtschaftlichen Ungleichheit Grenzen setzt. An verschiedenen Beispielen (namentlich Höchstzinsvorschriften, Forstgesetzgebung und Grundpfandrechten) zeigt er, wie sich widerstreitende Interessen im Gesetz spiegeln – oder es letztlich dann doch auch wieder aushebeln. Nirgendwo in der Schweiz ging es darum, einen »gemeinrechtlichen Rechtswirrwarr« zu beseitigen, vielmehr besteht das – wohl wichtigste – helvetische Paradox darin, dass die Erforschung des einheimischen Rechts zwar ganz im Sinne der Volksgeistlehre erfolgte, aber entgegen ihrem Erfinder zu dessen Kodifikation führte: Der erste Zugriff der Juristen auf ihr »heimisches« Recht brachte die Zäsur des Gesetzes. Und so konnte auch das »freie und unbeschränkte« Eigentum zunächst einmal als Denkfigur sich Bahn brechen – aber derselbe Liberalismus, der sie erfunden und propagiert hat, erkannte alsbald eine Eigentumsbeschränkung nach der andern als nötig und setzte sie durch – was die §§ 8 und 9 näher darstellen.

Hat man von Caroni schon frühere Beiträge gelesen, dann weiss man, dass Rechtsgeschichte in seinem Verständnis nicht dazu dient, blosse

Belegstellen für Kontinuitäten zu liefern oder Brücken in eine beliebige Vergangenheit zu schlagen, auf welchen man dann sozusagen »sicher« zwischen dem geltendem Recht und dem der Vergangenheit wandern oder gar eine »Linie« aus der Vergangenheit in die Gegenwart ziehen könne (vgl. dazu z. B. 50). Caronis Ablehnung von »Kausalitäten«, »Monokausalitäten« allemal, aber auch seine Skepsis gegenüber allen »linearen« Entwicklungszusammenhängen haben sich seither sicher nicht verringert. Man geht wohl zu weit, wenn man nachgerade von einer »Erklärungsphobie« sprechen wollte – aber irgendwie liegen die Schwierigkeiten, die der Rezensent diesmal (und durchaus entgegen seinen Erwartungen) mit Caronis Gedankenführung hatte, in dieser Richtung: Als historisches Ergebnis stehen die Kodifikationen fest, ebenso, dass sie nicht überall zeitgleich und inhaltsgleich entstanden; und dass die Entwicklung etappenweise und nicht ohne Zusammenhang zur politischen und gesellschaftlichen Veränderung verlief, lässt sich ja auch nicht bestreiten. Bei allem, was Caroni uns dazu erzählt, wimmelt es allerdings nur so von Widerständen, Gegenbewegungen, Bremsenden, Ausnahmen und Gegenläufigem, keines seiner Beispiele erscheint als das »logische« Ergebnis einer, schon gar »geradlinigen« Entwicklung; das ist ganz besonders spürbar im § 9 zum Eigentumsbegriff. Sein Bemühen um Differenzierung und Relativierung ist nicht nur sprachlich omnipräsent, sondern steht vor, in und nach jedem Gedanken in vielfältiger Weise vor dem Leser da. Die »zwar« und »aber«, die »vorerst« und »dagegen«, die »nicht nur ..., sondern auch ...«, die »einen« und die »anderen Seiten«, die nicht abschliessenden Aufzählungen sind Legion. Sie lösen sozusagen das Bild, das jeweils gezeichnet wird, gleich wieder auf, dem Rezensenten fällt als Vergleich nur ein pointillistisches Gemälde ein: Da darf man die Nase auch nicht draufhalten, sonst sieht man nichts, sondern man muss in gemessenem Abstand davorstehen. Und deshalb sucht man dann bei Caroni vergeblich nach »Einzelgründen« oder »Beweisführungen«, wann warum genau etwas entstand oder scheiterte – aber das ändert nichts am Gesamtbild und dessen Schönheit, das er vom Werden der privatrechtlichen Kodifikationen zeichnet. Gibt es eigentlich noch, wenn man Caronis Weg so konsequent geht, für irgendetwas in der Rechtsgeschichte eine konsistente Erklärung? Kann man dann noch mehr sagen, als dass die »Verhältnisse stärker als alte

Gewohnheiten und Überlieferungen« sind (33 mit Fussnote 115), dass »die Fakten« (24 und 25) Druck erzeugten? Wohl kaum, womit Rechtsgeschichte die Beschreibung (hoch-)komplexer Interaktion zwischen vielfältig divergierenden und nur ausnahmsweise klar antagonistischen Interessen wird.

Caroni kann – fast ist man geneigt zu sagen: natürlich – doch nicht auf jede Kausalität verzichten. Aber sie wird – logischerweise, muss man auch hier sagen – nicht prominent in den Vordergrund geschoben, herausgehoben und gefeiert, sie wird an zahlreichen Stellen mehr versteckt als betont, aber ist nicht zu übersehen. Die »Verhältnisse« und »Fakten« haben nämlich einen weiteren Namen: Den Schlüssel der Entwicklung – auf welchen er in der Folge immer wieder hinweisen wird – sieht Caroni offenbar im Auftauchen bzw. in der Durchsetzung der Marktgesellschaft: »Zur Umsetzung ihres Programms brauchte die Marktgesellschaft offensichtlich mehr als eine bloss episodische Überwindung der kantonalen Rechtsvielfalt. Es bedurfte einer rechtlichen Regelung, die überall ausschliesslich galt und gleichmässig angewendet wurde, alle Bewohner des Landes als Destinatäre derselben Botschaft einstuft und möglich alle privatrechtlichen Fragen umfassend und übersichtlich beantwortete« (35). Ähnlich auch die Umschreibung des neuen Mittelpunkts der Gesellschaft: »Als solcher drängte sich just jene Einrichtung auf, die man zwar schon früher kannte, der aber ein noch nicht »entfesselter« Zeitalter eine bloss marginale Präsenz gegönnt hatte, nämlich der Markt« (125). Caronis Kausalität (so scheint es), ist die »totalisierende Strategie« des »modernen Marktes« (S. 134) und die »Öffnung der Wirtschaft zum Weltmarkt« (187), die uns also als letzte und zugleich abstrakteste Erklärung dafür bleibt, was uns der Blick in die Privatrechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts zeigt. Auch der eigentumsbeschränkende Staat trat »nicht als Vertreter überparteilicher, gar polizeilicher Anliegen in Erscheinung, sondern als Garant einer konkreten, dem Marktsystem entsprechenden, in folgedessen bürgerliche Erwartungen widerspiegelnden Eigentumsvorstellung« (216). »Zusehends vom Markt und seiner Disziplin erfasst, ja bald davon beherrscht, war sie (= *die Gesellschaft*, Anm. d. Rezensenten) aus naheliegenden Gründen so investitionsfreudig, wie keine bisher. Kapitalbildung war das höchste Gebot, auch das sachenrechtliche Programm hatte in ihrem Dienst zu stehen. (...) Diesem Konzept, bzw. dem hieraus

erwachsenen Druck hatte sich der Eigentümer, der ja zugleich Marktteilnehmer war, zu fügen« (214). Auch diese Auswahl von Zitaten ist nicht vollständig, das Stichwortverzeichnis in dieser Hinsicht aber besonders erhellend, insb. auf Seite 252.

Der Verzicht auf alle Arten von Dogmen-, Institutionen- und sonstige Kontinuitätsgeschichten ist ebenso richtig wie der Abschied von der »grossen Dichotomie« (99 ff.), welcher der Rezensent noch die »kleine Dichotomie« von Germanisten und Romanisten hinterherwerfen will, über die Caroni nicht nur auf Seite 11 ff. mit leisem Spott äussert. Selbstverständlich ist sein Blick auf die Sozialgeschichte der ertragreichere und sein Postulat nach

Erforschung der Wirkungsgeschichte des Gesetzes zweifellos begründet. Die Tragweite des »Marktarguments« hält der Rezensent ehrlicherweise für eher beschränkt. Entscheidend ist vielmehr das Gesamtbild, nämlich wie vielschichtig, bewegt und detailreich Caroni die Geschichte des Privatrechts darstellt. Er belegt damit abermals, dass sich auf einem kleinen Raum mit weniger als drei Millionen Einwohnern in der Schweiz im 19. Jahrhundert eine höchst spannende Rechtsgeschichte verfolgen lässt.



**Urs Matthias Zachmann**

## Ungentle Civilizer: Treaties and Colonial War in 19<sup>th</sup> Century International Law\*

Already Plato in the *Republic* had his protagonists muse about the application of the law of war – or its customary predecessor – to different groups of adversaries, notably fellow-Hellenes and outside »barbarians«. Among the former, Socrates argued, »civilized« rules should apply, particularly the protection of non-combatants and the rejection of a scorched earth policy. Towards barbarians, however, the ideal citizen should behave »like the Hellenes do among themselves today«,<sup>1</sup> hinting at the sorry state of warfare in reality even among Greeks at the time. Interestingly, Plato did not address the case when »barbarians« came under the rule of a Greek state, arguably because the ideal republic saw no room for such expansion.

For a long time, the states of Europe did not trouble themselves with this last problem, either because they were too weak to project their power overseas or they themselves were the objects of threat or occupation. Only with the discovery of the Americas and the beginning of European

expansion in the 15<sup>th</sup> and 16<sup>th</sup> century did this become a relevant problem (coinciding with the rise of modern international law as a distinct field of knowledge); it became particularly pressing in the age of high imperialism during the 19<sup>th</sup> and early 20<sup>th</sup> century.

In the monograph under review, Harald Kleinschmidt thus addresses one of the most pressing problems in international law during this last phase of western expansion. The questions that animate his study are as follows (35): How did scholars of international law legitimize the fact that European powers and the US ignored valid treaties with non-western nations during the expansion? How did military and legal experts explain excluding colonial warfare from the concept of regular warfare? And finally, how did these conceptual and theoretical developments shape international relations at the time?

Based on a host of primary sources in the fields of military science and international law (mostly

\* HARALD KLEINSCHMIDT, *Diskriminierung durch Vertrag und Krieg: Zwischenstaatliche Verträge und der Begriff des Kolonialkriegs im 19. und frühen 20. Jahrhundert* (Discrimina-

tion by treaty and war: international treaties and the concept of colonial war in the 19<sup>th</sup> century and early 20<sup>th</sup> century), Munich: Oldenbourg 2013, 237 p., ISBN 978-3-486-71730-3

1 Plato, *Politeia*, Book V, 471–473.

by British and German authors) and employing admirable erudition and attention to detail, Kleinschmidt sets out to answer these questions in three main parts. The first part of the study is devoted to the state of law prior to the 19<sup>th</sup> century (38–60), the second part focuses on the discriminating treaty practice and concepts of national sovereignty and equality during the era of imperialism (61–112), whereas the third part deals with the question of the consequences for warfare with colonized peoples or »protectorates« (113–169).

In summary, Kleinschmidt's argument runs as follows: Prior to the 19<sup>th</sup> century, European international public law acknowledged a whole array of different types of international actors, including such non-state actors with legal personality as the British and Dutch Trading Companies. The concept of international order was relatively static, and peace, not conflict, was the default state of their relationship. Consequently European public law was still rather indiscriminate in accepting non-western nations as legal entities and valid parties of international treaties, and extended the full benefits of the *ius in bello* (not to speak of *ius ad bellum*) to these nations.

This began to change, however, around the turn of the 18<sup>th</sup> century and the tendencies accelerated towards the end of the 19<sup>th</sup> century. The outburst of revolution and war in Europe as well as the dynamics of the industrial revolution led to a new dynamic in the international order and a deepening of hierarchy among the powers. Legal theory reflected these developments by increasingly limiting the number of entities that would qualify as sovereign subjects in law, ultimately declaring the state as the original subject in international law. What constituted a state was, of course, again a matter of definition that often enough took the great western powers as their model.

In this context European states and the US treated non-western nations in a number of discriminatory ways: by concluding so-called »unequal treaties« which lacked reciprocity and one-sidedly favoured the western parties; establishing colonies in many of these states that, technically, were declared »protectorates«, but left little of the former state sovereignty; and finally, by declaring even those states as non-existent, due to the alleged lack of ability of the people to govern themselves. All this was done with the usual imperialist justification of »civilization« or the lack thereof.

Kleinschmidt clearly shows how international lawyers translated this process into legal theory and thus made themselves the handmaidens of imperialist expansion, particularly through Lassa Oppenheim's artificial differentiation of state sovereignty, which should formally remain with non-western states, and legal personality, i.e. the capacity to constitute effective legal acts, which non-western states were still too immature to do. Thus, non-western states lacked legal personality and became mere »legal objects«, although it should be mentioned that, because of the vicissitudes and diversity of European colonial policies, there was never a consolidated or consistent theory and contradiction abounds.

Depriving non-western states of their legal personality and, in more extreme cases, of their quality as states per se had critical consequences in cases of military conflict between colonial governments and non-western nations. In the same way as non-western nations were declared unfit to govern themselves, they were also seen as incapable of fighting a »civilized« war with the military techniques of western states, of which the guerrilla-style warfare that non-western nations often utilised against their oppressors seemed proof. Being a non-state, they therefore lacked a *ius ad bellum* against »their« government, and due to fighting an unlawful »small war« – as colonial wars came to be known because of the asymmetry of power in these conflicts – they were not extended the benefits of the *ius in bello*. Thus, with the limitation of legal personality to »regular« states came the exclusion of non-western nations from the protection of the laws of war. Instead, western troops resorted to the tactics of so-called »razzias« – arguably the colonial equivalent to guerrilla warfare – or »expeditions« against the colonial population, the most notorious characteristic of which was that they did not distinguish between combatants and non-combatants and thus victimised whole populations. This culminates in Kleinschmidt's verdict that »with its inherent limitation of the concept of war to conflicts between states, international law committed so-called »savage«, »half-savage« or »uncivilized« peoples to lawless massacres« (33) and that »even unpardonable acts of violence and genocide could become unproblematic measures under international law, even if, as in the case of the war against the Herero and Nama, these violated municipal, in this case German, law« (172).

Although the insight that international law and military science, as much as any other field of knowledge, was not free of politics but, on the contrary, directly or indirectly lent itself to the imperialist project, is not new and has arguably even become the default expectation in historiography in the past decades, Kleinschmidt's study is nonetheless fresh and important in that it focuses on the critical doctrinal link between sovereignty, state personality and the application of the law of war, particularly towards non-western nations. It is also valuable in that it directs our attention to further fields of inquiry that need much more work. Thus, it could be argued that the term »unequal treaty« is a subjective one and would have to be confirmed by a corresponding feeling of iniquity on the part of the non-western nation. So for example, it seems somewhat formalistic to declare the treaty between Britain and the King of Bonny as »unequal« (78), just because it did not grant the same rights to the King if the latter felt no need for them (which we do not know). Likewise, Kleinschmidt's case studies of the Kingdom of Buganda and the Ashanti (145–168) do not always bear his own analysis, but hint at even further diversity in the details: when Britain considered merging Buganda into a bigger union, the *kabaka* of Buganda *could* insist on the treaty of 1900 which prohibited any changes in the status of the kingdom (151), demonstrating that treaties *could* benefit non-western states, provided the political situation was right. Also, Kleinschmidt argues that the implicit assumption of the principle *pacta sunt servanda*, which came with the conclusion of the treaties, and the requirement of its written form constituted an imposition of European public law on the non-western side (84–87). Apart from the fact that any other form than the written seems impractical for international treaties, the problem here seems less the imposition than the misunderstandings that the implied principles created, as the case of the Ashanti demonstrates. Here, the successive ruler did not seem to have felt bound by a treaty that was not concluded by him but by his predecessor as *representative* of the state as a legal person (165). Again, this example illustrates the necessity to know much more about the interpretation of international law on the *non-western* side.

However, the most important vista is opened up by Kleinschmidt's verdict on the notorious complicity of international law with state-perpetrated crimes, as it points towards the problem of doc-

trine, historical context and the standards we apply. Thus the verdict ignores that traditional international law at the time did not concern itself with domestic atrocities, and seems to apply a somewhat anachronistic standard. If we take the legal doctrine of the time seriously, then it is on the surface consistent to argue that protectorates are part of the extended interior of the sovereign state. As such, it would be nonsensical from a publicist's point of view to postulate a *ius ad bellum* for the local population, and again consistent to treat its uprising as rebellion. However, traditional international law does not concern itself with such »internal affairs«, but leaves dealing with this to the municipal law of the sovereign state. Thus, in principle, international law does not »outlaw« colonial people, but simply declares itself not competent and pushes the responsibility into another legal sphere. As Kleinschmidt concedes, the Herero and Namaqua genocide violated municipal, in this case German law. Thus, on the surface neither international nor municipal law condoned the atrocities as such, and we need to know much more about the legal status of protectorates and colonial people in municipal law, and its unholy conjunction with ideology, to understand the dynamics that led to such atrocities.

