

Kritik critique

Gunnar Folke Schuppert

The Cosmopolitan State*

Der Staat ist ein Gebilde, dem schon viele Namen gegeben worden sind,¹ die – wie etwa der Begriff des Interventionsstaates² – historische Einschnitte markieren oder – wie zum Beispiel der Begriff des Präventionsstaates³ – auf Gefährdungslagen aufmerksam machen wollen. Besonders beliebt ist auch, Reformbemühungen auf den Begriff bringen zu wollen, wie etwa der Begriff des »schlanken Staates« zeigt.⁴ Ähnliches gilt für den Begriff der Staatlichkeit, heiße diese nun »offene Staatlichkeit«⁵ oder – was immer häufiger einen Realitätsbefund wiedergibt – prekäre oder begrenzte Staatlichkeit.⁶ Hier nun geht es um den »kosmopolitischen Staat«,⁷ wie er uns soeben in beeindruckender Weise von H. Patrick Glenn vorgestellt worden ist.

I. Gibt es eine Geburtsstunde des »cosmopolitan state«?

Wenn ein vergleichsweise neuer Staatstyp vorgestellt wird, fragt man sich als neugieriger Beobachter zwei Dinge, nämlich einmal, wann dieser Staatstyp zum ersten Mal die Bühne des Weltgeschehens betreten hat und ob es – bei einem frühen Geburtsdatum – angemessen ist, hier schon den Begriff des Staates zu verwenden, dessen Entstehen üblicherweise in der frühen Neuzeit verortet wird.⁸ Ein Geburtsdatum des »cosmopolitan state« verrät uns Glenn zwar nicht, aber er sieht seine Wurzeln bereits im Imperium Romanum und im Mittelalter; was die Verwendung des Staatsbegriffs für diesen Zeitraum angeht, so hat er insoweit – wie er ausdrücklich klarstellt – keine Bedenken: »It

may ... be necessary to think of the state without any limit in time, though there will be variations in the types of state we then encounter. This would also flow from the strikingly large array of informed opinion, across disciplines, that rejects any temporal limit to the notion of the state.«⁹ Für Glenn existiert also der Staat »avant la lettre«, eine jedenfalls dann plausible These, wenn damit nicht eine Festlegung auf einen bestimmten Staatstyp verbunden ist, eine »variety of statehood« vielmehr immer mitgedacht wird.

Auch sonst hat Glenn keine Schwierigkeiten damit, Begriffe der Zeitdiagnostik auf vergangene Zeitläufte anzuwenden. Dies gilt etwa für den Begriff der Globalisierung, den er – in Übereinstimmung mit N. Chanda¹⁰ und Osterhammel/Petersson¹¹ – auf Erscheinungsformen von »archaic globalization« anwenden will; wir sehen dies genauso¹² und halten dies auch für den Governance-Begriff für angemessen, jedenfalls dann, wenn man »governance« nicht als normatives Konzept (»good governance«), sondern als Analyseinstrument verwendet. Insoweit ist das Glenn'sche Buch zugleich ein Beitrag zum Thema »Vom Nutzen und Nachteil der Anwendung zeitdiagnostischer Begriffe auf die Historie«.

II. Cosmopolitalism als Koexistenz verschiedenartiger Governancekollektive

Wenn wir nun einen Blick auf die Vorläufer des »cosmopolitan state« werfen, so gilt es einmal, diese selbst zu identifizieren, zum anderen herauszufinden, inwieweit diese selbst kosmopolitischen

* Eine Besprechung von H. PATRICK GLENN, *The Cosmopolitan State*, Oxford: Oxford University Press 2013, XI, 383 S., ISBN 0-19-968242-9

1 Mit zahlreichen Nachweisen: VOSSKUHL (2001).

2 STOLLEIS (1989).

3 DENNINGER (1988).

4 Zum Kontext JANN (2002).

5 HOBE (1998).

6 SCHNECKENER (2006); RISSE/LEHMKUHL (2006).

7 Der Beitrag von MATTIAS KUMM (2013) »Kosmopolitischer Staat und konstitutionelle Autorität« handelt allerdings trotz seines einschlägig klingenden Titels nicht vom kosmopolitischen Staat, sondern von Fragen globaler Gerechtigkeit, die in der Gerechtigkeitsdiskussion normalerweise unter der Überschrift »global justice« diskutiert werden.

8 Vgl. dazu ESDERS/SCHUPPERT (2014).

9 Ebd. 6.

10 CHANDA (2007).

11 OSTERHAMMEL/PETERSSON (2007).

12 SCHUPPERT (2014a).

Charakters sind, weil »this will mark the state as cosmopolitan from its early, and distant, origins«. ¹³ Unter der Überschrift »Early Cosmopolitanism« macht Glenn insgesamt vier Vorläufer-Institutionen aus, nämlich »The Church as State«, die »Diversity of Empires«, »Collaborative Cities« und »Affirmative Crowns«.

Die in diesem Ensemble von Governancekollektiven wichtigste Institution ist für Glenn die mittelalterliche Kirche, die nicht nur quasi-staatlichen Charakter aufweise, sondern – avant la lettre – selbst als Staat charakterisiert werden müsse: »There is therefore widespread historical opinion that the Christian church is not simply a significant antecedent to the contemporary state but is itself its first manifestation. Figgis concluded textually that »the Church was not a State, it was the State« and that it had no recognizable civil counterpart. Others concur but differ in the timing. ... The medieval Christian church would therefore confirm the thesis that the institution of the state could exist before the name, and before its theoretical articulation.« ¹⁴

Die Institution »Kirche« ist für die Argumentationskette Glenns natürlich eine Perle von besonderem Glanz, zeichnete sie sich doch nicht nur von Anfang an durch ein ausgesprochenes »Globalisierungsgen« aus, sondern gilt sie – im Rückblick auf ihre 2000-jährige Geschichte – der zeitgenössischen Religionssoziologie geradezu als der Prototyp eines deterritorialen religiösen Governanceregimes von globaler Reichweite. ¹⁵

Auch das Beispiel der Imperien wird man nicht nur gelten lassen müssen, sondern ist aus zwei Gründen gut gewählt: Einmal kann man – wie wir an anderer Stelle dargelegt haben ¹⁶ – Imperien – ebenso übrigens wie Netzwerke – als Erscheinungsformen von globalisiertem »institution building« verstehen, zum anderen sind sie – was Kosmopolitismus im Kern ausmacht – Governanceregime, die notwendigerweise Techniken und Strategien entwickeln mussten, um mit ihrer inneren Diversität umzugehen: »In discussing empires as antecedents of contemporary states it should be recalled that empires would have existed

not only as sources of persistent concepts and norms, taken over in contemporary states, but as states themselves. They were »composite« or cosmopolitan states, the only kind of temporal governance available beyond chiefdoms or city-states. Their state-like character is more evident if they are compared to some contemporary, recognized states such as India or Indonesia, with their diverse populations and laws, largely natural (or contested) boundaries, and federal or regionally autonomous structures.« ¹⁷

Auch Städte passen – auch ohne Absolvierung eines DNA-Tests – problemlos in die Ahnengalerie des »cosmopolitan state«. Nicht nur haben sie als ein Flechtwerk von Handelsbeziehungen – man denke nur an den Städtebund der Hanse als Erscheinungsform virtueller Staatlichkeit ¹⁸ – schon früh einen ausgesprochen »cosmopolitan spirit« ausgestrahlt, auch heute sind die sogenannten MEGA-Cities Governanceakteure kosmopolitischen Charakters. ¹⁹ Nach Meinung von Experten leben wir in einem Zeitalter, das von ihnen als URBAN AGE bezeichnet wird und durch eine weiterhin explosionsartige Zunahme des in großen Städten lebenden Bevölkerungsanteils gekennzeichnet ist – Städten, die sich zunehmend, z. B. in Sachen des Klimaschutzes, auch netzwerkartig organisieren.