One could argue that pushing away the responsibility was already a tacit complicity which left entire populations defenceless and at the mercy of possibly murderous governments. But it was only the postwar period that saw the rise of instruments that addressed this problem, notably the concept of »crimes against humanity« and the human rights regime. It would be anachronistic to demand the same standards from 19th century legal scholarship. Moreover, the ambiguous status of »crimes against humanity« and legal issues in the »war on terror«, which eerily recall the »small wars« in Kleinschmidt's study, show that these problems persist. Conversely, when considering the debates over the »responsibility to protect« in our time, we should not judge too harshly about such muddled interactions as Kleinschmidt describes in the case of the Ashanti. Nevertheless, one of the many merits of this thoughtful study is to make the reader aware of how deeply these problems of sovereignty and war are ingrained in the history of the international legal order.



**Gisela A. Ferrari**

## El constitucionalismo latinoamericano desde la óptica de una constitución olvidada\*

Aquel refrán que sentencia «no juzgues a un libro por su portada» puede, interpretado literalmente, no ser plenamente acertado en el caso de la obra que tengo el honor de comentar. El diseño de la portada muestra una variedad de monedas latinoamericanas – fotografiadas por el mismo autor – sobre un antiguo mapa de elaboración europea del Cono Sur del continente americano. La tapa exhibe una amalgama de Europa y de América, de metrópoli y de colonia: así es la gran protagonista de la obra de M. C. Mirow, «la Pepa», como se ha apodado a la Constitución de Cádiz de 1812. El documento, redactado en España y fruto del esfuerzo conjunto de representantes españoles y americanos en las Cortes de Cádiz, fue aplicado fugaz e intermitentemente tanto en España como en algunos territorios americanos bajo control español. Al igual que la portada del libro, la constitución gaditana no es enteramente europea, ni enteramente americana: tiene un pie en cada continente. Así es, también, la idea central que informa la obra, y la misma estructura en la que el autor ha decidido comunicarla: la sucesión de los capítulos nos lleva – especialmente durante el transcurso de los primeros – de Europa a América y de América a Europa, y fluye en forma constante entre ambos espacios geográficos, los cuales quedan desdibujados y superpuestos, pero también hábilmente diferenciados.

El autor se propone un cometido ambicioso: un estudio histórico del constitucionalismo latinoamericano desde la independencia hasta el presente, con especial atención al legado que la Constitución de Cádiz ha dejado en Latinoamérica. Este legado, según el autor, consiste principalmente en que la forma discontinua en que fue aplicado el estatuto, atada a los fuertes vaivenes políticos en el imperio español de la época, instaló en la región la idea de que las constituciones pueden estar ligadas

al cambio político, y politizó así el derecho constitucional y el constitucionalismo. Esta experiencia – al convertir a la constitución en una herramienta que puede ser empleada para lograr cambios o reformas políticas – estableció un patrón perjudicial para el logro de un constitucionalismo efectivo y duradero en Latinoamérica que continúa hasta el presente.

El estudio enfrenta dos riesgos significativos. El primero se relaciona con ciertas generalizaciones a las que Mirow recurre con fines explicativos, en cierta medida necesarias debido a la amplitud de la misión a la que aspira. Bajo el manto de la uniformidad requerida para la presentación del argumento central del trabajo, Latinoamérica se convierte por momentos en un gran espacio homogéneo, por lo que ciertas particularidades locales pueden quedar relegadas, y algunos matices pueden pasar inadvertidos. El mismo autor reconoce este peligro al menos una vez en la obra.

El segundo riesgo tiene que ver con el alcance del valor explicativo que Mirow confiere a la constitución gaditana. A pesar de que sus argumentos son convincentes y bien presentados, pareciera no ser tan patente el legado profundo y duradero en Latinoamérica de la Constitución de Cádiz con la magnitud que el autor pretende. Por un lado, Mirow ve presente la herencia de Cádiz en los países latinoamericanos en la utilización de las constituciones como medios para resolver crisis que son, en realidad, esencialmente sociales y políticas, y como medios para legitimar el cambio político. Por otro lado, el autor identifica ciertos temas centrales debatidos en Cádiz que reaparecieron frecuentemente en Latinoamérica durante los últimos 200 años. Así, menciona cuestiones de soberanía, el estatus social y político de afroamericanos y de pueblos indígenas, el poder y el rol de la Iglesia, las atribuciones de los poderes del Estado

\* M. C. MIROW, *Latin American Constitutions. The Constitution of Cádiz and its Legacy in Spanish America*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, 332 p., ISBN 978-1-107-02559-2

(especialmente del ejecutivo), entre otros. Desde el punto de vista de la fuerza argumentativa de la propia obra, el legado – en los dos sentidos indicados – puede observarse con mayor intensidad en el relato que el autor realiza del siglo XIX, en el cual muestra cómo diversos movimientos independentistas y jóvenes repúblicas latinoamericanas recurrieron a la experiencia gaditana. En el siglo XX, sin embargo, la narrativa se despega poco a poco de la Constitución de Cádiz y su conexión con la historia constitucional latinoamericana comienza a diluirse, tomando la posta la Constitución mexicana de 1917, que abre la era del constitucionalismo social en Latinoamérica. De todos modos, la herencia permanecería, según el parecer del autor, por la mencionada politización del constitucionalismo, que continúa siendo una constante.

El trabajo de Mirow tiene dos grandes virtudes. La primera es rescatar la importancia para Latinoamérica y para España de un documento un tanto olvidado, o al menos relegado, en nuestra historia y en nuestro presente. Mientras otras obras sobre constitucionalismo latinoamericano mencionan la Constitución de Cádiz un puñado de veces, el autor la coloca en primer plano. Mirow relata con detalle minucioso el proceso histórico que da lugar a su redacción; las influencias políticas, filosóficas y culturales en el proceso de su elaboración; el trabajo de los representantes en las Cortes; las fuentes y los pormenores de su implementación; y provee un análisis detallado y sistemático de su texto. Más importante aún, logra presentar extraordinariamente a la Constitución de Cádiz como símbolo de unión y de ruptura. De un lado,

muestra el diálogo entre metrópoli y colonia en un momento de crisis del imperio español: el esfuerzo conjunto del cual nació la Constitución, los intereses de ambas partes reflejados en su texto, y las ganancias y las pérdidas de cada una de ellas en el proceso. Enfatiza ese esfuerzo y ese efecto transatlántico mediante los conceptos de constitucionalismo metropolitano (*metropole constitutionalism*) y constitucionalismo transatlántico (*transatlantic constitutionalism*). De otro lado, reseña el panorama político – crítico y desigual – que llevó a que el mismo texto fuera leído de diferentes formas de un lado y otro del Atlántico: los hechos que llevaron a redactar y promulgar la Constitución de Cádiz fueron los mismos que llevaron a los primeros movimientos independentistas en la América española.

La segunda virtud de la obra es el valioso análisis que provee del constitucionalismo latinoamericano durante los siglos XIX y XX, identificando problemas comunes, fines, aspiraciones, desafíos y realidades detrás de las constituciones latinoamericanas. Mediante esta identificación, el autor pretende contribuir a la búsqueda de soluciones para el presente.

El trabajo de Mirow constituye un gran aporte a la historiografía del constitucionalismo latinoamericano – campo poco explorado –, y representa un material de lectura indispensable para cualquier estudio que quiera fijar su atención en la historia constitucional de España y de América Latina.

■

Harriet Rudolph

## Arenen des Rechts\*

Die Medialisierung der Justiz in der Neuzeit

Der von den schwedischen Rechtshistorikern Kjell Å. Modéer und Martin Sunnqvist herausgegebene Band geht zurück auf ein 2006 veranstaltetes, gleichnamiges Symposium. Die in vier thematischen Gruppen angeordneten 14 Beiträge stammen aus der Feder von Rechtshistorikern bzw. Juristinnen, Literaturwissenschaftlern und Kunsthistorikerinnen überwiegend skandinavischer Provenienz und beschränken sich mit zwei Ausnahmen auf Entwicklungen des 19. und vor allem des 20. Jahrhunderts. Die auf dem Umschlag abgebildete Gerichtsszene vom Beginn des 17. Jahrhunderts täuscht also etwas, allerdings hätte manche Analyse in der Tat auf der viel früher an derartigen Fragen interessierten Frühneuzeitforschung aufbauen können, was kaum der Fall ist. Der Band scheint ein weiteres Beispiel für die im Zuge des steigenden Publikationsoutputs feststellbare Tendenz, dass Disziplinen und Forschungskontexte aneinander vorbei argumentieren können, auch wenn sie ähnliche Fragestellungen verfolgen. An dieser Stelle können nur einige Beiträge exemplarisch besprochen werden.

Eingangs stellt *Kjell Å. Modéer* den Ansatz des Forschungsprojektes »Nordic Legal Maps in Transition«, in dessen Rahmen die Tagung stattfand, und umreißt mit Recht und Justiz in Theaterstücken, Justizgebäuden als Repräsentationsformen des Rechts und der Rolle von Massenmedien im Rahmen der selektiven Medialisierung von Justizfällen wesentliche Untersuchungsfelder des Bandes. Dabei fällt auf, wie unbefangen mit dem Begriff der »Moderne« hantiert und von einer Vormoderne zwischen 1870 und 1914 gesprochen wird, die entscheidend für die Visualisierung des spätmodernen Rechts gewesen sei (5). Hier kann die Frühneuzeithistorikerin nicht folgen, auch deshalb nicht, weil sie die Medialisierung von Recht

und Justiz früher ansetzen würde, ganz abgesehen von der Ritualisierung des Rechts. *Lynda Nead* untersucht in ihrem gelungenen Beitrag die Entwicklung der Gerichtsszenen an ausgewählten Justizfällen in England am Beginn des 20. Jahrhunderts, die als eigene Kunstgattung im Spannungsfeld zwischen dem Nicht-Zeigen-Dürfen (die Pressefotografie wird verboten, um der Sensationsgier, aber auch der Beeinflussung des Gerichts durch die Medien vorzubeugen) und dem dennoch Visualisieren-Wollen entstanden sind. Bezeichnend ist hier, dass derartige Skizzen bis heute angefertigt werden, obwohl sie inhaltlich wie ästhetisch ohne jeden Reiz sind. *Cecilie Schjotvet* widmet sich der Darstellung von Lawyer-Client-Beziehungen im Medium des Gerichtsfilmes und arbeitet mit dem *fixer*, dem *player* oder dem *idealist* drei Archetypen des Strafverteidigers heraus, die in unterschiedlicher Ausformung in all diesen Filmen immer wieder zitiert werden. Allerdings analysiert die Autorin im Wesentlichen Texte, genauso gut könnte man also auch Hörspiele analysieren. *Leif Dahlberg* untersucht in einem lesenswerten Beitrag die Darstellung von Recht und Moral in Shakespeares »Kaufmann von Venedig«, wobei die Moral dem Recht seiner Ansicht nach klar übergeordnet wird. Die am Ende des Stückes erfolgende Konversion Shylocks liest er als eine Denkfigur, durch die rechtliche und soziale Konflikte gelöst und *Communitas* im Sinne von Victor Turner hergestellt werden kann. Der diesem Beitrag beigegebene Kupferstich mit einer venezianischen Gerichtsszene von Giacomo Franco bringt wenig, denn diesen kann Shakespeare nicht vor Augen gehabt haben. *Pia Letto-Vanamo* untersucht in ihrem institutionengeschichtlich ausgerichteten Beitrag Traditionen und Wandel des Gerichtsverfahrens in Finnland in der Neuzeit mit besonderem

\* KJELL Å. MODÉER, MARTIN SUNNQVIST (eds.), *Legal Stagings. The Visualization, Medialization and Ritualization of Law in Language, Literature, Media, Art and Architecture*, Kopenhagen: Museum of Tusulanum Press 2012, 302 S., ISBN 978-87-635-3161-0



Blick auf die 1970er Jahre. Als archaisches Element arbeitet sie den »folksy character« der erstinstanzlichen Verfahren heraus, der einerseits ein identitäts- und akzeptanzstiftendes Element der Justiz gewesen sei, zugleich aber das Rechtsverfahren durch die mangelnde Professionalität der Laien behindert habe – ein klassischer Vorwurf gegen das Laienprinzip. Dagegen widmet sich *Leslie Moran*, welcher sich auch zuvor schon intensiv mit Fragen der Visualisierung von Recht und Justiz auseinandergesetzt hat, den Imaginationen des Richters am Beispiel einer Porträtserie der Chief Justices of New South Wales, die mit den frühen 1970er Jahren einsetzt. Moran verortet die Richterporträts in der Tradition der Repräsentationen des Souveräns und deutet sie als Imaginationen der zwei Körper des Richters, des physischen und des symbolischen, mit Vorrang des Letzteren, wobei man besser zwischen drei Körpern (institutionell, physisch, symbolisch) differenzieren sollte. *Eva Löfgren* zeigt mit Blick auf die Architektur regionaler Gerichtshäuser in Schweden im 18. Jahrhundert, dass die Ausgestaltung von Gerichtsgebäuden seit dem Ende der Frühneuzeit einerseits zunehmend normativ geregelt wurde, andererseits fehlte diesen frühen Bauten die repräsentative Formensprache späterer Beispiele dieser Art, weshalb sie ohne Weiteres in andere Nutzungsformen überführt werden konnten. Der raumsoziologisch orientierte Beitrag von *Lisbeth Fullu Skyberg* beginnt mit der schönen Beobachtung, dass der Eingang zum 1994 gebauten Gerichtsgebäude und zum Norwegischen Theater in

Oslo derselbe ist, was die Autorin veranlasst, über die Beziehungen zwischen beiden Institutionen nachzudenken, die natürlich viel früher schon hergestellt worden sind. Sie arbeitet die Spannung zwischen einer durch die Raumordnung verstärkten Ungleichheit der Akteure am und vor Gericht heraus, welche jedoch durch bestimmte Gestaltungselemente konterkariert wird, die auf Demokratie als Verfassungsprinzip und den Schutz der Rechte des Einzelnen vor Gericht abheben.

Aufgrund der zu großen inhaltlichen Spannweite des Bandes können die einzelnen Beiträge nur einige, meist unverbunden nebeneinanderstehende Schlaglichter auf den Untersuchungsgegenstand werfen – manche derart knapp, assoziativ-essayistisch oder auch an der Thematik des Bandes vorbei, dass nicht ganz klar wird, warum die teilweise auch noch andernorts bereits publizierten Texte überhaupt erneut publiziert wurden. Es spricht viel dafür, dass auch im übrigen Europa der Tendenz englischer Verlage gefolgt werden sollte, keine Sammelbände zu publizieren, die lediglich ein Tagungsgeschehen abbilden. Aber auch unabhängig davon gibt es natürlich keinen objektiven Zwang, all das, was man irgendwo einmal vorgetragen hat, auch zu publizieren. Dennoch sei festgehalten, dass der Band eine Reihe durchaus lesenswerter und für dieses Forschungsfeld instruktiver Beiträge versammelt, die als wichtige Referenzpunkte für zukünftige Forschungen dienen können. ■

**Michael Stolleis**

## Deutscher Juristenstand\*

Nachdem James Gordley vor kurzem eine Geschichte der Juristen – global und generell – vorgelegt hat,<sup>1</sup> begrenzt nun Jean-Louis Halpérin seine Darstellung auf den deutschen Juristenstand

im 19. und 20. Jahrhundert. Er stellt seine Frage also enger und präziser als Gordley: Welche historischen Kräfte bestimmen seit dem frühen 19. Jahrhundert den Zusammenhang der deutschen aka-

\* JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *Histoire de l'état des juristes. Allemagne, XIX<sup>e</sup>–XX<sup>e</sup> siècles*, Paris: Classiques Garnier 2015, 478 S., ISBN 978-2-8124-5031-0

1 Siehe meine Besprechung in: Rg 23 (2015) 286–290.

demisch ausgebildeten Juristen? Bildeten sie damals einen »Stand« (état) und bilden sie ihn noch heute? Wie organisierten sie sich, wie setzten sie ihre Interessen durch? Welche Themen behandelten sie? Das ist nicht ein dogmengeschichtliches, sondern ein genuin historisches Projekt. Um es zu bewältigen, muss man die politische Struktur Deutschlands kennen, also den langen Weg vom Ende der napoleonischen Kriege 1814/15 über den Deutschen Bund (1815–1866), die Gründung des Deutschen Reichs (1871), der Weimarer Republik und den Aufstieg des Nationalsozialismus bis hin zu den beiden deutschen Staaten nach 1949 und zur Wiedervereinigung 1989/90. Das allein als »Hintergrund« darzustellen ist schwierig, aber unverzichtbar, wenn man die Rolle der Juristen auf diesem Terrain verstehen will.

Setzt man dies voraus und geht zum »Juristenstand« selbst über, dann muss man ein Bild über die soziale Lage der Juristen gewinnen. Bleiben sie im Berufsleben als relativ homogener Stand (état) zusammen oder gibt es nur ein »Gefühl« der Verbundenheit? Diese Frage ist nicht trivial; denn ein »état de profession« (anders als ein »état de naissance«) braucht, um erkennbar zu sein, ein gewisses einheitliches Niveau von Ausbildung und Einkommen, vor allem aber eine gemeinsame Standesethik. In der Frühen Neuzeit konnte man diese Bedingungen als einigermaßen gegeben voraussetzen. Die Ausbildung war kaum reglementiert, aber im europäischen Konsens relativ homogen. Feste Wege in den Beruf gab es nicht. Man konnte Richter, Beamter, Advokat, Professor werden und war dabei immer »Jurist« mit einer speziellen Standesehre (»honneur d'état«). Das Einkommen war vergleichsweise hoch, ebenso die gesellschaftliche Rangstufe, wenn auch kontinuierlich von volkstümlich derber »Juristenkritik« begleitet. Der Reim »Juristen böse Christen« ist seit 1300 nachweisbar.

Erst im ausgehenden 18. und im 19. Jahrhundert griffen die Nationalstaaten stärker in die Ausbildung der Juristen ein. In Deutschland gab es zwei (in Preußen sogar drei) Staatsexamina und eine nicht entlohnte Ausbildung in der Praxis (Referendarzeit). Zugleich setzte die Spezialisierung ein, die Laufbahnen gabelten sich. Die Juristenausbildung (*stud. jur.*) verlief anders als die Ausbildung in Kameralwissenschaften (*stud. cam.*). Die Juristen wurden Rechtsanwälte (manche von ihnen zusätzlich oder ausschließlich Notare). Die anderen wurden nach französischem Vorbild

»Staatsanwälte«, die dritten wurden Richter oder gingen in die Verwaltung. Auch die Laufbahnen der Richter verliefen nun unterschiedlich: Neben der Zivil- und Strafjustiz entstanden die Verwaltungsgerichtsbarkeit (ab 1863, 1874 ff.), die Steuergerichtsbarkeit (ab 1919), die Sozialgerichtsbarkeit (ab 1951). Seither gehen viele Juristen in die Wirtschaft, zu Versicherungen, vor allem aber (wie früher) in alle Ebenen der Verwaltung und als Parlamentarier in die Politik. Einige bleiben an der Universität, bilden aber auch keine einheitliche Gruppe mehr; denn manche Professoren halten sich fern von der Praxis, andere bleiben in engem Kontakt mit Gerichten, Verwaltung, Verbänden, etwa als Prozessvertreter oder als Gutachter. Die früheren Studenten der Kameral- oder Staatswissenschaften wurden Nationalökonom (Volkswirte), Finanzwissenschaftler oder Statistiker. Der Zusammenhang mit der Rechtswissenschaft wurde immer lockerer oder verschwand ganz. Diese Diversifizierung bedeutete, dass der Zusammenhang der Juristen als »Stand« sich allmählich auflöste und heute kaum noch erkennbar ist. Zwar versuchte man, dieser Tendenz durch Gründung eines »Deutschen Juristentags« 1860 (DJT) entgegenzuwirken, und tatsächlich wurde der DJT das jährliche große Forum juristischer und vor allem rechtspolitischer Debatten. Er wirkte aber nur wie eine organisatorische Klammer um die auseinanderstrebenden Einzelgruppen.

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts kamen weitere Differenzierungen hinzu: Es entstanden Spezialisten für Umweltschutz, Datenschutz, Verbraucherschutz, Sozialrecht, Telekommunikation oder Europarecht. Die Rechtsanwälte fusionierten – zunächst gegen den Widerstand der Standesorganisationen – in internationalen Kanzleien. Die Juristen in der Wirtschaft bilden eine eigene Klasse; oft haben sie mit juristischem Fachwissen kaum noch etwas zu tun.

Mit anderen Worten: Es gibt nicht »die« Juristen in Deutschland, sondern man kann nur von einem zwar einheitlich ausgebildeten Feld sprechen, dessen Mitglieder sich aber dann in verschiedene Richtungen begeben und meist kaum noch Kontakt untereinander haben. Eine Sozialgeschichte der »Juristen« wird so eine Sozialgeschichte der gesamten deutschen Gesellschaft über 200 Jahre. Eine einfache Aufgabe ist es also nicht, die sich Jean-Louis Halpérin gestellt hat. Seine wichtigste Entscheidung liegt darin, dass er nicht »Schulen« beschreibt wie der eingangs genannte Gord-

ley, sondern sieben zeitliche Schnitte setzt, nämlich durch »Generationen« (Generation Napoléon, Generation 1848, Generation Bismarck, Generation Fin de Siècle, Verlorene Generation, Generation Bonn, Generation der Wende). Das hat zwei große Vorteile. Politik, Verfassungsgeschichte und Sozialgeschichte bleiben präsent. Außerdem fällt Licht nicht nur auf das Zivilrecht, sondern auf die ganze Bandbreite juristischen Wirkens. Der seit Karl Mannheim immer wieder genutzte Aspekt der »Generation« ist auch bei den Juristen von so hoher Bedeutung, dass er meist stärker wirkt als politische Differenzen. Man hat zusammen studiert, hat die gleiche Heimat und die gleichen Erlebnisse, etwa im Krieg oder in der Inflation. Nach aller menschlichen Erfahrung bindet dies die Gleichaltrigen zusammen. Eine fundamentale Ausnahme machen dabei die nicht zu vergessenden extremen und trennenden Lebenswege im Nationalsozialismus und im Exil.

An Halpérins Buch verdient große Bewunderung, welche Menge an Informationen hier auf stilistisch elegante Weise präsentiert werden, Informationen von manchmal sehr subtiler Art, aus denen man sehen kann, wie genau und wie umfassend er gelesen hat. Die Informationen werden mit sicherer Hand geordnet, meist ohne ausdrückliche Bewertung, aber doch mit einer klaren Botschaft. Man lese dazu insbesondere die »Generation Bonn« über die Juristen, die nun nach 1945 wieder in ihre Ämter und Funktionen kommen. Dabei gab es skandalöse Fälle, gewiss, aber die Masse war, wie meistens, »grau in grau«. Eine kleinere Gruppe hatte unter dem Nationalsozialismus gelitten und erlebte nun eine neue Freiheit. Es war eben, wie sich Helmut Coing einmal ausgedrückt hat, trotz oder gerade wegen düsterer und verdrängter Erinnerungen »eine glückliche Zeit« mit viel Enthusiasmus des »nie wieder!«, mit Erfahrungen der Freiheit und des wachsenden Wohlstands.

Das Buch könnte in Frankreich erhellende Wirkung haben; denn es gibt wohl kein einziges französisches Werk, das so präzise und zuverlässig über die Spezies »Deutsche Juristen« der letzten beiden Jahrhunderte informiert wie dieses. Die föderalistischen Strukturen Deutschlands sind den Franzosen immer noch relativ fremd, wie umgekehrt auch das zentralisierte Frankreich den Deutschen. Sechzehn verschiedene Gesetze der

Bundesländer zur Juristenausbildung sind für »Zentralisten« ein Gegenstand des Spotts oder wenigstens milder Ironie. Zur mangelhaften Kenntnis der jeweiligen Tiefenstrukturen tragen auch die schwindenden französisch-deutschen Sprachkenntnisse auf beiden Seiten des Rheins bei. Bewunderung verdient deshalb auch Halpérins Beherrschung der deutschen und angloamerikanischen Literatur. Die reiche rechtshistorische Literatur zu einzelnen Juristen und zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz ist hier präsent und jeder Kenner wird bestätigen, dass Halpérin sie nicht nur zitiert, sondern auch wirklich verarbeitet hat.

Der Titel des Buchs ist so kurz und einprägsam wie Buchtitel sein müssen. Aber ein Buch, das *Histoire de l'état des juristes* heißt, setzt doch die Existenz eines mehr oder weniger geschlossenen »état des juristes« in diesen 200 Jahren voraus. Ob man davon heute noch sprechen kann, ist zweifelhaft. Halpérins Buch lässt sich auch wie ein Abgesang auf den »Juristenstand« lesen. Gewiss gibt es heute noch Reste von »Standesethik«, gehütet von der Bundes-Rechtsanwaltskammer, von den Notarkammern oder dem Deutschen Richterbund. Aber am Ende sind die Tendenzen der Diversifizierung, Spezialisierung und Globalisierung doch stärker als das Band, das alle »Juristen« verbindet. Dieses Band wird heute auch dadurch schwächer, dass es nicht nur die staatlichen Universitäten sind, die heute Juristen ausbilden, sondern auch die mehr an der Praxis orientierten »Fachhochschulen« und Privatuniversitäten, die ihre Klientel vor allem in der Wirtschaft haben. Inzwischen sind die Verbote kommerzieller Werbung verwässert, Juristen preisen sich selbst über alle Medien als spezialisierte Dienstleister an, beginnend mit der eigenen Homepage. Der Widerstand gegen überörtliche und internationale Fusionen von Anwaltskanzleien ist gebrochen. Schon tritt die Mehrheit der Juristen gar nicht mehr vor Gericht auf. Am stärksten sind die Zusammenhänge wohl noch bei der Justiz, doch beruhen sie dort eher auf einheitlichen Besoldungsstrukturen und Karrierewegen. Hier wechselt die rechtshistorische Untersuchung über auf das Feld der Berufssoziologie, das Halpérin aber nicht mehr betritt und auch nicht betreten wollte.

■

Michael Stolleis

## Verwaltungsrecht bei den Galliern\*

Grégoire Bigot, Rechtshistoriker an der Universität Nantes, ist wie Pierre-Laurent Frier und François Burdeau, denen er beiden verbunden ist,<sup>1</sup> Spezialist für die Geschichte der französischen Verwaltung und des Verwaltungsrechts vor allem des 19. und 20. Jahrhunderts.<sup>2</sup> Seine beiden Bände »L'Administration française« sind heute das maßgebende Handbuch für die Zeit bis 1944 – ein dritter Band wird erwartet.<sup>3</sup> Im vorliegenden Sammelband vereint er nun acht große Artikel aus den Jahren 2000 bis 2012, die sich mit Verwaltung, Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit von der Französischen Revolution bis zur Gegenwart befassen. In einer sehr informativen Einleitung von fast 50 Seiten werden das Forschungsfeld selbst sowie dessen Wissenschaftsgeschichte entfaltet. Die Studien sind nicht europäisch vergleichend angelegt, sondern – von kurzen Seitenblicken auf Italien und Deutschland abgesehen – ganz auf Frankreich konzentriert.

Wie in Deutschland setzen sich in Frankreich seit dem späten 18. Jahrhundert die Ausdrücke »droit constitutionnel« (Konstitutionsrecht) und »droit administratif« (Administrativrecht) durch. In den Staaten des Deutschen Bundes wandeln sie sich ab etwa 1830 in »Verfassungsrecht« und »Verwaltungsrecht«, und Letzteres wird in den ersten Lehrbüchern, wie nicht anders möglich, länderspezifisch dargestellt. Die süddeutschen Verfassungsstaaten gehen dabei voran. Auch in Frankreich erscheinen um diese Zeit die ersten Professuren für Verwaltungsrecht. Aber der verfassungspolitische Hintergrund und die Wissenschaftsgeschichte des Verwaltungsrechts beruhen auf ganz anderen Grundlagen. Das zentralistisch organisierte Frankreich bleibt trotz der Revolutionen und des Wechsels der Staatsformen im Wesentlichen in

der gleichen administrativen Spur. Die von Napoleon geprägte Verwaltung sperrt sich lange und erfolgreich dagegen, gerichtlich kontrolliert zu werden, jedenfalls von einer unabhängigen Judikative. Frankreich ist das Land der Gesetzgebung und der Exekutive. »La loi« und der »service public« als Arm der zweiten Gewalt bleiben das Maß aller Dinge. In Deutschland dagegen bauen das liberale Bürgertum und die Judikative eine Front gegen die monarchische Verwaltung auf, setzen die Unabhängigkeit der Justiz durch und realisieren am Ende den materialen »Rechtsstaat«, der Verfassungsqualität erlangt.<sup>4</sup> Die Justiz wird die eigentliche Beschützerin der Rechte – und schließlich der Grundrechte – des Bürgers »gegen« den Staat. Das sei, sagt Bigot zu Recht, eine »idée allemande«, aber auch er betrachtet heute die Frage »Qui garantit les droits subjectifs contre la puissance de l'État?« (XLII) als den roten Faden seines Buchs.

Man versteht die immer noch spürbaren Unterschiede zwischen beiden Ländern nur, wenn man mit Bigot auf die Gründungsgeschichte von Verwaltung und Verwaltungsrechtsschutz zurückgeht (Kap. 1). Sie beginnt 1789 mit generellem Misstrauen gegenüber der Justiz des Ancien Régime und deren Zurückdrängung, um die Ergebnisse der Revolution gegen Restitutionsforderungen zu sichern. Es gibt nur Legislative und Exekutive, während die Justiz als Teil der Exekutive nur für »l'application pure et simple de la loi« zuständig war, wie der Abgeordnete Cazalès 1790 sagte. Rechtsschutz gegen die Verwaltung gab es in Fällen von »excès de pouvoir«, wofür vor allem ab 1852 der zum zentralen Verwaltungsgericht sich wandelnde Conseil d'État zuständig war (Kap. 2).<sup>5</sup> Angesichts der Dominanz von Staatswille (Gesetz)

\* GRÉGOIRE BIGOT, Ce droit qu'on dit administratif ... Études d'histoire du droit public, Paris: Éditions La Mémoire du Droit 2015, 373 S., ISBN 978-2-84539-039-4

1 FRANÇOIS BURDEAU, Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970), Paris 1995; ZUVOR SCHON PIERRE LEGENDRE, Histoire de l'administration de 1750 à nos jours, Paris 1968.

2 GRÉGOIRE BIGOT, L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitudes d'une ambition (1800–1872), Paris 1999.

3 GRÉGOIRE BIGOT, L'Administration française. Politique, droit et société, Tome 1 1789–1870, tome 2 (mit Tiphaine Le Yoncourt) 1870–1944, Paris 2014.

4 AURORE GAILLET, L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des re-

cours de droit public dans l'Allemagne du XIX<sup>e</sup> siècle, Paris 2012; LUC HEUSCHLING, État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law, Paris 2002.

5 DANIEL PEJKO, Gegen Minister und Parlament. Der Conseil d'État im Gesetzgebungsverfahren des Zweiten Französischen Kaiserreichs (1852–1870), Frankfurt 2012.

und dessen Durchsetzung (Exekutive) kam es auch nicht zu der für das Deutschland des 19. Jahrhunderts so typischen scharfen Zweiteilung in Gesellschaft (Privatrecht) und Staat (öffentliches Recht), so dass sich der französische Bürger in allen wesentlichen Rechtsschutzfragen an die Zivilgerichtsbarkeit zu halten hatte. Die Exekutive behielt ihre Handlungsfreiheit (Kap. 3). Der erste Teil des Buchs schließt mit einer Abhandlung zur religiösen Verankerung der Legitimität hinter wechselnden Verfassungskulissen. Wurde die Verwaltung einst durch die Sakralität des Königtums gestützt, so trat nun an die Stelle des Königs das sakralisierte »Gesetz«, der zum Text geronnene Wille der Nation.<sup>6</sup> Dass das Gesetz eine fiktive oder quasireligiöse Zuschreibung an die aus Wille und Vorstellung gemachte mystische Person »Staat« darstellt, haben Pierre Bourdieu und Pierre Legendre mehrfach unterstrichen.<sup>7</sup> Auf die damit verbundenen »Fiktionen«, darunter auch die des Staates als »juristische Person«, geht Bigot in den letzten drei Artikeln seines Buches ein.