Schließlich gehört auch die zählebige Institution der Monarchie zu den Vorläufern des modernen kosmopolitischen Staates, ein Befund, den Glenn wie folgt formuliert: »Kings and queens are well-known phenomena. About a fifth of the world's present states are monarchical in form (absolute, semi-constitutional, constitutional, sub-national) so we already know of the persistence of the tradition. ... Given the events of the second millennium, there is now widespread agreement that of all the medieval European actors it is monarchy that was the immediate predecessor of the contemporary state. It was a predecessor but not the state itself, since medieval monarchs encountered »fierce resistance« and the unitary ideal was overshadowed by different forms of political plurality. Crowns were affirmative, but there was

13 Ebd. 17.

14 Ebd. 21.

15 CASANOVA (2009).

16 Fußnote 12.

17 Ebd. 28.

18 Näher dazu SCHUPPERT, Fußnote 12.

19 SASSEN (2001); zur Rolle von global cities als Kristallisationspunkten von »legal spaces« siehe auch DUVE (2013).

much to be affirmative against, and absolutism turned out to be more theoretical than real.«²⁰

Das Besondere an diesen vier hier skizzierten Governancekollektiven ist, dass sie alle in einer Form von »cosmopolitan coexistence« miteinander leben und miteinander auskommen müssen; dies sei der eigentliche Ausweis – so Glenn – ihres Kosmopolitismus: »There have thus been antecedents to the contemporary state, all exemplifications of a broadly conceived state tradition and all irresistibly cosmopolitan in character. They were irresistibly cosmopolitan because there were no effective instruments of closure that could be put to use. Church, empire, city, and kingdom could not be separated from one another; they necessarily lived together. To the extent that we see historical struggle amongst them today, this too is evidence of their cosmopolitanism.«²¹

III. Das Werden des kosmopolitischen Staates als Gratwanderung zwischen »cosmopolitan ways« und territorial- sowie nationalstaatlicher Abschottung

Patrick Glenns Buch ist auch deswegen so angenehm zu lesen, weil er es trotz der Vielfalt der mitgeteilten Informationen und Befunde sowie der beeindruckenden Menge verarbeiteter Literatur versteht, den Leser bei der Hand zu nehmen und gemeinsam mit ihm den schwierigen Weg des Entstehens des »cosmopolitan state« zu gehen und diesen Weg als einen Prozess des YING und YANG zu beschreiben, als einen Prozess nämlich, in dem es einerseits die von ihm so genannten »cosmopolitan ways« gibt, zum anderen Abschottungsstrategien, die auf der Territorialität und Nationalität des neuzeitlichen Staates beruhen. Beginnen wollen wir mit einem ganz kurzen Blick auf die »cosmopolitan ways«, die sich – etwas genauer – als drei Wege darstellen, die Glenn als »institutional cosmopolitanism«, »constitutionalism« und »common laws« bezeichnet. Da von diesen drei Wegen später noch zu reden sein wird (ihnen sind drei eigene Kapitel gewidmet), sei hier vor allem benannt, was sich uns nach sorgfältiger Lektüre als Oberbegriff

aufzudrängen scheint: Es ist der Begriff der »multiplicity«, der uns in drei Varianten begegnet.

Das, was Glenn »institutional cosmopolitanism« nennt, bezeichnet bei näherem Hinsehen zwei Befunde, nämlich einmal das Vorhandensein einer Vielfalt von Institutionen sowie eine damit zusammenhängende »multiplicity of sources of law«; beide hat Glenn mit den folgenden zwei Sätzen prägnant zusammengefasst: »The jurists of then-existing institutions worked at a cosmopolitan interface between variable and sometimes contradictory norms, with no means of definitive inclusion or exclusion. That which persisted most significantly, over centuries, was this underlying institutional cosmopolitanism in the sense of multiple institutions.«²²

Begleitet wurde dieser »institutional cosmopolitanism« durch einen »accompanying constitutionalism«, in dem sich die Pluralität der mittelalterlichen Gewalten widerspiegelte; insofern spricht Glenn zu Recht von einem mittelalterlichen Konstitutionalismus mit – und hier erscheint erneut das Zauberwort – »multiple patterns of authority«. ²³ Besonders wichtig aber sind Glenn die immer wieder beschworenen »common laws«, von denen er stets nur im Plural spricht, weil damit nicht allein das englische »common law« gemeint ist, sondern alle Varianten eines wie und wo auch immer praktizierten *ius commune*, nämlich »the common law ..., the droit commun, the derecho comun, the gemeine Recht«. Diese Rechtsregeln seien ihrer Natur nach kosmopolitisch: »Common laws in this historical sense were therefore profoundly cosmopolitan; they had no autonomous existence of their own. Lawyers working with them were always, at least potentially, working at the interface with a particular law.«²⁴ Soweit zunächst zu den »cosmopolitan ways«.

Was die vor allem mit dem Begriff des Territorialstaates einhergehenden Abschottungsstrategien angeht – Glenn spricht insoweit von »elements of closure« –, so sind es wiederum drei miteinander zusammenhängende Bausteine. Einer dieser drei Bausteine sind »boundaries«, also die auf Karten und Schulatlanten eintragbaren Grenzverläufe, die die Reichweite der Herrschaftsbefugnisse des in-

20 Ebd. 32.

21 Ebd. 36.

22 Ebd. 41.

23 Ebd. 43.

24 Ebd. 47.

zwischen konsolidierten Territorialstaates markieren; da sie später der Globalisierung weitgehend zum Opfer fallen, soll dieser Baustein hier nicht weiter besprochen werden. Der zweite Baustein heißt »hierarchy«, wobei dieser für Glenn zentrale Begriff weniger ein Organisationsprinzip meint, vielmehr als Kurzformel für eine effektiv organisierte Staatlichkeit dient, wahrgenommen und ausgefüllt durch Staaten als einem besonderen Typ von Akteuren, der nicht nur gut organisiert, sondern auch rechtlich als eine selbständig handlungsfähige »corporate person« verfasst ist. Mit dieser rechtlichen Konstruktion als juristischer Person avanciert der Territorialstaat, gestützt auf seine effektive bürokratisch-hierarchische Organisiertheit und ausgestattet mit dem nützlichen Gewand der Souveränität – Juristen wie Jean Bodin als unbezahlbare Hofschneider –, zum zentralen Governanceakteur der frühen Neuzeit. Der Erfolg des Organisationsmodells STAAT beruht also – worauf Glenn immer wieder hinweist – auf einem Zusammenwirken von vor allem drei Faktoren, die sich in ihrer Wirkung gegenseitig verstärken: seiner »embodiment«, seiner administrativen Durchsetzungskraft und seiner legitimatorischen Fundierung durch die Souveränitätslehre Bodins. Dazu Glenn im Originalton: »The hierarchy built around the crowns was facilitated by ongoing and more refined notions of bodily or corporate existence, by organizational success on the ground, and through emerging theory of the state and its sovereignty.«²⁵

Macht beruht also – wie der von Glenn zustimmend zitierte Autor John Searle es formuliert hat – weniger auf Gewehren oder Kanonen, »but grows out of organization«.²⁶ Als Verwaltungswissenschaftler kann der Rezensent dem nur zustimmen; dass »organization does matter« darf inzwischen als organisationstheoretische Binsenweisheit gelten und Organisation und Organisationsrecht werden daher zu Recht zunehmend auch aus der Steuerungsperspektive gewürdigt.²⁷ Es kann

angesichts all dessen auch nicht überraschen, dass das von Patrick Glenn so hoch gehaltene Hierarchieprinzip bei näherem Hinsehen gleich dreifach legitimiert werden kann: Einmal theologisch-kirchenrechtlich als ein göttlich eingestiftetes Organisationsprinzip der katholischen Kirche,²⁸ zum anderen – im Sinne Max Webers – als Strukturmodell moderner Verwaltung²⁹ sowie – last but not least – als unverzichtbarer Baustein des demokratischen Verfassungsstaates – wie insbesondere Horst Dreier überzeugend herausgearbeitet hat.³⁰