Der zweite Teil des Buchs widmet sich der Einarbeitung und allmählichen Stützung von Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit durch Verfassungsrecht. Nur »allmählich«; denn das Modell der dominanten Exekutive konnte sich lange gegenüber wechselnden Verfassungen immunisieren. Das Verwaltungsrecht blieb das Recht der »puissance publique«, und zwar auch während der Restaurationsepoche und der Julimonarchie, ja mit dem Tribunal des Conflits sogar über die Revolution von 1848 hinaus und erst recht mit der Konzentration der Exekutive in der Hand des Chef de l'État Napoléon III. Zögerlicher als in Deutschland bildete sich eine Opposition gegen eine nur verwaltungsinterne und letztlich vom Ministerium gesteuerte Kontrolle, die dem Bürger von vornherein verdächtig war, wenn er sich effektiv gegen seinen Staat wenden wollte. Erst die Dritte Republik setzte mit dem Gesetz vom 24. Mai 1872 und

mit dem berühmten Fall Blanco vom 8. Februar 1873 eine Zäsur zugunsten einer unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit.<sup>8</sup> Das implizierte eine Stärkung des Gedankens der bürgerlichen Freiheit gegen das Vertrauen auf das »Gesetz« und gegen die doktrinaire Égalité von 1789.

Wie zögerlich dieser Prozess verlief, zeigt sich auch an der Lehre des Verwaltungsrechts an den Universitäten, die wie in Deutschland mit den 1830er Jahren einsetzte (Poitiers, Toulouse, Rennes, Grenoble, Aix, Strasbourg, Dijon, Caen). Die aus ihr entstehenden ersten Handbücher waren aber kaum mehr als Zusammenstellungen des geltenden Rechts. Das änderte sich erst unter den anderen Verfassungsbedingungen der Dritten Republik. Von da an schien es möglich, Verwaltungsrecht als eigene wissenschaftliche Disziplin zu entfalten, etwa in den zentralen Werken von Léon Duguit und Maurice Hauriou.<sup>9</sup> Dass sich dieser Prozess auch am Ende des 19. Jahrhunderts zeitlich parallel in Deutschland vollzog (F. F. Mayer, O. v. Sarwey, E. Loening, O. Mayer, W. Jellinek) und dort mit der Begründung der Verwaltungsgerichtsbarkeit zusammenfiel,<sup>10</sup> ist frappierend, sollte aber nicht die weiter wirkenden Unterschiede beim Rechtsschutz des Individuums verwischen. Erst in den letzten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts verlieren sie sich, so dass auch in Frankreich von einem Übergang des État de loi zum materialen verfassungsgebundenen État de droit mit verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz gesprochen werden kann.<sup>11</sup> Der genannte »rote Faden« des Buchs von Bigot, wer die subjektiven Rechte des Einzelnen gegen die Macht des Staates schützen könne, impliziert eine Auseinandersetzung mit dem Erbe des 19. Jahrhunderts. Es geht um die Rolle der Justiz als unabhängige Dritte Gewalt, um die Unterordnung der Exekutive nicht nur unter das Gesetz, sondern auch unter die Verfassung und deren Verzahnung mit dem Gesetzesrecht. Die Rechtsgeschichte des Verwaltungsrechts, zu der das diffe-

6 MARIE-FRANCE RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris 2003.

7 PIERRE BOURDIEU, *Sur l'État*. Cours au Collège de France, 1989–1992, Paris 2012; PIERRE LEGENDRE, *Fantômes de l'État en France. Parcelles d'histoire*, Paris 2015.

8 MARCEAU LONG, PROSPER WEIL, GUY BRAIBANT, PIERRE DEVOLVÉ, BRUNO GENEVOIS, *Les grands arrêts de la ju-*

*risprudence administrative*, 15. éd., Paris 2005, 1–7.

9 Grundlegend JEAN-LOUIS MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris 1985.

10 MICHAEL STOLLEIS, *Hundertfünfzig Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in: DVBl 2013, 1274–1280.

11 HEUSCHLING, GAILLET (Anm. 4). Siehe nun auch AURORA GAILLET, in: NIKOLAUS MARSCH, YOAN VILAIN,

MATTHIAS WENDEL (Hg.), *Französisches und Deutsches Verfassungsrecht. Ein Rechtsvergleich*, Berlin/Heidelberg 2015, 8 ff., insbes. 15 ff. zur III. Republik.

renzierte und gedankenreiche Buch von Bigot wesentlich beiträgt, kann, wie man sieht, die retrospektive Aufklärung derjenigen aktuellen Fragen voranbringen, die bei der Homogenisierung des

europäischen Rechtsschutzes gegen die Administrationen im »Mehrebenensystem« auftreten. ■

**Jean-Philippe Dequen**

## Eternal Judiciary over Ever-changing Politics\*

The title might appear provocative, a contradiction in terms even. However, Abhinav Chandrachud's monograph on the history of the Bombay High Court during the Raj offers a much nuanced view on the judicial history of colonial India, and, to an extent, on the British Empire as a whole. His starting point is but a simple interrogation, albeit seldom treated in the legal historical literature: »why did the Bombay High Court transition so seamlessly from colonialism to independence?« (299). Even more so, why did British and Indian colonial judges not only retained their positions post-1947, but moreover were promoted whilst unabashedly seeking to "maintain the high traditions that the British had left behind" (2)?

Pursuing the reflexions of Marc Galanter on the unsuccessful attempts to replace the British legal frame post-independence,<sup>1</sup> Abhinav Chandrachud focuses on the institutional reasons for this failure. Through the biography of the Bombay High Court – its judges, barristers, solicitors, as well as a random, yet exhaustive, sample of five hundred cases – the author argues that unlike other branches of colonial administration, the Bombay high judiciary was largely perceived as legitimate by the Indian population. Three main reasons contributed to this otherwise paradoxical situation. First, the decolonisation of the Court personnel was all but already achieved when midnight struck on 15<sup>th</sup> August 1947, with a majority of Indian over British judges, a slow transition which started in the 1880s. Secondly, the racial discrimination that

other branches of government sustained was almost (although not entirely) absent within the daily functioning of the Court, where seniority held sway both in the elevation to the bench and in choosing who would write judgments. Finally, despite a structural link to the executive in the fact that judges – unlike in England – were not formally independent but served at the »pleasure« of the Crown, the Bombay High Court showed a »cultural« independence both in its composition, where Indian judges gradually coming from elite legal familial dynasties were less prone to political activism, and in its decisions which – with the notable exceptions of high profile political cases – show a staggeringly low conviction rate of 50 per cent.

Drawing from its intimate knowledge of the Bombay High Court, of which he is now an advocate, Abhinav Chandrachud makes use of a wide array of archival sources and methods, allying a critical reading of biographies and private papers in light of their sometimes hagiographical tendencies, to a quantitative analysis of cases and of prosopography to explicit the cordial relations between Indian and British judges both in and outside the Court. Divided into six rather formal thematic chapters – a perhaps unfortunate remnant of the doctoral dissertation from which this work was adapted – *An Independent, Colonial Judiciary* thus presents a far-reaching study able to cross the disciplinary boundaries between law and history.

\* ABHINAV CHANDRACHUD, *An Independent, Colonial Judiciary: A History of the Bombay High Court during the British Raj, 1862–1947*, New Delhi: Oxford University Press 2015, 345 p., ISBN 978-0-19-945330-6

1 MARC GALANTER (1972), *The Aborted Restoration of »Indigenous« Law in India*, in: *Comparative Studies in Society and History* 14, 53–70.

Indeed, although anchored in the ›Law and Society‹ tradition, the author nevertheless keeps his distance to a scholarly movement that more often than not links law to issues of identity. Within this tradition, legal discourse and practice are increasingly being relegated to merely one factor among many others within colonial history and its postcolonial aftermath, notably through the study of but a few high impact cases as mere illustrations of a wider context.

Not shying away from legal analysis, notably in regard to the provisions which theoretically undermined the High Court's independence vis-à-vis the executive, the author nonetheless counterbalances this ›black letter‹ approach with social and anthropological data in order to explain the skilful manoeuvring it took to avoid the full implementation of these norms. Moreover, the exploration of a larger sample of cases helps cast a different light within the inner workings of the Court. The overall approach might dissatisfy the historian and the lawyer alike. The former might point out the specificity of Bombay within the Indian colonial framework, the scarce references to vernacular sources and broader political background within which the Court operated among other ›factors‹, whilst the latter will undoubtedly shriek at the very concept of ›cultural independence‹ applied to a legal institution. They would both be wrong.

*An Independent, Colonial Judiciary* is in fact an essay on Indian legal culture: how it originated, progressively perceived itself as disconnected from the historically bounded colonial State and, the greatest feat of all, convinced others it had done so. The actual veracity of this situation applied to the Indian political and social contexts is almost beside the point, although the author makes a convincing case for it. In fact, the most interesting aspect of this study lies in the reflexivity of its object: how judges and the legal profession at large have come to consider themselves beyond politics; products of, yet detached from, the social and economic

settings of their time; how they gradually created a vacuum in order to perceive themselves as ahistorical and thus survive the changes happening around them.

It is through this reflexive aspect that the epistemological approach of Abhinav Chandrachud becomes purposeful and indeed necessary. For only by focusing narrowly on a specific legal institution and shifting other ›factors‹ to the background can one accurately understand and make sense of the Court's inner workings and atmosphere, so different from the rest of colonial administration. Similarly, the analysis of the colonial legal framework greatly benefits from a close study of the actors in charge of its implementation – both in terms of how it affects others and, perhaps more importantly, how it affects themselves.

As such, *An Independent, Colonial Judiciary* is much more than another case study on how the British ›rule of law‹ progressively escaped its initial inceptors. It also provides the genealogy upon which the contemporary Indian high judiciary has come to claim its independence from the Indian political and, to an extent, democratic spheres. In this regard, this study must be read in conjunction with the author's previous work on the Indian judiciary and its insulation,<sup>2</sup> of which the recent constitutional debates around judicial appointments are but the latest avatar.

Abhinav Chandrachud's monograph thus not only renews part of the ›Law and Society‹ scholarship in re-focusing it on legal issues, but also paves the way for further studies on the genealogy of Indian legal institutions. Indeed, to the author's own admission, his findings would need to be corroborated through the institutional biographies of other colonial High Courts and tribunals in order to be fully generalizable. Accordingly, *An Independent, Colonial Judiciary* is a stepping stone, albeit an important one. ■

2 ABHINAV CHANDRACHUD (2010), The Insulation of India's Constitutional Judiciary, in: *Economic and Political Weekly* 45, 38–42.

**Karl-Heinz Lingens**

## Wenn zwei sich streiten ...\*

Völkerrechtliche Neutralitätsregeln waren – und sind es noch immer – weitgehend Gewohnheitsrecht. Insofern darf der Rechtshistoriker von vier kurz nacheinander erschienenen geschichtswissenschaftlichen Monographien, die mit unterschiedlichen Ansätzen, Erkenntnisinteressen und regionalen Schwerpunkten die politischen Vorstellungen und die Praxis vom 17. bis Anfang des 20. Jahrhunderts auf einem Gebiet herausarbeiten, das paradigmatisch für die Bildung der Völkerrechtsgemeinschaft selbst ist, auch für sein Fachgebiet neue Erkenntnisse erwarten. Enttäuscht wird er in keinem Fall.

»La course est et demeure abolie«, so lautet der erste der vier knappen Sätze der Deklaration, auf die sich am 16. April 1856 die Bevollmächtigten der Pariser Konferenz zur Beendigung des Krimkrieges einigten. Nach der Friedensregelung im Krimkrieg wollten sie durch eine »doctrine uniforme« auch der langandauernden Unsicherheit über Rechte und Pflichten von Kriegführenden und Neutralen im Seerecht ein Ende setzen. Jan Martin Lemnitzer würdigt in seiner konzisen, stark auf archivalische Quellen aufgebauten Studie zum Ende der Kaperei das gewählte Verfahren der Rechtsbildung als »masterstroke«: Die Unterzeichner verpflichteten sich, die Erklärung allen nicht-beteiligten Staaten zur Kenntnis zu bringen und sie zum einfachen Beitritt einzuladen. In dieser frühen modernen Kodifikation von Völkerrecht ging es allerdings nicht lediglich um die Verschriftlichung und globale Ausweitung tradierten europäischen Rechts, sondern auch um handfeste Politik: Warum verzichtete die stärkste Seemacht Großbritannien auf ihr vor 1854 über Jahrhunderte in Anspruch genommenes und praktiziertes Recht, den Seehandel neutraler Mächte mit dem

Feind umfassend zu kontrollieren und zu unterbinden? Lemnitzer weist nach, dass sich die britische Regierung gegen erheblichen Widerstand im eigenen Land bewusst für die den neutralen Handel erleichternde Prinzipien (frei Schiff, frei Gut und Schutz neutraler Waren unter feindlicher Flagge, Kriegskonterbande jeweils ausgenommen; nur wirksame Blockaden sind rechtmäßig) entschied, um keinen Anlass für einen die britische Vorherrschaft bedrohenden Zusammenschluss der Konkurrenten zu geben. Insbesondere die stark wachsende Handelsflotte der USA stellte ein gewaltiges Potential für Freibeuterei dar – Lemnitzer schildert im Detail, wie die grundsätzlich freihandelsfreundliche nordamerikanische Regierung mit Änderungsvorschlägen und Beitrittsweigerung ihre Interessen zu wahren suchte, die von ihr begünstigte Kaperei aber letztlich daran zugrunde ging, dass aufgrund des Erfolgs der Pariser Deklaration weltweit den Inhabern von Kaperbriefen die Häfen verschlossen wurden.

Konzentriert sich Lemnitzer auf das Seekriegsrecht und einen kurzen Zeitraum von gut 20 Jahren, benutzt Maartje Abbenhuis den auch aus ihrer Sicht rechtlich definierten Begriff zur Charakterisierung der Großmachtspolitik des langen 19. Jahrhunderts vom Ende der Napoleonischen Kriege bis 1914. Im »Age of Neutrals« seien alle europäischen Kriege stets von einer kleinen Anzahl teilnehmender Staaten mit begrenzten Zielen geführt worden, ermöglicht durch bewusst gewählte permanente, freiwillig-langfristige und gelegentliche Neutralität der anderen – eine Politik der Zurückhaltung und Konflikteinhegung, die, anders als vor 1815 und nach Ausbruch des Ersten Weltkriegs, von den oft selbst neutral bleibenden Großmächten durch den Schutz der Rechte Unbe-

\* JAN MARTIN LEMNITZER, *Power, Law and the End of Privateering*, Basingstoke [u. a.]: Palgrave Macmillan 2014, XII, 254 S., ISBN 978-0-230-30185-6  
 MAARTJE ABbenhuis, *An Age of Neutrals: Great Power Politics, 1815–1914*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, X, 289 S., ISBN 978-1-107-03760-1

ÉRIC SCHNACKENBOURG, *Entre la guerre et la paix: neutralité et relations internationales, XVIIe–XVIIIe siècles*, Rennes: Presses universitaires de Rennes 2013, 375 S., ISBN 978-2-7535-2796-6  
 AXEL GOTTHARD, *Der liebe vnd werthe Fried: Kriegskonzepte und Neutralitätsvorstellungen in der Frühen Neuzeit* (Forschungen zur kirchli-

chen Rechtsgeschichte und zum Kirchenrecht 32), Köln [u. a.]: Böhlau 2014, 964 S., ISBN 978-3-412-22142-3



teiliger gefördert worden sei. Insbesondere die in der Studie aufgelisteten Neutralisierungen ganzer Länder bis hin zu Wasserwegen und Eisenbahnlagen dienten im Mächtekonkurrenz der erfolgreichen Sicherung des eigenen Einflusses. Nach 1856 – auch Abbenhuis sieht hier einen entscheidenden Einschnitt, verortet die Gründe für Großbritanniens Sinneswandel aber stärker im ökonomischen Bereich als Lemnitzer – seien einerseits die Parameter der Neutralität völkerrechtlich genauer ausdifferenziert worden (Haager Konferenzen 1899 und 1907, Londoner Seerechtsdeklaration 1909), die praktischen Schwierigkeiten der Umsetzung für die Neutrale aber nicht geringer geworden. Den entscheidenden Schlag erteilt die Neutralität in Theorie und Praxis jedoch durch die Einstellungsänderung der kriegführenden Großmächte, die im Verlauf des Ersten Weltkriegs den Sieg um jeden Preis über die traditionellen Bemühungen um Konfliktbegrenzung stellten.

Das Ende des Jahrhunderts der Neutrale ist für Abbenhuis auch der Anfang vom Ende der darauf gestützten Hegemonie Englands, der Weg für den seinerzeit mächtigsten Neutrale, die USA, war frei. Dass und wie Neutrale wirtschaftlich von den internationalen Konflikten profitierten, zeigt Éric Schnakenbourg für den Seehandel des 17. und 18. Jahrhunderts. Die entsprechenden Anfeindungen illustrieren jedoch die Gratwanderung, die der Politik der »Neutrale des Nordens« (die Auswertung dänischer und schwedischer Archivalien gehört zu den Pluspunkten der sehr lesenswerten Studie) und später der Niederländer abverlangt wurde: In den englisch-französischen Kriegen keinen der Kriegführenden zu begünstigen und gleichzeitig die eigene Flagge und das eigene Territorium zu schützen gelang nicht immer, zumal die rechtlichen Bedingungen nur in Umrissen feststanden und von den Streitenden einseitig festgelegt bzw. gedehnt ausgelegt werden konnten – Möglichkeiten, die auch die Schweden nutzten, wenn sie selbst Kriegspartei waren. Frankreich hingegen wusste um die Bedeutung des neutralen Handels für seine Versorgung auch mit kriegswichtigem Material und ermunterte diese Staaten, ihre Rechte gegenüber England zu behaupten. Schnakenbourg konstatiert insgesamt eine nicht nur graduelle, sondern wesensändernde Entwicklung von einem Verhalten, »être neutre«, zur Neutralität als einem Typus zwischenstaatlicher Beziehungen (»espace symbolique«). Aber seine Arbeit verharret nicht auf dieser staatlichen Ebene:

Ihn faszinieren bei der Untersuchung der diversen Erscheinungsformen von Neutralität (auch global) die vielfach verflochtenen politischen, wirtschaftlichen, rechtlichen und kulturellen Beziehungen; die Arbeit der Staatsmänner und Diplomaten ist ihm ebenso wichtig wie das Verhalten und die Anschauungen der Kaufleute, Juristen und Philosophen. Wer beispielsweise wissen will, wie die 1856 aufgegebenen Kaperei in der Praxis funktionierte, wird bei Schnakenbourg fündig.

Die parallele, auf die Neutralität im frühneuzeitlichen Landkrieg ausgerichtete Untersuchung, die auch in geographischer Hinsicht (Mitteleuropa) die ideale Ergänzung zu Schnakenbourgs Arbeit darstellt, hat Axel Gotthard vorgelegt. Bevor der Leser aber zu dem mit »Akzeptanzprobleme der vorklassischen Neutralität« (353–875) überschriebenen Kapitel vorstößt, werden ihm die konzeptionellen und strukturellen Voraussetzungen Frieden (Rang im zeitgenössischen Wertekanon: geschätzt, jedoch selten absolut gesetzt) und Krieg (»Hier streitet Gott und der Teufel«, Zitat Gustav Adolf von Schweden) erläutert (19–291) und eine Studie »Zur Wahrnehmung des böhmischen Aufstands in Europa« (292–352) geboten – Neutralität ist für den Autor der kleine Acker auf dem weiten Feld von Krieg und Frieden, ein neuer Blickwinkel für alte Debatten.

Diese Einbettung erlaubt tiefere Einsichten: Wie der an der Gerechtigkeit als Zentralwert ausgerichtete *bellum iustum*-Begriff in einer nicht gradlinig verlaufenden Säkularisierung verblasste und dem vom Ehrbegriff gelenkten freien Kriegsführungsrecht wich, wandelte sich langfristig die Einschätzung der Neutralität von einem herablassend-verächtlich betrachteten Abseitsstehen zur politischen Option und zum »juristisch einigermaßen präzise konturierten Völkerrechtstitel« (861).

Gotthard geht es nicht um diese seiner Ansicht nach relativ gut erforschte »klassische Neutralität, wie sie im 18. Jahrhundert gedanklich erarbeitet« (395) wurde, sondern um Texte des vorausgehenden Vierteljahrtausends, um Traktate, Pamphlete, Dissertationen usw., kurz: um alles, was die vormodernen Entscheider über Krieg und Frieden in den Ratsstuben und auf den Herrscherthronen, deren Mentalitätsgeschichte ihm als Aufgabe der Forschung vorschwebt, beeinflusst haben könnte. Anders ausgedrückt: Ihn interessiert, wann das Völkerrecht »aus Gelehrtenstuben herausdrängte, praxisrelevant wurde, die Erwartungsverlässlichkeit

keit im internationalen Verkehr erhöhte« (16). Diesen Ansatz kann der Völkerrechtshistoriker nur nachdrücklich begrüßen, schlägt er doch den Bogen zur im 18. Jahrhundert neuen Literaturgattung des praktischen oder positiven Völkerrechts: Nicht ein »raisoniertes«, sondern ein unter den europäischen Souveränen und Nationen übliches Völkerrecht wollte Johann Jakob Moser seinen Lesern bieten und beschreiben, »wie die Europäische Souveränen und Nationen mit einander umgehen, weil es unter ihnen so hergebracht ist, es für Recht halten und angeben«. Auch die von Gotthard behandelte Ehre ist für den Rechtshistoriker als konkurrierendes Normsystem relevant. Die Fülle der Informationen, Irritationen, Fragen und Anregungen, die das Buch auch über das Institut der Neutralität hinaus bietet, kann in dieser Anzeige allerdings nur kurz angedeutet werden – Überschriften wie »Die trügerischen Schlagworte ›Gleichgewicht‹ und ›Staatenystem‹« und Stichworte wie »Spannungsverhältnis zwischen Völkerrecht und Reichsrecht« sollten genügen, zum intensiven Nachlesen einzuladen.

Die Empfehlung gilt ohne Vorbehalt für alle vorgestellten Bücher, die gerade in der Zusammen-

schau einen Mehrwert bieten und zahlreiche bisher eher vernachlässigte Perspektiven eröffnen. So lässt sich die einvernehmliche Abschaffung der Kaperei auch als Endpunkt(?) der Verstaatlichung des Krieges betrachten, die Entwicklungen zu Wasser und zu Lande – auch das macht die Betrachtung eines nur scheinbar einheitlichen Rechtsinstituts deutlich – liefen nicht unbedingt parallel. Dass Abbenhuis Grotius offenbar mehr schätzt, als Gotthard dies tut, könnte Völkerrechtshistoriker zum erneuten Nachdenken über die Ursprünge und Nachwirkungen des Geschichtsbildes ihrer Disziplin verleiten. Die Fremdwahrnehmung abseits stehender, nicht überzeugter Rechtsgenossen zu Beginn der Frühen Neuzeit und in der Ära von Völkerbund und Vereinten Nationen zu vergleichen dürfte sich ebenfalls als fruchtbar erweisen: Wenn noch heute im Neutralitätsrecht die Pflichten der Neutralen stärker betont werden als ihre Rechte, hat dies offensichtlich tiefe Wurzeln in einer Zeit, als die Interessen der Streitparteien und nicht die einer Gemeinschaft die Regeln vorgaben. ■

**Nina Keller-Kemmerer**

## Hybrides Völkerrecht: eine Diskursgeschichte aus der Perspektive der Peripherie\*

Eurozentrismus heißt das Schlagwort, welches die Wissenschaft der Völkerrechtsgeschichte seit einigen Jahren – wieder einmal, muss man sagen, blickt man auf die ersten kritischen Stimmen in den 1960er-Jahren zurück – beschäftigt. Im Zentrum steht dabei die Kritik an der klassischen Historiographie des Völkerrechts und insbesondere der führenden Rolle, die dem sogenannten Westen bzw. Europa darin zugeschrieben wird. Nach der traditionellen Narration ist das moderne

Völkerrecht das Ergebnis einer europäischen Fortschrittsgeschichte, die ihren Ausgangspunkt im europäischen Mittelalter nahm und sich im Laufe des 19. Jahrhunderts zu einem universell gültigen internationalen Rechtssystem herausbildete. Nicht-europäische Staaten spielen in dieser linearen und eurozentrischen Entwicklungsgeschichte, wenn überhaupt, nur eine passive Rolle. Nicht als Akteure, sondern als Rezipienten werden sie im Laufe des 19. Jahrhunderts Teil dieser europä-

\* ARNULF BECKER LORCA, *Mestizo International Law. A Global Intellectual History 1842–1933*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, 420 S., ISBN 978-0-521-76338-7

ischen Meistererzählung. »[I]t was in fact Europe and not America, Asia, or Africa that dominated and, in so doing, unified the world, it is not our perspective but the historical record itself that can be called Eurocentric«, heißt es 1984 bei Hedley Bull und Adam Watson.<sup>1</sup> Trotz verschiedener kritischer Gegenerzählungen ist diese klassische Narration auch heute noch prägend für das Selbstverständnis der Wissenschaft der Völkerrechtsgeschichte.

Diese eurozentrische Völkerrechtsgeschichtsschreibung entkräftet Arnulf Becker Lorca, Visiting Lecturer in International Relations an der Brown University, in seiner Monographie »Mestizo International Law. A Global Intellectual History 1842–1933«, indem er den Blick nicht auf Europa, sondern auf die außereuropäische Welt richtet. Aufbauend auf Immanuel Wallersteins Weltsystem-Theorie, befasst sich Becker Lorca vor allem mit den sogenannten semi-peripheren Staaten und ihren Akteuren, die zwar nicht zum europäischen Zentrum zählten, aber mit einem gewissen Grad an Autonomie ausgestattet waren und sich daher strategisch in die ökonomische Weltordnung einbringen konnten, so der Autor (18). Durch die Darstellung des Umgangs der semi-peripheren Juristen, Diplomaten und Staatsmänner mit den europäischen Völkerrechtsregeln und dem westlichen Völkerrechtsverständnis gelingt es Becker Lorca, diejenigen Geschichten aufzudecken, die durch die klassischen, auf die europäischen Akteure gerichteten Erzählungen häufig verschleiert und übersehen werden. Dadurch befreit er die nicht-westliche Welt von ihrem Stigma der Passivität und gibt den Blick frei für Widerstandsmomente und Strategien der Semiperipherie. Die Völkerrechtsgeschichte, die Becker Lorca dabei schreibt, ist eine Geistes- und Ideengeschichte, oder besser: eine Diskursgeschichte, die den hybriden Charakter und Ursprung des Völkerrechts als auch seine Uneindeutigkeit und Ambivalenz hervorhebt. Durch die Interaktion mit der außereuropäischen Welt, so Becker Lorca, wurde das europäische Völkerrecht zu einem hybriden internationalen Rechtssystem, wofür der Autor die gelungene Bezeichnung des *Mestizo International Law* kreiert. Mit dem Terminus *mestizo*, der im kolonia-

len Lateinamerika eine ethnische Gruppe bezeichnete, bei denen ein Elternteil indigener und der andere europäischer Herkunft war und die damit nicht dem aufklärerisch-rassistischen Reinheitsverständnis entsprach, bringt der Autor nicht nur die Hybridität des Völkerrechts zum Ausdruck, sondern auch seine enge Verbindung mit der kolonialen Expansion der westlichen Welt (22 f.).

Becker Lorcas Geschichte des *Mestizo International Law* beginnt 1842 mit dem Vertrag von Nanking, durch den der Erste Opiumkrieg beendet wurde und der den Prozess der Universalisierung des Völkerrechts verkörperte. Mit diesem Globalisierungsprozess des Völkerrechts in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts befasst sich der Autor im zweiten Teil seiner Arbeit. Dabei gelingt es ihm, anhand der Beispiele des Positivismus, der Souveränität und dem Standard der Zivilisation zu zeigen, wie semi-periphere Juristen sich die »conceptual and doctrinal machinery« der europäischen Wissenschaft im Laufe des 19. Jahrhunderts aneigneten und dabei die Grundlagen des klassischen Völkerrechts in ihrem Sinne reinterpretierten (50). Diese Strategien und Handlungen der semi-peripheren Akteure waren konstitutiv für den Universalisierungsprozess des Völkerrechts im 19. Jahrhundert (44). Semi-periphere Juristen übersetzten und verbreiteten die europäischen Schriften weltweit, wodurch sich ein »transnational professional dialogue« herausbildete (134). Mit diesem sich daraus entwickelnden eigenen Völkerrechtsbewusstsein wirkten periphere Juristen aktiv auf den europäischen Völkerrechtsdiskurs und die Völkerrechtspraxis ein, wie Becker Lorca an drei Beispielen verdeutlicht. So zeigen die Vertragsverhandlungen der Kapitulationen des Osmanischen Reichs, der Vertragshäfen in China sowie der Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsverträge in Lateinamerika, dass diese Verträge den außereuropäischen Staaten nicht einfach aufoktroiert wurden, sondern dass die semi-peripheren Staaten, trotz der europäischen Übermacht, einen gewissen Verhandlungsspielraum hatten. Indes waren die europäischen Mächte bei der Durchsetzung ihrer Rechte von den inländischen Institutionen abhängig. Die sich dabei herausbildenden Völkerrechtsnormen entstan-

1 HEDLEY BULL, ADAM WATSON, *The Expansion of International Society*, Oxford 1984, 2.

den somit in einem – wenn auch ungleichen – Prozess der Verhandlung und waren hybrider Natur (79). Die Universalisierung des Völkerrechts im 19. Jahrhundert bedeutet daher für Becker Lorca nicht einfach nur die geographische Expansion eines europäischen Rechtssystems. Vielmehr war dieser Transformationsprozess gleichzeitig mit einer konzeptuellen Veränderungen und Professionalisierung des Völkerrechts sowie des Völkerrechtsdiskurses verbunden (138 f.).

Im dritten Teil seiner Arbeit befasst sich der Autor mit dem Übergang von der sogenannten klassischen Epoche des Völkerrechts zur modernen, welcher insbesondere von einer Abkehr vom Gedanken der absoluten Souveränität und dem Standard der Zivilisation und einer Hinwendung zu einer »modern legal sensibility« geprägt war (143). Während in der traditionellen Historiographie davon ausgegangen wird, dass insbesondere die Eindrücke des Ersten Weltkriegs zu einem Umdenken im europäischen Völkerrechtsverständnis führten, hebt Becker Lorca auch hier die Interaktion zwischen dem Westen und der nicht-westlichen Welt als entscheidenden Faktor hervor. Durch das Streben verschiedener semi-peripherer Staaten nach Anerkennung in der Völkerrechtsgemeinschaft hatte sich die politische Landkarte und damit auch die Interessen auf beiden Seiten erheblich geändert, was unter den westlichen Juristen zu einer »transformation of legal thinking« führte. So reagierten sie auf das Bestreben der semi-peripheren Staaten, als gleichberechtigte Staaten ihre Interessen in der Staatengemeinschaft durchzusetzen, mit der Re-Interpretation des Souveränitätsbegriffes und beriefen sich zunehmend auf das Interesse der Völkerrechtsgemeinschaft als Rechtfertigungsnarrativ (179). Dies bot ihnen die Grundlage für neue Interventionen in der Semi-Peripherie (232) und nahm der Widerstandsstrategie der semi-peripheren Akteure die Wirkung. Semi-periphere Juristen mussten somit erfahren, dass sie auf der Basis des klassischen Völkerrechtsdiskurses nur wenig Chancen hatten, sich gegen die westlichen Großmächte zu behaupten (141), wie Becker Lorca anhand von drei Beispielen zeigt. Obwohl sich die semi-peripheren Juristen Luis María Drago, Ruy Barbosa und Nobuaki Makino bei der Durchsetzung und Verteidigung ihrer Interessen an die Grundlagen des klassischen Völkerrechts hielten, hatte ihr Vorbringen keinen Erfolg. Das Paradoxe an diesem Bruch des Völkerrechtsdiskurses war, dass sich zwar das Rechtsverständnis und

damit auch die Rechtfertigungsnarrative, nicht aber die Grundstruktur der Regeln gegenüber den semi-peripheren Staaten änderte (198). Nach dieser Transformation des Völkerrechtsverständnisses zu Beginn des 20. Jahrhunderts, die zwar andere Rechtfertigungsnarrative ins Feld führte, jedoch das grundsätzliche Ungleichgewicht nicht ausglich, standen semi-periphere Akteure wieder vor der gleichen Aufgabe wie bereits ein Jahrhundert zuvor: Sie mussten Wege finden, um sich in der neuen Sprache des modernen Völkerrechts gegenüber den westlichen Staaten behaupten zu können (198).