Als drittes Element von »closure« wird von Glenn »writing« genannt, was auf den ersten Blick vielleicht etwas ungewöhnlich, aber letztlich leicht erklärlich ist. Schriftlichkeit sei – so die Argumentation Glenns – zwar nicht per se ein »instrument of closure«, ihr sei aber insofern eine Ausschließungstendenz inhärent, als »legal writing« nur in der jeweiligen Landessprache statfinde und damit den »closure«-Effekt des Nationalstaates verstärke; wenn wir in diesem Zusammenhang an die von Max Weber betonte Aktenförmigkeit bürokratischen Verwaltens denken, gewinnt dieses Argument zusätzlich an Plausibilität. Aber auch hier verhält es sich so, dass erst die drei »elements of closure« durch ihr Zusammenwirken effektiv werden: »The elements of a territorial state are thus brought together: writing as the technique of control; hierarchy as a means of structure and enforcement; and boundaries as the necessary encadrement of both.«³¹

Aber all die Zäune und Schutzwälle, die der Territorialstaat und der Nationalstaat um sich errichtet haben, mussten letztlich – wie die berühmte Maginot-Linie, die Frankreich vor einem deutschen Angriff schützen sollte – an Wirkung verlieren, wenn sie von den Auswirkungen einer faktischen Globalisierung schlicht umgangen werden: »Territory is not what it was.«³²

25 Ebd. 73.

26 SEARLE (1995) 117.

27 Ausführlich dazu SCHUPPERT (2012).

28 Näher dazu SCHUPPERT (2014/2015).

29 SCHUPPERT (2012), Fußnote 27, Randnote 40 ff.

30 DREIER (1991).

31 Ebd. 85.

32 Ebd. 201.

IV. The Challenge of Globalization

Wenn man die Wirkung von Globalisierung und insbesondere von globalisierter Kommunikation³³ kurz und bündig beschreiben will, so ist dafür die von David Harvey³⁴ geprägte Formel der »space-time compression« besonders hilfreich: mit dem »death of distance« verlieren Grenzen unaufhaltsam an Bedeutung und haben sie häufig nur noch einen symbolischen Wert. Wenn man – wie Glenn dies tut – »hierarchy« als Kurzformel für staatliche Governancekapazität³⁵ versteht, so kann auch sie von der Globalisierung nicht unberührt bleiben; die durch die Denationalisierung der Problemlagen³⁶ bewirkte »factual globalization«³⁷ verringert kontinuierlich das Vermögen der klassischen Nationalstaaten, aus eigener Kraft grenzüberschreitende Probleme wie etwa den an dieser Stelle unvermeidlich zu nennenden Klimawandel zu beherrschen.³⁸ Nicht nur werden dadurch »cooperation and collaboration ... the order of the day«; vielmehr ist dies – wie wir die Darstellung von Patrick Glenn ergänzen können – auch die Stunde des Bedeutungsgewinns und der Vermehrung Internationaler Organisationen, die als neue Autoritäten und zunehmend politischer werdende Institutionen³⁹ eine neue Ära von »institutional cosmopolitanism« einläuten.

Was das »writing« angeht, so geht es auch mit seiner Bedeutung als Kontrollinstrument bergab: »With the advent of writing in electronic form the primacy of governmental writing has declined precipitously. The problem, in both a broad and a narrow sense, is one of legal sources. Global communication networks threaten not only national languages and cultures but also national law and legal authority.«⁴⁰

Besonders interessant ist, was Patrick Glenn zur Rolle des Staates im Prozess der Globalisierung zu sagen weiß. Der Staat begegnet uns – so Glenn – als ein zum »multi tasking« befähigter Akteur gleich in drei Rollen: Erstens handelt er selbst als »agent

of globalization«, indem er andere, mehr sichtbare Globalisierungsakteure wie etwa TANGOS (Transnational Advocacy NGOs) unterstützt oder auch die für transnationale Austauschprozesse notwendige Infrastruktur bereitstellt; zum anderen muss er sich, wenn er von der Globalisierung profitieren will – »the state as beneficiary of globalization« –, entscheiden, in welchem Umfang er an Formen globalisierter Kooperation teilnehmen will. Diese Entscheidungssituation nennt Glenn den »transborder calculus«, bei dem die »richtige« Entscheidung allerdings schon weitgehend vorgegeben sei: »States must necessarily increase their cosmopolitan capacity, itself dependent on information«;⁴¹ drittens schließlich ist der Staat im Prozess der Globalisierung notwendigerweise ein »adaptive state«, der sich – will er sich nicht selbst ins Abseits manövrieren – der globalisierten Welt öffnen muss, wie dies in der Redeweise vom »offenen Staat«⁴² zutreffend zum Ausdruck gebracht wird; dass er dabei auch strukturelle Anpassungsleistungen erbringen muss, hat Anne-Marie Slaughter mit ihrer Beobachtung einer »disaggregation of the state« in Form einer Teilnahme an zahlreichen transnationalen Netzwerken klarsichtig beschrieben.⁴³

V. Gibt es so etwas wie eine »Cosmopolitan Theory«?

Zwei wichtige Zweige der Politikwissenschaft – die Theorie Internationaler Beziehungen und die vor allem demokratietheoretisch argumentierenden Varianten der politischen Philosophie – beschäftigen sich intensiv mit der Frage, wie eine neue, eben kosmopolitische Weltordnung aussehen könnte. Michael Zürn hat unlängst in kosmopolitischer Absicht vier Modelle einer globalen Ordnung vorgestellt⁴⁴ und dabei die aus der nachstehenden Übersicht ersichtlichen vier Varianten eines »cosmopolitan designing« unterschieden:

33 Dazu demnächst SCHUPPERT (2014b).

34 HARVEY (1990).

35 Näher dazu LODGE/WEGRICH (2014).

36 Begriff bei ZÜRN (2006).

37 GLENN, ebd. 169.

38 Aber es geht nicht nur um Klimawandel, Geldwäsche und »human trafficking«, sondern auch um die Notwendigkeit einer globalisieren-

den Sicht auf das Recht; weiterführend dazu DUVE (2012).

39 Grundlegend dazu ZÜRN/ECKER-EHRHARDT (2013).

40 Ebd. 167.

41 Ebd. 183.

42 HOBE (1998).

43 SLAUGHTER (2004).

44 ZÜRN (2011).

Vier Modelle einer globalen Ordnung (von Michael Zürn)

	<i>Intergouvernementales Modell globaler Ordnung</i>	<i>Kosmopolitischer Pluralismus</i>	<i>Kosmopolitischer Föderalismus</i>	<i>Kosmopolitische Demokratie</i>
<i>Vertreterinnen und Vertreter (Beispiel)</i>	Dahl; Maus; Moravcsik; Scharpf	Dryzek; Forst; Krisch; Kumm	Habermas; Höffe; Schmalz-Bruns	Archibugi; Brunkhorst; Caney; Held; Pogge; Marchetti
<i>Grundnormen</i>	Staatliche Souveränität; Gewaltverbot; Nichtinterventionsgebot; Kooperationsgebot; demokratische Organisation der Staaten	Menschenrechte; rule of law; due process; practical reasoning; diskursive Demokratie	Menschenrechte; demokratische Legitimation des Gewaltmonopols; diskursive Begründung von Regelungen	demokratische Legitimation aller Regelungen; Gerechtigkeit; Grundrechte
<i>Staatlichkeit</i>	Territorialstaaten bündeln alle Funktionen der Staatlichkeit	Staatlichkeit zerfasert sich in unterschiedliche Rechtsordnungen; Gewaltmonopol bleibt auf der nationalstaatlichen Ebene; Souveränität ist an Grundnormen gebunden	Legitimes Monopol zur Friedens- und Grundrechtssicherung wandert auf die globale Ebene; demokratische Staaten bleiben bestehen und in vielen Fragen dominant	Entstehung eines rudimentären Weltstaates; Nationalstaaten

Zwei Dinge sind an dieser Übersicht auffällig: erstens die Tatsache, dass das Ordnungsmodell STAAT in unseren Köpfen so stark verankert ist, dass – wie die Modelle eins, drei und vier zeigen – auch eine zukünftige Weltordnung ohne den Grundbaustein »Staat« nicht gedacht werden kann;⁴⁵ zum zweiten, dass das Modell Nr. 2, das in seinem Kern aus der Idee eines »cosmopolitan constitutionalism« besteht, institutionell so gut wie nicht ausgeformt ist, ein Gesichtspunkt, auf den Zürn ausdrücklich hinweist. Das zweite, hier besonders interessierende Modell ist also eine noch ziemlich vage Angelegenheit, eine Charakterisierung, die sich nach der Einschätzung Glenns wohl auch für den Entwicklungsstand einer »cosmopolitan theory« zutrifft; anders wird man seine Bemerkung »The cosmopolitan theory has not produced easily identifiable results«⁴⁶ wohl kaum verstehen können.