Im vierten und letzten Teil seiner Arbeit widmet sich Becker Lorca den Strategien, welche semi-periphere Juristen als Reaktion auf die Veränderungen des Völkerrechtsdiskurses zu Beginn des 20. Jahrhunderts entwickelten. Dabei hebt er die Komplexität und Bandbreite der sowohl friedvollen als auch gewaltsamen Widerstandsmomente hervor und zeigt unter anderem anhand des Beispiels des Zweiten Marokkanischen Kriegs (Rifkrieg, 1921–1926), dass auch gewaltsame Widerstände mit dem Völkerrecht als Rechtfertigungsmittel geführt wurden.

Ebenso wie ihre Vorgänger eigneten sich auch die modernen Juristen der außereuropäischen Welt den modernen Völkerrechtsdiskurs an, indem sie die Lehren übersetzten, in ihren eigenen Kontext übertrugen und sich in den Wissenschaftsdiskurs einbrachten. Darüber hinaus zeichneten sich die semi-peripheren Akteure der nachfolgenden Generation jedoch dadurch aus, dass sie sich unmittelbarer und auf der Grundlage ihres eigenen Rechtsverständnisses gegen die Vorherrschaft des Westens wehrten (236), was Becker Lorca als »modernist style of resistance« bezeichnet. So wandten sie sich unter anderem in vielzähliger Weise mit Petitionen direkt an die Institutionen, die ihnen im Zuge der Transformation und Institutionalisierung des Völkerrechts zur Verfügung standen. Die Völkerrechtsregeln und -doktrinen, die sich während dieser Zwischenkriegszeit durch die Interaktion zwischen dem Westen und der nicht-westlichen Welt herausbildeten, wie etwa das Kriterium der Staatlichkeit anstelle des Standards der Zivilisation sowie das Prinzip der Nichtintervention, veränderten zwar die Grundstruktur des Völkerrechts nicht, eröffneten jedoch den semi-peripheren Juristen neue Argumentationsstränge, um sich gegen die Macht des Zentrums zu verteidigen (354).

Mit seiner Geschichte des »Mestizo International Law« wirft Arnulf Becker Lorca ohne Zweifel einen neuen Blick auf die Geschichte und damit auch die Grundlage des heutigen Völkerrechts. Dabei veranschaulicht seine Arbeit, dass es gerade die Interaktion und damit die Austausch- und Übersetzungsprozesse sind, die dem Völkerrecht Bedeutung geben. Darüber hinaus verdeutlichen die von Becker Lorca detailliert herausgearbeiteten Erzählungen die Macht des Diskurses auf der einen und die Schwäche bzw. Uneindeutigkeit rechtlicher Normen auf der anderen Seite. Der Autor schreibt daher eine Völkerrechtsgeschichte der Aushandlung und Verhandlung um Bedeutung: Obwohl sowohl westliche als auch nicht-westliche Juristen zum großen Teil auf der Grundlage der gleichen Rechtsbegriffe argumentierten, variierte zum einen der Bedeutungsinhalt dieser Begriffe und zum anderen verfolgten die Akteure dabei unterschiedliche, ja sogar gegensätzliche Ziele. Becker Lorcas Buch ist daher von großer Bedeutung für ein verändertes und erweitertes Verständnis der Funktion des Völkerrechts.

Fraglich erscheint allerdings, welchen Vorteil die Übertragung der Weltsystem-Theorie Immanuel Wallersteins und damit die Unterteilung in Zentrum, Peripherie und Semi-Peripherie für das Verständnis des Völkerrechts bietet, zementiert sie doch das eurozentrische Verständnis der westlichen Vorherrschaft der Welt. Die darauf aufbauende theoretische Grundlage, die für eine Perspektivänderung maßgeblich ist, deutet Becker Lorca leider nur vage an. So scheint es, als halte er am westlichen Binaritätsdenken und der Aufteilung der Welt in die Kategorie des Westens und der nicht-westlichen Welt fest, was unter anderem zu einem starren Täter-Opfer-Dualismus führt. Dabei wird übersehen, dass die Widerstände der sogenannten Semi-Peripherie in der Mehrzahl von den Eliten geführt wurden, die dabei auch ihre eigene Position innerhalb der Gesellschaft sichern wollten und die darüber hinaus der westlichen Weltanschauung nicht immer kritisch gegenüberstanden, sondern diese auch aus Überzeugung internalisierten. ■

**Miloš Vec**

## The Project of Anti-Positivism in International Law\*

Mónica García-Salmones Rovira hat ihr – mittlerweile preisgekröntes – Buch als »The Project of Positivism in International Law« betitelt. Das klingt etwas schmissig und zugleich verlockend rätselhaft. Wessen Projekt war es, wann gab es das und was ist davon zu halten? Die Verfasserin setzt keinen Untertitel dazu, der dem Leser einen erläuternden Hinweis geben könnte. Die eigentliche Überraschung ist, dass sich nach Lektüre der rund 400 Seiten beide Eindrücke sogar verstärkt haben: Das Buch-Ende wartet im Anschluss an die

völkerrechtshistorische Darstellung mit einer persönlichen Positionierung der Autorin gegenüber ihrem Gegenstand auf, die eine akzentuiert kritische Haltung offenlegt und den Leser nochmals zum Nachdenken bringt.

Die bei Martti Koskenniemi entstandene Studie beansprucht, eine Wissenschaftsgeschichte der »Positivisten« als einer bestimmten Gruppe von Völkerrechtlern zu schreiben (V). Ihr Anliegen wird kollektiviert und etwas jargonhaft als »Projekt« etikettiert. Zugleich wird dieser Titelbegriff

\* MÓNICA GARCÍA-SALMONES ROVIRA, *The Project of Positivism in International Law. The History and Theory of International Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, 448 S., ISBN 978-0-19-968520-2

nie expliziert und er ist auch kein Quellenbegriff, »Projekt« bleibt eine vage Fremdzuschreibung. Man könnte die Etikettierung historiografisch damit rechtfertigen, dass wir wissenschaftspolitisch im Zeitalter der »Projekte« leben. Dass ein leicht abschätziger Unterton in der Rückprojektion mit-schwingen könnte, wird sich am Ende als durchaus im Einklang mit der kritischen Haltung der Autorin stehend herausstellen.

Auch beim zweiten Titelbegriff, dem »Positivismus«, stellt sich die Frage nach dem Grundverständnis. Hier bietet die Autorin hingegen eine Fülle von Deutungsmöglichkeiten und Interpretationen an, die über das ganze Werk verteilt sind. Implizite Definitionen und explizite Attribuierungen umfassen eine ganze Reihe von Merkmalen. Zu ihnen gehören das »desire to emulate the success of the empirical methods applied by the biological and physical sciences« (V) oder die Würdigung und Einbeziehung der »new sources of wisdom: economics and statistics« (V). Mónica García-Salmones Rovira attestiert den Positivisten »a formalist approach to law [which] is termed »economic-positivism« in this book« (V). An den Schlüsselstellen spricht sie daher wiederholt von einem »economic-positivist (international) law« (11, 149, 321, 323, 352).

Dieser Ansatz sei entworfen worden »to be at the service of commercial exchanges and offers a means to resolve conflicts of interests between private and public entities. To that extent, the normativity of positivism is adapted to the conditions and philosophical foundations of modern capitalism« (1). Die Wissenschaftsgeschichte des neueren Völkerrechts wird damit in den Kontext materieller ökonomischer Interessen gestellt und von der Verfasserin aus einer dezidiert kritischen Haltung heraus erzählt. Schon in der Einleitung wird eine mit dem wissenschaftlichen Positivismus im Völkerrecht einhergehende Ökonomisierung des Menschenbildes kritisiert (2), eine Zurückweisung moralischer Erwägungen konstatiert (1) und statt dessen ein bloß methodisches Interesse ohne inhaltliche Prämissen für individuelle oder gemeinschaftliche Problemstellungen beobachtet (2) und seitens der Autorin als »idealism empty of values« (16) angeprangert. Sie versteht ihre historische Rekonstruktion der positivistischen Völkerrechtswissenschaft als Aufdeckung dessen politischer Aspekte (3).

Das Buch setzt im späten 19. Jahrhundert an und endet in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhun-

ders. Das ist eine Vorentscheidung, die man nicht unbedingt teilen oder plausibel finden muss. Immerhin erscheinen die ersten Werke zum »positiven Völkerrecht« beinahe hundert Jahre zuvor, sie bilden schon bald einen eigenen Wissenschaftszweig, der sich als dem »natürlichen« oder »philosophischen« Völkerrecht entgegengesetzt betrachtet. Von Letzterem wird dann seitens der »Positivisten« des 19. Jahrhunderts abschätzig behauptet, er behandelte nur die Völkerrechtstheorie. Demgegenüber wolle man sich selbst (nur) dem geltenden Völkerrecht widmen. Anders gesagt: Die Zeitgenossen des »langen« 19. Jahrhunderts trafen die Unterscheidung oftmals nach Grundlage der Rechtsquellen. Diese zeitgenössische, historische Perspektive spielt aber bei Mónica García-Salmones Rovira keine maßgebliche Rolle, im Gegenteil. Ihr Positivismus-Verständnis ist keines der Rechtsquellen, sondern – wie oben bereits gesagt – richtet sich an einem neuen, ökonomisch unterlegten Wissenschaftsparadigma aus, das ihr entscheidend scheint.

Der Aufbau ist im Grundsatz chronologisch, aber es gibt immer wieder Sprünge und längere Vor- oder Rückverweise. Der Zugang der Autorin erfolgt über die intensive Auseinandersetzung mit einzelnen Völkerrechtlern, die sie als Protagonisten des positivistischen Projekts in Szene setzt. Dieser Zugriff überzeugt im Grundsatz, aber weniger in der konkreten Umsetzung. In der Hauptsache sind es Carl Victor Fricker, Lassa Oppenheim und Hans Kelsen, deren Schriften examiniert werden. Fricker, ein in Tübingen studierter Jurist und später Professor der Staatswissenschaften in Leipzig, wird im ersten Kapitel als Musterbeispiel für das späte 19. Jahrhundert herangezogen und mit diversen anderen Figuren kollationiert (20–42). Der sehr viel bekanntere hessisch-britische Jurist Lassa Oppenheim, Autor eines fulminanten und höchst erfolgreichen zweibändigen Lehrbuchs des Völkerrechts, das im frühen 20. Jahrhundert erscheint, steht im Zentrum des 2. und 3. Kapitels (43–119). Das 4., 5., 6. und 7. Kapitel sind Hans Kelsen gewidmet (120–355), der neben seinen völkerrechtlichen Interessen vor allem als Rechtstheoretiker höchst einflussreich war. Das scheint architektonisch mehrfach unglücklich. Fricker wird von der Autorin als »unterschätzt« eingeführt, sein 1872 erschienener Zeitschriftenbeitrag »Das Problem des Völkerrechts« gar als »unknown« (317) etikettiert, aber man darf trotz ihrer Exegese und Würdigung seiner Theorie skeptisch bleiben. Sehr

dankbar ist man für die Jahre vor 1900 daher für ihre ergänzende Heranziehung von europäischen Autoren wie Twiss, Bergbohm, Renault und Westlake, die das Bild runder und reicher machen. Umso mehr wird dann aber umgekehrt die spätere Fokussierung von García-Salmones Roviras Darstellung auf Oppenheim und Kelsen fragwürdig, wo eine vergleichbare starke Parallelführung anderer Autoren nicht stattfindet. Systematische Vergleiche als auch gleichgewichtige Einbeziehung weiterer Autoren hätten das Bild reicher und die Ergebnisse sicherer gemacht. Zudem werden die späteren Epochen so viel ausführlicher behandelt, dass sich eine quantitative Schieflage der Gesamtdarstellung ergibt. Gerade die Kelsen-Analyse ist so ausufernd, dass man sich als Leser eine klarere Fokussierung auf das völkerrechtstheoretische Argument gewünscht hätte. Freilich ist das Geschmackssache und es mag sein, dass andere Leser gerade die sehr breite Diskussion um den rechtswissenschaftlichen Positivismus Kelsens in allen seinen Lebensphasen und damit über das Völkerrecht hinaus als Stärke dieser Arbeit empfinden.

Mónica García-Salmones Rovira betont zu Recht, dass alle ihre Protagonisten nicht völlig originell (im Sinne von innovativ) waren (6). Dennoch hat man den Eindruck, dass die Attribuierungen ideengeschichtlich manchmal den Wandel überakzentuieren. War Ökonomie wirklich das einende und neue Prinzip der Völkerrechtswissenschaft um und nach 1900? Alternative Prinzipien-Kandidaten werden jedenfalls nicht ernsthaft diskutiert. Auch sonst geht ihr Argument zielstrebig auf einen »neo-liberalen Charakter« des Rechtspositivismus zu, die vorgebliche normative Neutralität ist der Autorin zufolge irreführend. Zugleich macht dies gerade einen Reiz bei der Lektüre ihres Buches aus: Die Verfasserin sucht pointierte Formulierungen, verbindet und vergleicht allerlei Wissenschaftsdisziplinen über Methoden und Gegenstände. Eine wirkliche Würdigung des völkerrechtsgeschichtlichen Ertrags fällt dabei nicht immer leicht. Denn García-Salmones Rovira pflegt einen im Guten essayistisch zu nennenden Schreib- und Argumentationsstil. Sie ist meinungsstark, paraphrasiert zumeist die Fundstellen und gibt im Zweifel dem Brückenschlag zur Völkerrechts-

politik der Gegenwart den Vorrang vor einem schulmäßigen Beweis ihrer These. Unter den Überschriften findet sich viel, kritisch gesagt: auch Heterogenes. Sie verbindet die historische Völkerrechtswissenschaft mit den internationalen Beziehungen der Zeit, mit Entwicklungen in den Rechtswissenschaften, aber ebenso mit anderen akademischen Disziplinen und auch immer wieder mit der Rechtspraxis. Man mag daher beim Lesen von Passagen vieles wirklich interessant finden. Allerdings darf man nicht erwarten, als Skeptiker vom Gegenteil überzeugt zu werden. Ein Blick in die Fußnoten illustriert diesen gedanklichen Kosmos, der am ehesten noch auf eine kritische Völkerrechtswissenschaftspolitik mittels rechtshistorischer Argumente zielt, recht zuverlässig. Das Lektorat war bei den Zitaten aus deutschsprachiger Literatur übrigens nicht sehr sorgfältig, in vielen Titeln finden sich Fehler.

García-Salmones Rovira schließt mit mehr als einer puren Zusammenfassung der Inhalte ihrer völkerrechtsgeschichtlichen Studien. Engagiert stellt sie die von ihr identifizierte und rekonstruierte Hauptströmung des ökonomisch inspirierten, auf »Interessen« ausgerichteten, aber im Übrigen inhaltsleeren Positivismus ins Zentrum einer Kritik ihres Epilogs (357–371). Der moderne Völkerrechtspositivismus habe kein normatives Programm beinhaltet, wie man eine bessere Welt am Vorabend des Aufstiegs des Kapitalismus hätte konstruieren können (110). Sie behauptet andauernde Kontinuitäten und Dysfunktionalitäten dieses Typs von Positivismus (362, 368). Im Gegensatz dazu plädiert sie engagiert für die Soziabilität des Menschen als den wahren richtigen Zweck des Völkerrechts und für eine breitere Partizipation des Individuums (371). Das wird als Programm nur angedeutet und bleibt inhaltlich schwammig, aber der nachhaltige rechtspolitische Widerspruch zum Projekt des Positivismus, der für das Buch erkenntnisleitend war, wird damit nochmals als *Movens* einer völkerrechtsgeschichtlichen Untersuchung prominent und transparent in Szene gesetzt.

■

Hendrik Simon

## Das Recht des Krieges\*

*Inter arma enim silent leges* – im Krieg schweigen die Gesetze, so lautet ein berühmtes Zitat von Cicero, das über die Jahrtausende hinweg in Diskursen der Gewaltlegitimation bedeutsam geblieben ist. Thomas Hobbes und Immanuel Kant haben es übernommen, wobei Letzterer der Rechtfertigung von Krieg die Konzeption eines dreigliedrigen, »ewigen« Rechtszustandes entgegengestellt hat. Zwischen der von »Realisten« angenommenen Anarchie und der von »Idealisten« angestrebten Rechtsherrschaft in grenzübergreifenden politischen Beziehungen hat sich die moderne Völkerrechtswissenschaft insbesondere mit dem schwierigen, zuweilen paradoxen Verhältnis von Krieg und Recht beschäftigt: Das Kriegsrecht limitiert den Gebrauch von Gewalt (als *violentia*) nicht allein, es legitimiert ihn auch, indem es die Gewalt (als *potestas*) normativ ordnet und sie damit wiederum zur Rechtfertigungsressource macht. Mit dem Wiedererstarken der Völkerrechtsgeschichte sowie der aktuellen Brisanz kriegsrechtlicher Fragen (etwa angesichts des »war on terror«) gehen erneut Forschungen zur Rolle des Rechts in Zeiten des Krieges, zu seiner Rechtfertigung und seiner rechtlichen Aufarbeitung einher. Isabel V. Hull und die AutorInnen im von Martin Löhnig, Mareike Preisner und Thomas Schlemmer herausgegebenen Sammelband leisten hierzu zwei sehr unterschiedliche Beiträge.