Auch seine Darstellung des sogenannten »cosmopolitan turn«, wie er in der Redeweise von einem »cosmopolitan constitutionalism« zum Ausdruck kommt, bleibt merkwürdig blass. Unserer Auffassung nach hat dies auch einen identifizierbaren Grund: Die auf den ersten Blick so plausibel daher kommende Idee einer »Hochzonung« der Verfassung auf die globale Ebene nimmt die Entwicklungsrealitäten des internationalen Weltge-

schehens nicht hinreichend zur Kenntnis, die darin bestehen, dass wir es in der Realität der internationalen Politik immer weniger mit dem klassischen Governancemodell von regelsetzenden und regeldurchsetzenden Nationalstaaten zu tun haben – eben mit »ruling by rules« –, sondern mit einer Welt von zunehmend »loosely coupled spheres of authority«, vor allem in Gestalt von »epistemic authorities« wie »credible NGOs« oder dem Intergovernmental Panel on Climate Change. Michael Zürn hat diese Entwicklung unter der Überschrift »From Rule to Authority« kürzlich in überzeugender Weise wie folgt skizziert: »Leaving the era of neatly separated territorial states does not lead us to a world state, to a moving up of the constitutional state to a higher level. It rather seems that segmentary differentiation as the fundamental principle of politics is partially replaced by functional differentiation in absence of a meta-authority that can coordinate from above. There is no constitutionalized place for the final decision. It may be too far-fetched to talk about full-scale institutional fragmentation, yet it is an institutional architecture which lacks centralized coordination – which is why we move from encompassing constitutional rule to plural and only loosely coupled spheres of authority.«⁴⁷

45 Dazu SCHUPPERT (2013).

46 Ebd. 172.

47 ZÜRN (2014) 10.

VI. Degrees and Varieties of Statehood

Dieser letzte Punkt dieser wenigen Anmerkungen zu dem großen Buch von H. Patrick Glenn liegt dem Rezensenten besonders am Herzen. In dem genannten Text spricht Glenn immer wieder von »degrees of stateness«, »degrees of statehood«, unterschiedlichen Intensitäten von »étatisation« sowie von »varieties of statehood«; ganz offensichtlich denkt er – wie auch der Rezensent – in graduellen Abstufungen statt in containerhaften Schubladen sowie in Übergängen, die – und dies ist eine große Herausforderung – sprachfähig gemacht werden müssen.

Auch wir predigen seit langem – gefühlt: seit Jahrzehnten –, dass der realen Welt von Staatlichkeit nicht mit Denken in Dichotomien – Staat oder Nicht-Staat, Recht oder Nicht-Recht oder wie auch immer – beizukommen ist. Wie gerade auch die von Glenn mehrfach angesprochene Diskussion über strong, weak, failing und collapsed states zeigt, gibt es unterschiedliche Grade von funktionierender oder eben nicht funktionierender Staatlichkeit, gibt es ferner unterschiedliche Typen von Staaten – etwa »godly« states wie den Iran, halb »godly« states wie etwa Ägypten und so weiter und so fort. Wir sprechen daher einmal – im Anschluss an Überlegungen von Christoph Zürcher⁴⁸ – von einer »variety of statehood«, zum anderen halten wir es für unzutreffend, sich auf einen bestimmten Staatstyp zu fokussieren, um sodann – wie Wolfgang Reinhard dies getan hat⁴⁹ – dessen Untergang zu konstatieren; angemessen erscheint uns daher nur eine prozesshafte Perspektive – Staat als Prozess⁵⁰ –, um der historisch bedingten Vielfalt von Staatlichkeit gerecht werden zu können.

In seinem letzten Kapitel nun liefert Glenn unter dem Titel »Cosmopolitan Thought« für dieses Denken in Abstufungen statt in Dichotomien

eine anspruchsvolle Begründung, in der er der klassischen binären Logik eine kosmopolitische »neue Logik« gegenüberstellt. Die Funktionslogik des »alten« binären Denkens ist denkbar einfach: »There is no middle ground between contradictory positions ... You either have \$ 3.75 to buy a latte or you do not.«⁵¹ Repräsentativ für diese Denkweise seien »notorious dichotomiser« wie etwa Jean Bodin, Thomas Hobbes oder auch Hans Kelsen.

Für jemanden, dem es wie Glenn und dem Rezensenten gerade um die Erkundung des »middle ground« geht, also um Abstufungen, Übergänge und Hybridisierungen,⁵² ist ein Denken in Dichotomien unbehilflich; wessen es also bedarf, ist nicht nur eine differenzierende Sprache, sondern – so Glenns Schlussfolgerung – auch eine andere Logik, um die Komplexität der Phänomene angemessen erfassen zu können. Diese Logik kann nur eine abstufungsorientierte sein: »The essential characteristic of multivalent logic is that it is ›degree-theoretic‹ in replacing a binary option with one that tolerates degrees, usually expressed as degrees of truth (as in the statement ›there is some truth in that‹). Where different and contradictory laws are seen in conflict under classical logic, a multivalent logic would admit assessment of relative degrees of applicability and more nuanced means of choice, ...«⁵³

Nur so gelangt man zu dem, was der unübersichtlichen Welt allein angemessen ist, nämlich einer Herangehensweise, die Glenn als »sliding scale or rainbow of possibilities«-approach bezeichnet; dem ist außer engagierter Zustimmung nichts hinzuzufügen.

Auf der Suche nach einer abschließenden und möglichst kurzen Rezensionsformel schlagen wir diese vor: Must read!