Isabel V. Hulls sehr gelungene Monographie zur Rolle des humanitären Völkerrechts (vormals *ius in bello*) in der politischen Entscheidungsfindung Deutschlands, Großbritanniens und Frankreichs im 1. Weltkrieg kann dabei ohne Übertreibung als Pionierleistung der jüngeren Geschichte des Völkerrechts sowie der Völkerrechtspolitik im

1. Weltkrieg hervorgehoben werden: Schließlich stellt das Buch einen der wenigen Beiträge zum 100-jährigen Gedenken an den Ausbruch des Großen Krieges dar, der sich kaum mit der Frage nach Kriegsschuld bzw. Kriegsverantwortung, sondern explizit mit der Bedeutung(-losigkeit) des Völkerrechts beschäftigt. Dass die an der Cornell University lehrende Historikerin dabei politische, militärische und rechtliche Diskurse, also Rechtspraxis und -doktrin, einbezieht, ist auch aus theoretisch-methodischen Gesichtspunkten für die zukünftige Ausrichtung der Völkerrechtsgeschichte sehr begrüßenswert, weil richtungsweisend. Hull will damit jene Ansätze in den Theorien der Internationalen Beziehungen und des Völkerrechts in Frage stellen, die sich nach Hans Joachim Morgenthau (der durchaus differenzierend argumentierte) einer vermeintlich »realistischen« Analyse der Politik jenseits von rechtlichen Imperativen verschrieben. Folgt man Hull, gilt es also, die Bedeutung des Rechts in politischen Kriegsdiskursen hervorzuheben.

Hulls Erzählung, überzeugend und quellennah geschrieben, wird von der These geleitet, dass sich im Deutschen Kaiserreich eine radikale rechtspolitische Theorie der »Kriegsnotwendigkeit« herausbildete, die besonders stark von technokratisch-militaristischen Imperativen geprägt war; insbesondere nach der Absetzung Bismarcks im März 1890 sei dieses die normative Autorität des Kriegsrechts außer Kraft setzende Narrativ wirkmächtig geworden. Geteilt wurde der Vorrang der Kriegsnotwendigkeit vor dem Kriegsrecht von deutschen Generälen ebenso wie von einem Großteil der deutschen (Völker-)Rechtswissenschaft, wie Hans Wehberg 1910 schreibt, während es praktisch von

\* ISABELL HULL, *A Scrap of Paper. Breaking and Making International Law during the Great War*, Ithaca: Cornell University Press 2014, 384 S., ISBN 978-0-8014-5273-4  
MARTIN LÖHNIG / MAREIKE PREISNER / THOMAS SCHLEMMER (Hg.), *Krieg und Recht. Die Ausdifferenzierung des Rechts von der ersten Haager Friedenskonferenz bis heute*, Regensburg: Gietl Verlag 2014, 260 S., ISBN 978-3-86646-424-7



allen ausländischen Autoren abgelehnt wurde. In diesem Sinne skizziert Hull stringent die Entstehung und Diskussion des Schlieffenplans, den sie als Ausdruck des Narrativs von der »Kriegsnotwendigkeit« begreift, die deutsche Verletzung der 1839 festgelegten belgischen Neutralität, die Bethmann Hollweg angesichts des britischen Kriegseintritts bekanntlich als bloßen »Fetzen Papier« bezeichnete, sowie die deutschen Rechtsbrüche in Belgien und die Rechtfertigung des uneingeschränkten U-Bootkrieges sowie neuer Waffentechnologien (Flammenwerfer, Gas).

Einen etwas ambivalenteren Eindruck hinterlässt Hulls Darstellung der britischen Seeblockade, die auch unter Zeitgenossen besonders kontrovers diskutiert wurde, eine Tatsache, die Hull zufolge nach Kriegsende zum »Vergessen« des Völkerrechts als Bezugsrahmen internationaler Politik im Großen Krieg beitrug. Hull macht deutlich, dass die Blockade in Großbritannien trotz ihres Charakters als nur dürftig verregeltetes Politikfeld maßgeblich unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten diskutiert wurde, anders als im Deutschen Reich, in dem der Krieg auch von vielen Rechtswissenschaftlern als bloße Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln begriffen wurde (so etwa bei Karl Lueder). Zugleich aber lassen die enormen Opferzahlen in der deutschen Zivilbevölkerung (mindestens 300.000 Menschen) als Folge der Unterversorgung mit Lebensmitteln durch die britische Seeblockade eine reine Fokussierung auf das Recht, jedenfalls aus ethischer Perspektive, problematisch erscheinen. Hier hätte ein kritischerer Blick auf die britische Außenpolitik im Spannungsfeld von Macht, Völkerrecht und Moral das insgesamt überaus gelungene und anregende Buch zusätzlich bereichert.

Während Isabell V. Hull einen innovativen Forschungsbeitrag zu einem zeitlich und räumlich relativ gut abgegrenzten Themenkomplex vorlegt, veranschaulicht der Sammelband von Löhnig et al. die Vielfalt relevanter Themen im Spannungsfeld von Krieg und Recht. Es geht dabei einleitend um das Haager Kriegsvölkerrecht zwischen »Scheitern und Ruhm« in historischer Perspektive (Löhnig/Preisner), um Fragen der Legitimierbarkeit von Krieg (Oliver Hidalgo; Albin Eser) und, im Großteil der 13 Beiträge, um die justizielle Ahndung von Verstößen gegen das Haager und Genfer Recht, wiederum in erster Linie anhand von deutschen Beispielen. So argumentiert die Historikerin Edith Raim in ihrem erfreulich differenzierenden

Beitrag zum Wiederaufbau der Justiz in Deutschland und zur Ahndung der NS-Verbrechen, Letztere stelle, dem wechselhaften Enthusiasmus der Strafverfolgungsbehörden zum Trotz, eine der Konstanten in der Justizgeschichte der Bundesrepublik dar.

Thomas Schlemmers Aufsatz beschäftigt sich mit dem in Hulls Erzählung zentralen Konzept der »Kriegsnotwendigkeit« in der deutschen Kriegsführung im 1. Weltkrieg, die er als aggressiv und sich zunehmend radikalisiert beschreibt. Auch in Anlehnung an Hulls früheres Buch zur Kriegsführung im Deutschen Kaiserreich unterstreicht Schlemmer das hohe Potenzial der Eskalation von Gewalt, das mit der Legitimation von Kollektivstrafen gegenüber Zivilisten durch deutsche Dienstvorschriften weiter begünstigt wurde. Martin Löhnig und Mareike Preisner stellen in ihrer knappen Einführung in den Band die so zentralen Fragen nach Rechtsdurchsetzung und (Gründen der) Rechtsbefolgung in den internationalen Beziehungen. Dem schließen sich die Beiträge von Oliver Hidalgo und Albin Eser an: Hidalgo legt eine ideengeschichtliche Skizze zur Rechtfertigung von Krieg in der Geschichte vor und betont damit die Wichtigkeit des Themenfelds für die Völkerrechtsgeschichte. Die heutigen (vermeintlich) »neuen Kriege« böten, wie Hidalgo in Anlehnung an Herfried Münkler argumentiert, gewisse Analogien zur alten Lehre vom »gerechten Krieg«, weil die Rechtsbezüge der Konfliktparteien von Anfang an asymmetrisch ausgeprägt seien. Als historische Lehre gegen diese Tendenzen empfiehlt Hidalgo die Weiterarbeit an einem übergreifenden Gewaltmonopol. Eine etwas andere Antwort auf die zunehmende Entgrenzung des Kriegs- und damit des Kombattantenbegriffs gibt Albin Eser: Angesichts der Ausweitung und Aufweichung des rechtlichen Kriegsbegriffs etwa im »war on terror« bedürfe es einer »positivrechtlichen Konturierung möglicher Rechtfertigung von Töten im Krieg« (254).

Ob damit bereits hinreichende Antworten auf die Frage nach der Überwindung der politischen Instrumentalisierung des Rechts gegeben sind, muss offen bleiben. Wie beide Bände nahelegen, vermag allerdings eine historisch-komparative Analyse innenpolitischer Rechtskulturen sowie rechtspolitischer Strategien in internationalen und zunehmend globalen Rechtsräumen, in denen die Unterscheidung von Recht, Moral und Macht besonders schwer fällt, erkenntnisförderlich sein,

auch in Hinblick auf die Frage, inwiefern und von wem Recht als diskursiver Referenzrahmen »gesprochen« oder aber, im Sinne Ciceros, zum Schweigen gebracht wird. Hierfür liefert insbesondere Isabell V. Hull mit ihrem neuen Buch auch methodisch wichtige Impulse. Einer Auseinandersetzung mit Recht und Krieg im Sinne einer interdisziplinären Völkerrechtsgeschichte als kritische

*Geschichte der Völkerrechtspolitik*, die die Multinormativität internationaler Beziehungen zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung in historischer Perspektive ernstnimmt, sind beide Bände, der eine als Einführung, der andere als innovative Detailstudie, sehr angemessen. ■

**Helge Dedek**

## Privat-Justiz\*

2005, besetztes Bagdad, »Green Zone«, die schwer befestigte amerikanische Sicherheitszone. Unheil wirft seine Schatten voraus: »[T]he Green Zone never became the safe haven that it was supposed to be for a twenty-year-old Texan named Jamie Leigh Jones« (4). In der Tat wird sich Furchtbares ereignen. Jones, zivile Angestellte einer Tochter des Halliburton-Konzerns, wird von mehreren Männern, ebenfalls in den Diensten Halliburtons, vergewaltigt, misshandelt und schwer verletzt. Damit nicht genug: Nach einer ärztlichen Untersuchung wird Jones in einer Baracke eingesperrt und es wird ihr jeder Kontakt zu ihren Angehörigen untersagt. Einer der Wachsoldaten erbarmt sich, Jones kann ihren Vater kontaktieren, der über politische Kanäle erreicht, dass man Jones in die USA zurückreisen lässt. Heimgekehrt, hofft Jones auf Genugtuung durch die Justiz. Doch strafrechtliche Verfolgung bleibt aus. Jones erhebt Zivilklage gegen ihren Arbeitgeber, der nicht nur den unglaublichen Freiheitsentzug angeordnet, sondern zudem abredewidrig keinerlei Sicherheitsmaßnahmen für weibliche Angestellte getroffen hatte. Jedoch: »[T]he courthouse door of the civil system was already closed« (5) – der Weg zu einem staatlichen Zivilgericht war wegen einer Schiedsklausel im Arbeitsvertrag (zumindest teilweise) versperrt.

Mit dieser Fallschilderung<sup>1</sup> beginnt Imre Szalai sein Buch über die Geschichte des Schiedsverfahrensrechts in den USA. Der proverbiale »day in court« ist in den USA einer der Kristallisationspunkte der kollektiven Imagination – in einer extrem stratifizierten Gesellschaft ist es einer der mächtigsten amerikanischen Heilsmythen, dass David vor Gericht Goliath in die Knie zwingen könne, Stoff zahlloser Erzählungen und vor allem Filme, »court room dramas«, die mit diesem Topos spielen. Die filmische Dramaturgie der Eingangsszene funktioniert daher auf verschiedenen Ebenen, versetzt den Leser einerseits hinein in eine »Handlung« und ist andererseits in ihrer Bildhaftigkeit selbst emblematisch: Film ist das natürliche Medium zur Inszenierung des »day in court«, seinerseits charakterisiert durch das Rechtsschauspiel vor der Kamera. Die Form des bildmedialen Genrezitats steigert noch das Bewusstsein um das, was hier versagt wird.

So trifft die Eingangsszene und der ihr zugrundeliegende unfassbare Sachverhalt den Leser wie ein Faustschlag. Einer solchen Überwältigung hätte es wahrscheinlich gar nicht bedurft, zumindest den im Sozial- oder Wohlfahrtsstaat europäischen Zuschnitts sozialisierten Leser zu gewinnen: Dass selbst in formularmäßigen Verbraucher- und Arbeitsverträgen Schiedsvereinbarungen allenthalben anzutreffen und für wirksam gehalten werden, scheint ein schwer nachvollziehbarer Aspekt amerikanischen »Exzeptionalismus«.<sup>2</sup> In den USA ist

\* IMRE S. SZALAI, *Outsourcing Justice. The Rise of Modern Arbitration Laws in America*, Durham, NC: Carolina Academic Press 2013, xii, 284 S., ISBN 978-1-61163-202-6

1 Jones v. Halliburton, 583 F.3d 228 (5th Cir. 2009), aff'd 9625 F. Supp. 2d 339 (S.D. Tex. 2008).

2 Siehe z. B. AMY J. SCHMITZ, *American Exceptionalism in Consumer Arbitration*, 10 Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. 81 (2012).

diese gängige Praxis jedoch Gegenstand einer rechtspolitischen Debatte, die sich rhetorisch kaum Restriktionen auferlegt. Szalai ist gerade im Hinblick auf die Wahl seiner Einleitung bloße Effekthascherei vorgeworfen worden; sein Buch falle in eine Literaturgattung, in der »poseurs and ideologues« gegen die Arbitrage Stimmung machen. Befeuert sei all dies letztlich von der ungezügelter Gier der »so-called plaintiffs' bar«, die sich mit den laienbesetzten Juries leichteres Spiel erhoffe, als mit einem mit »Experten« besetzten Schiedsgericht.<sup>3</sup> Keinen Hehl macht zum anderen auch Szalai aus seinen konkreten rechtspolitischen Beweggründen und Zielen. Er beschreibt die Kampfzone von der anderen Seite der Front: Sein Forschungsinteresse sei geweckt worden, als er in seiner Anwaltstätigkeit die fatalen Auswirkungen der Schiedsklauseln unmittelbar erlebt habe, mit der Großkonzerne strukturell unterlegene Vertrags-»Partner« vorsätzlich und systematisch von den Gerichten – und damit dem »pursuit of justice« – fernhielten. Sein Buch widmet er folgerichtig »the Millions of Americans Who Are Unjustly Bound by an Arbitration Agreement« (v). Die Debatte schlägt auch jenseits der Fachjournale Wellen; die *New York Times* etwa widmete unlängst den Effekten der Schiedsklauseln, aber auch der gezielten Lobbyarbeit, denen sich deren endemische Verwendung verdankt, eine Artikelserie, in der schon die Titel der Beiträge in Ton und Tendenz ganz klingen wie bei Szalai: »Beware of the Fine Print, Part I – Arbitration Everywhere: Stacking the Deck of Justice«<sup>4</sup> etwa, und »Beware of the Fine Print Part II – In Arbitration, a »Privatization of the Justice System.«<sup>5</sup> Die Botschaft ist klar: Die exzessive Justizprivatisierung ist ein abgekartetes Spiel, bei dem die schwächere Partei immer verliert.

Wie kommen wir von dieser handfesten Auseinandersetzung zur Rechtsgeschichte? Szalai, wie andere Autoren auch,<sup>6</sup> will der Geschichte Munition abgewinnen zur Bekämpfung des konzertiert ausgedehnten Einsatzes der Schiedsklauseln. Die Gedankenführung ist schlicht und läuft in letzter

Konsequenz auf ein einfach verstandenes »originalistisches« Argument hinaus: Die Gesetzgebungsakte, auf die Gerichte heute die Sanktionierung der Praxis stützten, hätten eine solche Anwendung nie beabsichtigt, daher sei die gegenwärtig gängige Auslegung fehlsam (191 ff.). Seine Beschreibung von *Jones v. Halliburton* schließt Szalai: »The law was never intended to apply in the employment context, and courts in the United States have repeatedly and grossly misinterpreted this law« (6); und diese »Fehlinterpretation« ist es, die die bereits eingangs beschworenen Türen der Gerichtssäle zuschlug, und zwar wiederum für »millions of Americans« (10).

»This law«, das ist in Szalais Untersuchung vor allem der *Federal Arbitration Act* von 1924. Die Rechtsgeschichte, die Szalai erzählt, behandelt vornehmlich die von der New Yorker *Chamber of Commerce* betriebene Kampagne, gesetzliche Grundlagen für ein kaufmännisches Schiedsgerichtswesen zu schaffen. Szalai stellt den von ihm als energetischen Antreiber geschilderten Charles Leopold Bernheimer, »Father of Commercial Arbitration« (25), in den Mittelpunkt seiner Darstellung. Szalai wertet durchaus neue Quellen aus, vor allem auch, um dem Bild von Bernheimer weitere biographische Details hinzuzufügen. Das mündet dann etwa in dem Versuch, Bernheimers Begeisterung für die außergerichtliche Streitbeilegung mit dessen friedfertigen Charakter und ausgleichendem Wesen in Verbindung zu bringen (26). Szalai beschreibt detailliert, wie die Kampagne der Handelskammer immer weitere Kreise zog und zuletzt auf nationaler Ebene reüssierte (97 ff.). Szalai bringt auch neues Material zum Gesetzgebungsprozess selbst, etwa zu den Anhörungen im Kongress 1923 (135 f.) und 1924 (160).

Szalai koloriert hier mit vielen Details und Beobachtungen eine im Wesentlichen bekannte Geschichte. Spannender wird es, wenn Szalai den Versuch unternimmt, diese Vorgänge in den Kontext der progressiven politischen Bewegung zu Beginn des Jahrhunderts und der »progressive procedural reform« zu stellen. Dabei betritt Szalai

3 WILLIAM W. PARK, Arbitration's Discontents, in: Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit: Les relations privées internationales, Paris 2014, 581.

4 New York Times vom 1. November 2015, A1.

5 New York Times vom 2. November 2015, A1.

6 Siehe etwa KATHERINE VAN WEZEL STONE, Rustic Justice: Community and Coercion under the Federal Arbitration Act, 77 N.C.L. Rev. 931 (1999) 979 ff.; zuletzt HIRO N.

ARAGAKI, The Federal Arbitration Act as Procedural Reform, 89 N.Y.U. L. Rev. (2014) 1939 ff.

Neuland. Sein Verständnis des »progressivism« verlässt sich allerdings in der Hauptsache auf das Buch Robert Wiebes von 1967,<sup>7</sup> das er über Seiten hinweg paraphrasiert (174 ff.). Wiebe und der von Szalai nicht in Bezug genommene Samuel Hays<sup>8</sup> stehen für den an Weber orientierten institutionellen oder »organisationellen«<sup>9</sup> Ansatz zur Interpretation der *Progressive Era*. Progressivismus wird so als »rebellion against limited government and the individualism of nineteenth-century liberalism« (Larry Walker)<sup>10</sup> gelesen, in der ein aufstrebender Mittelstand seine Hoffnung auf den modernen Verwaltungsstaat, auf Professionalisierung und Bürokratisierung der Strukturen setzt. Diesen Interpretationsrahmen für die Privatisierung von Justizfunktionen fruchtbar zu machen, scheint auf den ersten Blick kontraintuitiv. Doch Szalais Deutung der *arbitration* in diesem Kontext als »modernes« Modell effizienter, pathosbefreiter Streitbeilegung durch »Experten« überzeugt; zumal, wenn man zwecks Kontrastierung als Vergleichsbild den Richter des *common law* des 19. Jahrhunderts hinzudenkt, der, mit weitem Ermessen mittelalterliche Formen und Begriffe handhabend, als eine Art Gentleman-Rechtsorakel das exakte Gegenbild zum Weberschen Rationalisierungsideal verkörpert.

Dieser Gedanke hätte nun Ausgangspunkt für weitere Fragestellungen sein können. Etwa: Wird der Interpretationsschlüssel dem Reformimpetus hinreichend gerecht, gibt es Kehrseiten der »progressiven« Verfahrensrechtsreform, die auch für das Schiedsverfahren Bedeutung erlangen? Der Ansatz einer kritischen Lesart der Reformbestrebungen unter Berufung auf Gabriel Kolko – der zur selben Zeit wie Wiebe und Hays den Regulierungseifer der *Progressive Era* provokativ als Aktionismus konservativer Besitzstandswahrung erklärte – wird im Keim erstickt, indem die Komplexität des Phänomens eigenartig kurzschlüssig wieder auf Bernheimers persönliche Intentionen reduziert wird. Dessen »mindset« habe eher in Einklang mit Wiebes Erklärungen gestanden, idealistisch (und eben

nicht »zynisch«) und guten Willens habe Bernheimer an den Fortschritt durch Reform geglaubt (178).

Das ist freilich methodisch wie inhaltlich unbefriedigend. So bleibt Szalai auch insgesamt seltsam farblos; dies gilt trotz der Detailfülle. Zu oft werden nur Klischees bedient, wie etwa bei dem Versuch, für den Leser die Reformen der zwanziger Jahre sozialgeschichtlich zu kontextualisieren: »The Roaring Twenties, the Jazz Age, the New Era, Prohibition, Al Capone, The Great Gatsby, the Charleston, Lindbergh's flight, flappers, Babe Ruth and the Yankees, Jack Dempsey, Knute Rockne and the Four Horsemen of Notre Dame, the Scopes Trial, Sacco and Vanzetti, ›talking movies‹, Greta Garbo, Walt Disney and Mickey Mouse, and the rise of advertising, consumerism, commercial radio, and automobiles. The decade of the 1920s was a period of ›dramatic social, economic, and political change« (97). Anstelle einer Beschreibung von gesellschaftlichem Wandel soll hier das atemlose Staccato der Bilderfetzen amerikanischer Popkultur den Leser den »Zeitgeist« viszeral erleben lassen. Gegen diese wie andere dramaturgische Techniken soll nun nicht eingewandt werden, dergleichen habe in wissenschaftlichen Werken nichts zu suchen – nur bietet Szalai einfach kein großes Kino. Das Kolportagehafte, die Abgeschmacktheit der Bilder, die mangelnde Berührungsangst gegenüber über großem Pathos, die allgemeine stilistische Unbeholfenheit: Das alles wirkt selbst auf den um Sympathie mit der Tendenz des Unternehmens bemühten Leser ermüdend und auch befremdlich. Dieses ist aber kein rein ästhetisches Monitum und (hoffentlich) kein Kulturdünkel; Szalai verschließt sich mit seinen klischeeverliebten Erklärungsmustern und dem zu einfachen Schema einer großen amerikanischen Errungenschaft, die in der Folge tragisch missverstanden wird, von vornherein den Zugang zu einer komplexeren Analyse.

Besser verständlich wird diese Vorgehensweise, wenn man sie als genrespezifisch begreift. Es geht nun einmal letztlich um einen Beitrag zu einer in

7 ROBERT H. WIEBE, *In Search for Order, 1887–1920*, New York 1967.

8 Siehe etwa SAMUEL P. HAYS, *Political Parties and the Community-Society Continuum*, in: WALTER D. BURNHAM, WILLIAM N. CHAMBERS (Hg.), *The American Party Systems*, New York 1967, 152 ff.; SAMUEL P.

HAYS, *The Social Analysis of American Political History, 1880–1920*, *Political Science Quarterly* 80 (1965) 373 ff.

9 Siehe etwa LOUIS GALAMBOS, *The Emerging Organizational Synthesis in Modern American History*, *Business History Review* 44 (1970) 279 ff.;

WAYNE K. HOBSON, *Professionals, Progressives and Bureaucratization: A Reassessment*, in: *The Historian* 39 (1977) 639 ff.

10 LARRY WALKER, *Woodrow Wilson, Progressive Reform, and Public Administration*, in: *Political Science Quarterly* 104 (1989) 509.

der medialen Öffentlichkeit aggressiv geführten (rechts-)politischen Debatte; und Szalai spielt (bewusst oder unbewusst) nach den Regeln des politischen Diskurses im amerikanischen *mainstream*. So hält sich Szalai den Vorwurf des Zynismus und den Ruch, zu weit links zu stehen – was der Salonfähigkeit seiner Argumente Abbruch täte – tunlichst vom Leibe. Auf dem Umschlag des Buches ist das Foto einer Portion Pommes Frites zu sehen, in einer in Fastfood-Ketten üblichen Pappverpackung, auf der statt eines Markenlogos aber hier Stars & Stripes prangen. Ein, so will es scheinen, ironischer Kommentar zu eben dem amerikanischen Konsumerismus und der Niedriglohnkultur, in der der von Szalai angeprangerte Wildwuchs am prächtigsten gedeiht. Wie Szalai auf seiner Internet-Seite erklärt – wo er zuvörderst verdienstvoll über jüngste Entwicklungen im Schiedsrecht informiert –, ist dieses Verständnis durchaus bezweckt; zumal stößt man dort auf den Hinweis<sup>11</sup> (Vordergründigkeit verhindert Missverständnisse – ein Misstrauen gegenüber allem Subtilen, das das ganze Buch durchzieht), dass sich an der Unterkante der Pappschachtel eine mikroskopisch gedruckte Schiedsklausel findet (die man in der Tat beim zweiten Hinsehen ausmachen kann). Wenn aber Szalai stets den amerikanischen Entrepreneursgeist seiner Protagonisten hervorhebt und im Vorwort artig beteuert, bei aller Kritik am *Supreme Court* nie seine Dankbarkeit für das Privileg amerikanischer

Freiheit aus den Augen verloren zu haben: ein Hautgout von *freedom fries*.

Vorbehalte, derer viele sich angesichts all dessen nicht werden erwehren können, dürfen indes nicht vergessen machen, dass Szalais Buch einen – gerade durch seinen Stil und seine Methode – effektiven (i.e. häufig zitierten) Beitrag zu einer Debatte geliefert hat, die die wichtige öffentliche Auseinandersetzung mit einer offensichtlich pervertierten Praxis befördert. In dieser Dimension, nicht primär als ein eigentümlich instrumentelles rechts-historisches Projekt, sollte man es bewerten. Es ist ein unironisches und unverblühtes, wenn man so will, in seiner Plakativität ehrliches Buch: Man glaubt Szalai ohne Weiteres, dass es ihm wie seiner Hauptfigur Bernheimer (wenn man Szalais Schilderung folgt) ohne unlautere Motive um die Sache geht. Ihm kommt überdies das große Verdienst zu, mit dem Eifer seiner Darstellung Neugier just auch an einer weiteren historischen Befassung mit den Ursprüngen der *arbitration* in den USA geweckt zu haben. Amalia Kessler etwa hat jüngst vorge-macht,<sup>12</sup> wie man, durchaus auf den Vorarbeiten Szalais aufbauend, sich der progressiven Prozess-rechtsreform in ihrer ganzen Vielschichtigkeit und Ambiguität nähern und so zu dem Thema kritische, differenzierte und theoretisch informierte Rechtsgeschichte betreiben kann.



11 <http://www.outsourcingjustice.com/french-fries/>

12 AMALIA D. KESSLER, *Arbitration and Americanization: The Paternalism of Progressive Reform*, 124 *Yale L.J.* 2015, 2940 ff.

Lorena Ossio Bustillos

## Feind des Kolonialismus\*

Der Autor Bartolomé Clavero passt die Redewendung »Der Weg zur Hölle ist mit guten Vorsätzen gepflastert« an den Gegenstand seines Buches an, indem er schreibt: »Der Weg zu den unmenschlichsten politischen Maßnahmen ist mit den besten humanistischen Absichten gepflastert.« (16) Sein Buch ist voller solcher literarischen Wortspiele, was aber seine Bemerkungen zur Historiographie der Menschenrechte – oder besser gesagt, seine These der fehlenden Geschichteschreibung – nicht weniger überzeugend macht. Clavero folgt damit seiner erwähnten Pragmatik.<sup>1</sup> Darin geht es um eine ethische Wende der Historiographie, bis hin zu einer bürgerlichen Wende der Disziplinen der Historiographie und des Völkerrechts (236).

Können Menschenrechte Gegenstand einer historischen Untersuchung werden (220)? Verfügen die Vereinten Nationen als »Sternkönig« im Universum der internationalen Ordnung tatsächlich über eine Verfassung? Kann überhaupt von einem »Global Constitutionalism« die Rede sein, wenn sich gleichzeitig die Mächte des Kolonialismus im Völkerrecht verkrustet haben, sich reproduzieren oder sogar verstärken (192)?

Diese eindringlichen Fragen stellt Bartolomé Clavero neben weiteren, um sich mit einer Historiographie der Menschenrechte auseinanderzusetzen. Es geht in erster Linie um eine Kritik der Geschichteschreibung der Menschenrechte, aber auch um eine Kritik derjenigen Institutionen, welche die Menschenrechte verkörpern sollten oder sich opportunistisch mit dem Deckmäntelchen der Menschenrechte bekleiden.

Die vier Kapitel des Buches wurden getrennt voneinander verfasst und in der Zeitschrift *Quaderni Fiorentini* publiziert. Trotz der notwendigen Anpassung einiger Textpassagen haben sie durch ihre Wiederholungen, die Referenzen, die Verweise auf die meist angelsächsische Bibliographie und durch ihre Kommentare auf Spanisch bereits einen pädagogischen Lehrcharakter gewonnen. Sie sind

sehr bereichernd und erlauben, zwischen unterschiedlichen Wissenschaftskulturen hin- und herzureisen.

Clavero beschreibt im ersten Kapitel die Erfahrungen Guatemalas (1956), Nigerias (1960) und Malaysias (1963) als unterschiedliche Beispiele, die eines gemeinsam haben: das Zusammentreffen verschiedener Völker (Diversität der Völker) innerhalb eines Staates. Sie alle befanden sich im Jahre 1960 an der Schwelle zur »Deklaration über die Gewährung der Unabhängigkeit an die kolonialen Länder und Völker«, welche die Beschränkung der Deklaration der Vereinten Nationen deutlich macht (69). Das Kapitel umfasst die Zeitspanne zwischen 1945 und 1966 – die Charta der Vereinten Nationen sowie den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Der Kolonialismus, verstanden als »eine Form, die großzügig an Recht (rights) teilhaben ließ, ohne sich an das Recht zu binden (law), ist letztendlich die Position, die von selbst zur Dekolonialisierung führt ...« (46). Gleichheit (equidad) bezieht sich in diesem Zusammenhang nicht auf eine konkrete Gerichtsbarkeit oder auf eine bestimmte Institution, sondern sie etabliert einen Kanon, der nicht im Geringsten mit Gleichheit identifiziert wird, sondern der im Gegenteil alle Arten von Abstufungen zwischen Rechten und Garantien vorsieht und unterschiedliche Bedeutungen von Personen und Gruppen.

Das zweite Kapitel befasst sich mit R. Burkes Veröffentlichung über die Dekolonialisierung und die Entwicklung der internationalen Menschenrechte. Anders als Burke stellt Clavero fest, dass die Geschichte der Menschenrechte und der Dekolonialisierung in einer umgekehrten Reihenfolge analysiert werden sollte oder zumindest als unabhängige Variable in einem Zusammenspiel. Ferner hebt er hervor, dass die Historiographie der Dekolonialisierung nicht in den 1960er- oder 70er-Jahren abbricht, sondern dass sie bis zur Erklärung

\* Ein Titel, den Bartolomé Clavero sich auch für sein Buch hätte vorstellen können. BARTOLOMÉ CLAVERO, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid: Trotta 2014, 236 S., ISBN 978-84-9879-503-5

1 Vgl. dazu THOMAS DUVE, In schlechter Verfassung, in: Rg 13 (2008), 190–192.

der Vereinten Nationen über die Rechte der indigenen Völker von 2007 weiterführt. Diese Erklärung begründet nach Clavero die wahre Universalität der Menschenrechte: »Wenn die Rechte der indigenen Völker als gemeinsame Rechte für alle international garantiert werden, kann man sagen, dass die Menschenrechte globalisiert werden können.« (135)

Clavero reflektiert im dritten Kapitel im Wesentlichen die Aussagen seiner Lehrer F. Tomás y Valiente: »Keine Dogmatik ohne Geschichte. Konzepte und Institutionen entstehen nicht im luftleeren Raum ...« (133) So erhält sich für Clavero die

völkerrechtliche Dogmatik in der Mentalität der Überlegenheit einer Kultur über die andere lebendig (187). Er erwähnt, wie in der Beziehung zu den transnationalen Konzernen weiterhin die Dogmatik das Recht ersetzt. Mit Nachdruck unterscheidet er dies von einer bloßen Substitution oder Entwicklung des Rechts. Hier handelt es sich um die Fortführung des Kolonialismus, welche eine gründliche Auseinandersetzung fordert.

Das letzte Kapitel widmet sich einer Rechtsgeschichte ohne Grenzen und ist mit einem Fragezeichen versehen. ■