48 ZÜRCHER (2007).

49 REINHARD (2007).

50 SCHUPPERT (2010).

51 GLENN, ebd. 262.

52 Vgl. SCHUPPERT (2008).

53 Ebd. 267.

Bibliography

- CASANOVA, JOSÉ (2009), Religion, Politik und Geschlecht im Katholizismus und im Islam, in: DERS., Europas Angst vor der Religion, Berlin, 31–81
- CHANDA, N. (2007), Bound Together, Yale University Press
- DENNINGER, ERHARD (1988), Der Präventionsstaat, in: Kritische Justiz, Jahrgang 21, 1–15
- DREIER, HORST (1991), Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzip der Exekutive, Tübingen
- DUVE, THOMAS (2012), Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive, in: Rechtsgeschichte – Legal History, Rg. 20, 18–71
- DUVE, THOMAS (2013), European Legal History – Global Perspectives. Max Planck Institute for European Legal History. Research Paper Series, No. 2013-06
- ESDERS, STEFAN, GUNNAR FOLKE SCHUPPERT (2014), Modernes Regieren im Mittelalter, mittelalterliches Regieren in der Moderne?, Baden-Baden (i. E.)
- HARVEY, DAVID (1990), The condition of postmodernity. An inquiry into the origins of cultural change, Cambridge, Mass.
- HOBE, STEPHAN (1988), Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, Berlin
- JANN, WERNER (2002), Der Wandel verwaltungspolitischer Leitbilder: von Management zu Governance?, in: KÖNIG, KLAUS (Hg.), Deutsche Verwaltung an der Wende zum 21. Jahrhundert, Baden-Baden, 279–303
- KUMM, MATTIAS (2013), Kosmopolitischer Staat und konstitutionelle Autorität: Eine integrative Konzeption Öffentlichen Rechts, in: VOSSKUHLE, ANDREAS, CHRISTIAN BUNKE, FLORIAN MEINEL (Hg.), Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, Berlin, 245–266
- LODGE, MARTIN, KAI WEGRICH (2014), Administrative Capacities, in: Hertie School of Governance (ed.), The Governance Report 2014, Oxford University Press, 27–48
- OSTERHAMMEL, JÜRGEN, NIELS P. PETERSSON (2007), Geschichte der Globalisierung. Dimensionen, Prozesse, Epochen, München
- REINHARD, WOLFGANG (2007), Geschichte des modernen Staates. Von den Anfängen bis zur Gegenwart, München
- RISSE, THOMAS, URSULA LEHMKUHL (2006), Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit: Neue Formen des Regierens? Das Forschungsprogramm des Sonderforschungsbereich 700, SFB-Governance Working Paper Series, Nr. 1, Berlin, Dezember 2006
- SASSEN, SASKIA (2001), The Global City: New York, London, Tokyo, Princeton, Princeton University Press
- SCHNECKENER, ULRICH (2006), States at Risk – Zur Analyse fragiler Staatlichkeit, in: DERS. (Hg.), Fragile Staatlichkeit. »States at Risk« zwischen Stabilität und Scheitern, Baden-Baden, 9–42
- SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE (2008), Von der Ko-Produktion von Staatlichkeit zur Co-Performance of Governance. Eine Skizze zu kooperativen Governance-Strukturen von den Condottieri der Renaissance bis zu Public Private Partnerships, SFB-Governance Working Paper Series, Nr. 12, Berlin 2008
- SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE (2010), Staat als Prozess. Eine staatstheoretische Skizze in sieben Aufzügen, Frankfurt/New York
- SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE (2012), Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG, EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, ANDREAS VOSSKUHLE (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, Methoden • Maßstäbe • Aufgaben • Organisation, 2. Auflage, München, 1067–1159
- SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE (2013), Einige Bemerkungen zur Allgemeinen Staatsverwirrung – ist er gegangen, kommt er zurück oder wird er nur neu gesehen?, in: BACH, MAURITIO (Hg.), Der entmachtete Leviathan. Löst sich der souveräne Staat auf?, Zeitschrift für Politik, Sonderband 5, Baden-Baden 2013, 29–48
- SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE (2014a), Verflochtene Staatlichkeit. Globalisierung als Governancegeschichte. Frankfurt/New York (i. E.)
- SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE (2014b), Globalisierte Kommunikation. Globalisierung als Kommunikationsgeschichte, Frankfurt/New York 2014 (i. E.)
- SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE (2014/2015), Glaube, Recht, Governance. Aspekte einer interdisziplinären Religionswissenschaft (als Manuskript abgeschlossen)
- SEARLE, JOHN (1995), The Construction of Social Reality, New York: Free Press
- SLAUGHTER, ANNE-MARIE (2004), A New World Order, Princeton University Press
- STOLLEIS, MICHAEL (1989), Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 11, 129–147
- VOSSKUHLE, ANDREAS (2001), Der »Dienstleistungsstaat«. Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, in: Der Staat 40, 495 ff.
- ZÜRCHER, CHRISTOPH (2007), When Governance meets Troubled States, in: BEISHEIM, MARIANNE, GUNNAR FOLKE SCHUPPERT (Hg.), Staatszerfall und Governance, Baden-Baden, 11–27
- ZÜRN, MICHAEL (2006), Global Governance, in: SCHUPPERT, G. F. (Hg.), Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2. Auflage, Baden-Baden, 121 ff.
- ZÜRN, MICHAEL (2011), Vier Modelle einer Globalen Ordnung in kosmopolitischer Absicht, in: Politische Vierteljahresschrift 52, 78 ff.
- ZÜRN, MICHAEL, MATTHIAS ECKER-EHRHARDT (2013), (Hg.), Die Politisierung der Weltpolitik. Umkämpfte internationale Institutionen, Frankfurt/M.
- ZÜRN, MICHAEL (2014), From Rule to Authority – Why we enter a phase of reflexive legitimacy (noch unveröffentlichtes Manuskript)



Antonio Manuel Hespanha

The Legal Patchwork of Empires*

Legal Pluralism and Empires, 1500–1850, edited by Lauren Benton and Richard J. Ross,¹ can be regarded as the synopsis of a historiographical stream that made pluralism a core feature in the political and legal constitution of empires. At the origin of the interest in the composite nature of empires was an article of a distinguished historian of European empires, John Elliott.² Political and legal »composite« bodies have been a recurring theme in the Anglo-Saxon academic tradition since the 1960s, when political anthropology rediscovered non-statist modes of power and law in its reflections on colonial and early post-colonial, legal or political situations (and state-building), or in political bids to overcome the failures and shortcomings of representative democracy. Without making a clear reference to any of the previous debates, John Elliot – a great expert on 17th century Spanish monarchy and the concurrent tensions between centripetal and centrifugal models, especially in his reflections on *Monarquía Católica*³ – was able to »produce« from his historical expertise the model of a »composite monarchy«, which combines the traditional structure of corporative polities with the new centralistic pathos of contemporary political doctrine and praxis.

Since the late 1970s, European historiography has been re-evaluating early modern political and legal models, mostly in Italy, Portugal and Spain. Its main topics converge in a criticism of state-oriented history of polities, now considered anachronistic: the centrality of body and jurisdiction (as a local and relative legal power in concrete cases) in political doctrine, imagery and practice in the formation of medieval and early modern political bodies; the relevance of »oconomia« or the management of the household affairs in the political culture of pre-modernity, erasing the distinction between »public« and »private« in the medieval and early modern age; the critique of a formalistic (positivistic) conception of law that ignores the

multiplicity and the contextual nature of social regulations. Although these views were initially quite unorthodox, they began to gradually be followed by the Iberian and Italian historians and commented upon as a consistent historiographical stream in political and legal history, particularly that of Latin Europe.⁴ This model was extended to European »empires« only somewhat later, in spite of its stronger plausibility, especially in the case of early, dispersed and heterogeneous imperial composites, like the Portuguese Empire in the eastern hemisphere. In Latin America, the last decade generated a wave of studies stressing the complexity, ambivalence and plurality of imperial situations, the agency of the local normative spheres, of the colonists or the natives, and the relative openness of the European legal doctrine to different legal orders.

This book, however, derives from a historiographical tradition that is almost independent of the strands of Europe's continental historiography described above, which explains both its major points and its silences.

The aim of the editors was »to produce a volume that studied the provenance, meaning, and implications of legal pluralism across a wide range of early modern empires, in settings as far apart as Peru and New Zealand, and in every century between 1500 and in the middle of the nineteenth century« (ix). However, the earliest and most diverse imperial experience, namely the Portuguese empire in the late 15th and 16th century, a kaleidoscopic of the entangled and exemplary set of political designs, is absent. If that had been taken into account, the root of many institutional models, thereafter borrowed by other imperial powers and colonial communities, could have been better explained and contextualized: The export of the traditional Iberian municipalities (*concelhos*) to locations overseas, from Madeira and Azores to Malacca and Macao, the revival of feudal models,

* LAUREN BENTON, RICHARD J. ROSS (eds.), *Legal Pluralism and Empires, 1500–1850*, New York: NYU Press 2013, 323 p., ISBN 978-0-8147-7116-7

1 The volume developed out of a conference on »New Perspectives on Le-

gal Pluralism« organized by Lauren Benton and Richard Ross through the Symposium on Comparative Early Modern Legal History, Center for Renaissance Studies at the Newberry Library in Chicago (2010).

2 ELLIOTT (1992).

3 ELLIOTT (2002)

4 See, e.g., SCHAUB (1995).

such as Portuguese and Spanish captaincies in the Atlantic and in earliest period of South American colonization; the use of the military institutional model of »fortresses«, from North Africa to the Indian Ocean; the diffusion of the commercial pattern of »factories« and »warehouses« from Africa's west coast to the Indian Ocean; the predominantly ecclesiastical framing of colonial expansion (*padroado*) in the remote areas of the »Eastern Empire«, like Japan. Moreover, even Dutch colonialism is not represented, so that only the late West European colonialism, especially of Great Britain, is given proper consideration.

Focusing on the »pluralistic« shape of imperial polities is fully justified. »Empires – as programmatically stated in the initial paragraphs – were legally plural in their core regions as well as in their overseas or distant possessions. Many empires assembled political communities boasting divergent constitutional traditions that uneasily maintained overlapping or clashing royal, ecclesiastical, local, and seigniorial jurisdictions and encompassed a variety of forms and sources of law. Such pluralism grew more complex in the colonies and the far-flung peripheries, as administrators and settlers dealt with indigenous, enslaved, and conquered peoples. The resulting legal orders encompassed multiple zones with unstable relations to one another and to the imperial centers« (n. 1). This assumption, which is rightly deemed to correct »a deeply ingrained view that state law is necessarily central to all legal orders« (4), underpins the grid of core issues concerning the definition of imperial institutional matrix as a pluralistic one.

As Ross and Stern underline in their chapter,⁵ pluralistic or corporate polities correspond to the basic medieval and early modern model of organizing communities. In terms of its intrinsic nature, each human polity was deemed endowed with a proper government and the capacity to create law. The accommodation of different communities of uneven importance didn't comply

with a centralized, hierarchical model, rather it responded to a flexible and context-sensitive situation, which arose from the actual and concrete autonomy of each human aggregate. Continental common law fully adopted this model, stressing its rules of construction: natural political autonomy of the parts with respect to the whole, primacy of the local law over the common law, sensitivity of law to social contexts (by promoting consuetudinary law, traditional or »rooted« rights, »local« equity). This explains the antipathy of the established political and legal thought towards any kind of absolutism and voluntarism, as well as the fact that resistance movements were accorded a relatively friendly reception in the traditional *milieux* if they did not reek of excessive individualism or were willing to subvert the corporatist patterns. The obstacles to a centralized legal order were not primarily a problem of communication with overseas dominions, but a question related to the very nature of human polities, as they were seen in the political culture of pre-modern Europe. It is true that »the period [early 17th century] witnessed an efflorescence of writings advocating more centralized forms of sovereignty in which, as an ideal type, a state was »sovereign« if its authority was final and absolute, subject to no other human will, and entitled to supervise the institutions and groups contained within it«. ⁶ However – as the reader is also rightly reminded, »this particular definition of sovereignty arose as a political ideal and guide to constitutional reform rather than as a description of lived experience in early modern Europe« (ibid.). Even in the very level of political and legal reflection, the doctrinal canon was not that of Jean Bodin or Thomas Hobbes, who – along with many other »modern« political thinkers – were listed in the Catholic *index librorum prohibitorum* in Rome, Spain and Portugal, where they were cast outside the intellectual horizon (even of scholars) until the mid-18th century. Therefore, the largely dominant legal and political literary repository, at least in the

5 RICHARD J. ROSS (professor of law and history, University of Illinois-Urbana) and PHILIP STERN (professor of Early modern British colonial history, Duke University), *Reconstructing early modern notions of legal pluralism*, 109–143).

6 ROSS and STERN (n. 5) 113.

South, corresponded more to the traditional pluralistic design than to anything else. If we add to this doctrinal panorama a balance of social interests and political dispositives,⁷ it would be fair to conclude that »legal pluralism was not the dying remnants of something once more vital but an essential feature of the social organization of politics«.

Another crucial theme, closely related to the pluralistic perspective, is the perception of a fundamentally uneven subjecthood. Political bounds in Empire were non-monotonic. Although this is an intuitive situation in the imperial political bodies (even in the archetypical case of the Roman Empire), the imperial ideology tended to conceal a lack of unity, which had the potential of damaging the imperial magnificent imagery. Unitary empires were far from realized and, historically speaking, were not the final stage of imperialism (see Jane Burbank and Frederik Cooper⁸). Uneven subjecthood did not mean a balanced coexistence of legal and political statutes of different groups; on the contrary, diverse forms of multiple citizenship coexisted, albeit within a hierarchy ranging from groups that propagated the hegemonic culture of the colonizers to those that were dominated by a presumed central logic, be that divine law, principles of natural conviviality, law of nations, moral decency, rational prescriptions, or civilizational criteria). If a unique subjecthood is problematized, the very concept of empire – a theme this volume does not address – becomes vague, although the semantic tradition of the word alludes more to a composite political entity than to a larger territorial extension.

Very impressive, especially in light of the emphasis it gains in the whole theoretical bedrock of

the book and its efficacy in some of the collected essays, is the jurisdictional approach, proposed by Laura Benton.⁹ Jurisdiction would be the moment when norms lose their ethereal and virtual nature and become social effects: »The study of jurisdictional politics does not depend on a general definition of ›law.‹ Nor does it require distinctions between ›state‹ and ›non state‹ law. The jurisdictional claims of a wide range of authorities, from a guild or merchant ship captain to a conquistador or trading company, can be analysed without they being defined neatly as public or private. Jurisdictional divides come into focus and matter most to an understanding of legal pluralism when conflicts occur, and so a methodological advantage of the approach is the focus on clusters of conflicts, rather than on elusive and often inconsistently applied rules or norms. This approach invites historical analysis because it becomes possible to analyse structural shifts propelled by the legal strategies of parties to jurisdictional conflicts«. ¹⁰ Magistrates, socially endowed with jurisdictional privileges transform the wide constellation of virtual legal norms in actual jurisdictional standards, according to which a specific issue is to be ruled. In the late sixties and seventies, the »jurisdictional« model was deeply explored by the European continental historiography,¹¹ jurisdiction becoming a guideline to the most innovative legal history.¹² In the jurisdictional model, two choices concerning jurisdiction decided the political outcome. The first, namely the choice of one of the competing jurisdictions by the subjects, was not a free choice, but the wide jurisdictional uncertainty as well as the possibility of changing the circumstances of the relevant case to fix the jurisdiction greatly enhanced the possibility of choosing the most con-

7 »The state was so dependent on provincial magnates, local notables, and corporations that its very operation assumed pluralism and, in certain ways, the expansion of its ambitions further entrenched pluralism. Although some officials such as French *intendants* owed their power to the Crown and served at its pleasure, most did not, from provincial and local estates and feudal lords to guilds and urban corporations. State endeavors commonly succeeded if they worked through rather than against these powerholders, who needed to

be recruited into alliances with the Crown. [...] Over the course of the seventeenth century, Castilian and French monarchs desperate for revenue accelerated the sale of offices and jurisdictions and committed the Crown to their protection«, Ross and STERN (n. 5) 112.

8 JANE BURBANK (professor of history and expert on peasant law, New York University) and FREDERIK COOPER (professor of history of colonization and decolonization, New York University), *Rules of law, politics of Empire*, 279–294.

9 BENTON (2002).

10 LAUREN BENTON and RICHARD P. ROSS, *Empires and legal pluralism: Jurisdiction, sovereignty and political imagination in the Early Modern world*, 1–19, here 6.

11 COSTA (1969); CLAVERO (1977).

12 SCHAUB (2001).

genial court in the specific context (see Linda M. Rupert¹³). The second choice was that of the magistrate, which involved selecting the »locally« enforceable norms (see Lauren Benton and Lisa Ford¹⁴). Even this choice was not absolutely arbitrary. Continental common law carefully ruled the *arbitrium* of magistrates through precedents, »styles of the court« (*styli curiae*), »rational« precepts (*recta ratio decidendi vel iudicandi*).¹⁵ In any case, the merely probabilistic structure and the epistemological casuistry of jurisprudence (*prudentialia*, as opposed to *scientia*) scarcely limited the power bestowed upon the magistrates to configure specific decisions. Also here, »court« (or »jurisdiction«) is a plural entity, which has to be culturally contextualized as the institution recognized by one specific community to regulate social and political conflicts. In this sense, jurisdiction loses its (contemporary, not early modern) public nature and covers »private« institutions like family (household, *casa, casata*) (or corporations (societies, guilds, universities, confraternities)).¹⁶ This (»post-Hartian«) reformulation of the concept of jurisdiction allows a broader – and culturally neutral – use of the jurisdictional approach, yet raising a somewhat uncomfortable set of perplexities in defining relevant institutions and levels of analyses.

Jurisdictional approach deepens the understanding of the mechanisms of rule. Several authors insist on the fertile idea of »governing through differentiation«, insisting that differentiation would not weaken rule, but instead ease and expand the government. In a way, they apply the conclusions of Michel Foucault in order to explain the political efficiency of plural and non-statist governments. A political patchwork institutes a model of rule (*governance*) which, through diverse political devices (*dispositives*), can reach every social site through an appropriate process of control (see S. Paul Halliday¹⁷). Furthermore, power becomes

invisible, inaccessible to the possibility of reification or perception, therefore immune to identification and opposition. Therefore, political pluralism and political liberalism can be described as two strategies for reinforcing rule through dispersion across society and through delegating political decision-making to the lower administrative units (»une politique au ras du sol«, Jacques Revel).

Besides these methodological themes, identified and discussed in the introductory chapter quoted above,¹⁸ the illustrations in the book exemplify the uses of law in colonial policy – either to control or to resist – and are chosen from the British (3 articles), French (1 article), Ottoman (1 article) and Spanish (2 articles) »empires« in their American or Southern Pacific extensions. The Portuguese, Dutch and Russian empires in Brazil, Africa and Asia are not addressed, a shortcoming to be considered in a future development of the project. The methodological awareness and the conceptual discussion generate a comparative perspective, which increases the impact of the argument on ongoing research projects.

The book is organized in chapters, some of which predominantly deal with methodological issues, while others explore specific cases, although always clarifying aspects of the underlying methodological issues.

In their chapter, Richard J. Ross and Philip J. Stern¹⁹ reflect upon the openness of early modern European political culture to pluralism – at least to a »weak« form of pluralism – consisting in the admission of a plural constellation of legal orders by paramount political entities. Authors remind us that at the institutional level, autonomous jurisdictions traditionally shared the European political space and that the advent of the so-called »modern state« (or even »absolutist state«) often still increased the jurisdictional complexity (for example, by increasing the territorial and cultural range of

13 LINDA RUPPERT (professor of early modern Atlantic and Caribbean history, North Carolina-Greensboro), »Seeking the water of baptism: fugitive slaves and imperial jurisdiction in the early modern Caribbean, 199–233.

14 LAUREN BENTON (professor of history and law, at the New York University) and LISA FORD (professor of legal history, University of New South Wales), Magistrates in Empire. Con-

victs, slaves and the remaking of the plural legal order in the British Empire, 173–197.

15 See MECCARELLI (1998).

16 ROSS and STERN (n. 5) 126.

17 PAUL D. HALLIDAY (professor of history and law, University of Virginia, Law's histories. Pluralism, pluralities, diversity, 261–277.

18 LAUREN BENTON and RICHARD P. ROSS (n. 10).

19 See above n. 5.

polities or by integrating the formerly autonomous lower political units). The integration of several former separate Iberian kingdoms into a »Catholic« monarchy was one of the most conspicuous examples. Another history, however, was the transcription of institutional practice at the level of doctrinal narrative. The chapter is concerned with identifying discursive constructs, which created a space for the doctrinal justification of powers out of the range of the newly discovered »sovereignty«, such as the church, municipalities, seigniorial lands, corporations (from guilds to universities), officialdom, foreign communities and a large array of other corporate entities, beginning with patronage networks and households. Ross and Stern rightly emphasize that this »workaday pluralism« did not struggle against a predominantly hostile climate. This statement would have sounded controversial forty years ago, when the established historical narrative firmly adhered to the thesis of a progressive centralization of European monarchies since the late 14th century. After a decade or two of discussion, the mood has decisively changed; more and more historians are now ready to accept what the sources emphatically tell about the vast plurality of the jurisdictions and the wider acceptance of this fact by mainstream political and legal cultures. This is evident in early modern southern Europe, where Jean Bodin and the »politicos« were barred, either by way of religious interdictions or by ideological differences, intellectual repugnance or even by virtue of the royal and ecclesiastic censorship. In contrast, the political orthodoxy in Catholic Europe was based on the general opinion of the scholastic theologians, from Vitoria to Molina, or on »traditionalist« encyclopedists, like Domenico Toschi, Agostinho Barbosa or Giovanni de Lucca, whose intellectual dominance was overwhelming. They went on supporting and diffusing a composite model of political constitution and a pluralistic frame for the theory of the sources of law. Although this point – central to the evaluation of the doctrinal situation in Latin metropolises – is not being given its due importance, Ross and Stern list a series of doctrinal contexts that potentially promote legal and politi-

cal pluralism. The first would be a civic version of contractualism, which stressed either the limited and revocable nature of political pact, or the natural origin of the jurisdiction of ordinary offices (*ordinaria iurisdictio*, proper to »les vrais officiers de la république«, to take Charles Loyseau's words), or finally the consensual nature of custom, by which »voluntary« pacts should be revoked. The second argument to refuse a single law was the autonomy of the conscience towards external co-action, implying the existence of a supreme internal rule against which the temporal sovereign was impotent. This thesis was developed in a theory about the relations between civil and ecclesiastical *potestas*, which led to the »natural« separation between the two powers (actually a pretty efficient proto-laicism) and to the condemnation either of religious integristism (religious supremacy over secular matters, pope's *dominium mundi*, crusade or any kind of conversion by force) or of kingly pretensions of domination over religious matters and magistrates. Finally, pluralism was decisively supported by the natural powers of family and household. The central role of *oikonomy* in the shaping of medieval and early modern political culture was decisively stressed in the forties by Otto Brunner – and (in an imperial context) by Gilberto Freyre – and rediscovered in the early 1980s by an active branch of the Italian political historiography²⁰ that explored the transposition of discourses on the *domestica potestas* (on wife, children, and servants) to the republic, but also the limitations the paterfamilias' jurisdiction was creating for the emergent »higher« jurisdictions – both spiritual or temporal. This focus on the family »ambiance« triggered the attention of contemporary historiography towards the affective context of power (*paterna* or *pastoralis potestas*, *fraterna correctio*) and to the valorization of normative consequences of the states of the soul (or virtues: *amicitia*, *liberalitas*, *gratitude*, *charitas*, *miser cordia*), considered by medieval and early modern culture as sources of rules which also curtailed a unique sovereign order.²¹ Although the impact of the individual virtues on law is not addressed in the chapter, it should probably be considered a rele-

20 FRIGO (1985); MOZZARELLI (1988); later rich developments in Italy, Spain and Portugal.

21 Classical: CLAVERO (1991); also HESPAHNA (1994); CARDIM (1999).

vant source in the future owing to the centrality of private agency in generating the autonomous governance of »civil society«.

In the last section, the book revisits the theoretical issues.

Summing up the previous chapters, Paul D. Halliday²² stresses the importance of distinguishing between two concepts of legal pluralism. One that regards every norm that enjoys social acceptance as law and the other that tries to isolate a distinct set of norms – »legal« norms – that are state endorsed. This distinction between law and social norms, he notes, is marked by an essentialist concept of law, which is also tied to an essentialist concept of the state. I would add that this approach is typical of the discourses developed within the established legal theory, even when it tries to escape a legalist positivistic approach (as it happens in L. H. Hart's legal theory). In contrast, historians are more ready to eliminate a state-centred reading of political or legal worlds and to accept a broad and theoretically undifferentiated concept of law, thereby expanding pluralism to include further normative constellations, where the cogency of norms is defined not by the state, but by social consciousness.

This inclusive concept of law and of legal pluralism (he proposes the expression »legal plurality«) would be decisive to consistently grasp normativity, even in the post-Westphalian era. In fact, the author stresses the fact that the expansion of the state was only possible because sovereignty generated (recognized) non-sovereign forms of political power through which regulation and control reached the farthest peripheries of the system. This process of extending sovereignty by non-sovereign means can be described without stressing the role of the state in creating new normativity. In fact, as it is shown in a preceding chapter (Philip Stern²³), the binding character of »non sovereign« legal orders did not derive from the state but from the pervasiveness of social representations of the nature of family, of corporations, of economy. Decentring the state in the justification of the binding

character of norms also has significant consequences for »international« law, as – in this global arena – states are now replaced by a variety of subjects armed with different kinds of regulation and served by jurisdictions with different levels of impact.

Halliday's core methodological proposal thus attempts to radically divert our gaze to a political condition replete with norms that cannot be grasped under legalism or by adopting a strict legal pluralistic stance.

In the last chapter, Jane Burbank and Frederik Cooper²⁴ reflect on the importance of the legal pluralist approach to the history of empires. Either in political and legal history or in theory of law, legal pluralism was one of the reactions against a merely formalist reading of law, as the will of the state or as the product of the learned tradition of professional lawyers. At a broader level of analyses, legal centralism (or statism) was – as the authors say – a century long habitus of reading political world (see Richard J. Ross and Philip J. Stern²⁵), and not only in the imperial dimension of politics. With contemporary imperialism, which grew out of a political culture dominated by statism, pluralism functioned as a political succedaneum for the state in the context of the extreme cultural and political diversity of empires. Actually, pluralism was indispensable to how empires had been functioning since the Roman era, when a unitary law (*ius civile*, since 212) only formally applied to the huge territorial extension of the Roman world and when in fact localities were organized according to the local law, tacitly admitted into the common imperial law under the umbrella of the principle that every city had the natural right to decide upon its regime. What harmonized the plurality of local legal orders was the concept of *iurisdictio*, a limited power to declare the law, not in general, but only within the range of a specific self-defined community. As jurisdictional claims could and did conflict and their limits were not fixed (or adjudicated) by a higher authority, the overlapping of jurisdictions caused tensions between factual powers operating

22 See above n. 17.

23 PHILIP STERN (professor of early modern colonial history in Duke University, USA), »Bundles of hyphens«, Corporations as legal communities in the early modern empire, 21–47.

24 See above n. 8.

25 See above n. 5.

within the empire. At the same time, the merely contextual efficacy of jurisdictions blurred the external frontiers of empires, which could appear or disappear according to the issues locally at stake or the way in which jurisdictions were mobilized when the one or the other party handled specific interests and strategies.

Once adopted, the pluralist stance allows different answers to the classic questions. One question could be: Who made the laws of the empire? In a plural empire, they are made by all polities inhabiting the imperial space. Nevertheless, the mere existence of an empire – *i. e.* the common understanding that there was a whole comprising different parts – introduced the idea that at least some sort of an imperial power had to exist, in the absence of a spontaneous harmony (sympathy) between the composing elements (in one of the versions, the »colonial pact«). The answer to the question opened up a wide array of (theoretical) alternatives. However, as the medieval legal doctrine put it, the law had to be accepted, for which reason its acknowledgement by its addressees was the most important criteria for proclaiming its validity. Only when global imperial issues were at stake, the imperial head could impose its rule independent of the subjects' consent; therefore, it was only at that moment that it really made law. Another question could be: How did the colonial constitution change? Also here, the centre as the guiding star was more the exception than the rule. Colonial constitution changed through a variegated bottom up dynamics: conflicts within the empire at different levels and involving a wider range of interests than those of the dominant centre and the dominated peripheries. Consequently, constitutional evolution was not linear, moving from dispersion and confusion to unity, rationality and universality (or homogeneity) and did not follow a consistent line from ancient to modern empires, organized according to a clear-cut hierarchy of jurisdictions. Therefore, avoiding the assumption that modern states have to be unitary and uniform nation states, we could better understand – it is suggested – the failure of empires and states that excessively enforce the idea of

assimilation and legal unity (like the Austro-Hungarian Empire).

Further illustrations of how pluralism was present in the constitution of the empires are drafted in the remaining texts.

Philip J. Stern's chapter²⁶ revisits a theme that renewed European political and legal historiography in the 1980s – corporatism as the characteristic feature of political culture of the medieval and the early modern period. Although this corporatist turn is not expressly invoked, Stern's text revisits topics that were central to the efforts made by historians to go beyond the individualistic and contractual gaze inaugurated in the 17th century, mainly in central and northern Europe. »Going beyond« means, in this context, going south, toward the Italian and Iberian post-Tridentine social thought that prolonged corporatism to the late 18th or even until the 19th and 20th century (if we refer to the Romanticism or reactionary political attitudes, this is highly meaningful amid criticism of anti-liberalism in Italy, France Spain or Portugal).

Stern stresses – in line with the seminal writings of Pierangelo Schiera, Pietro Costa or Bartolome Clavero²⁷ – the corporatist model of the European pre-modern society, where the paradigmatic metaphor for political society was that of the body, composed of an intricate constellation of lesser autonomous organs, each one endowed with the power of self-government (jurisdiction, *iurisdictio*), mutually limited and spontaneously harmonized within the whole.

Corporations²⁸ were seen as social aggregations endowed with a natural jurisdiction to express their natural right of self-rule, for themselves and their members, as well to claim complex rights and authorizations well beyond the rights accorded to an individual, competing with the political power of king and the parliament and decisively complicating the constitutional architecture. Seen through corporatist lens, political bonds were not straightforward and unidirectional top down relations. Legal order did not have just one centre. Individuals were not considered simple and exclusive, so that the (British) modern »state« instead

26 See above n. 23.

27 For an overview, see HESPAHA (2013).

28 *Universitates*: MICHAUD-QUANTIN (1970).

was a composite political entity made of corporate entities, sometimes mutually conflicting or conflicting with the crown. According to Stern, colonial constitution shared this corporatist structure, intensified by the patchwork of corporations (municipalities, republics of natives, trade companies, »feudatories«) through which the colonial enterprise was channelled. In the British case, large, medium and small colonial companies, whether chartered or operating by way of direct pacts with settlers, were conspicuous, as Stern rightly mentions. In the foreground of other empires, like the Portuguese or the Spanish, were instead municipalities, ecclesiastic *collegia* and para-feudal institutions (like Portuguese or Spanish administrative divisions known as captaincies). Stern stresses that even »families«/households – the quotidian site of domestic matters (»oeconomic« rule) – were present in this jurisdictional patchwork. The author alerts against any idyllic vision of corporatism (in this case, colonial corporatism) as a realm of self-government before the heteronomous rule of the state. As other essays in this volume underscore, political pluralism was a rather useful factor for building and developing the imperial political network in distant and still novel situations overseas. However, the more the crown was able to directly organize its colonial dominions, the more uncomfortable the corporative constitution was. Thus empire came to be reframed in the 18th and 19th centuries, reactivating a forgotten Roman distinction between the public and the private and reducing corporative autonomy to royal concessions.

Helen Dewar²⁹ accomplishes the additional task of decentring the state in the colonial narrative. It addresses the litigations in empires, more precisely in the North American French empire in early 17th century, to show how the pervasive culture of litigation moulded »national« empires. Dewar stresses that the plurality of laws and courts was a structural fact even in early modern France

(as well as in the rest of Western Europe, it must be said). However, extending the metropolitan system of justice to »New France« hurt entrenched interests and provoked an uneven reception and accommodation of an already uneven jurisdictional pattern, always contextualized by a quasi contractual and case-sensitive allegiance to royal justice. The essay's point of departure is the idea that the contours of a concrete jurisdiction (as that of a magistrate, of a corporation, of a company, of a settler's community) are the product of an arrangement between the universal pretensions of royal law and those of local rooted usages or political representations, but also of strategies for handling conflicting political interests in the metropolitan or colonial playing fields. This vantage point, besides allowing a reflection on the crossed influences between state formation and colonial enterprise, looks at state formation from above, considering it as the hazardous outcome of jurisdictional conflicts whose object barely related to any grandiose global political project.

Karen Barkey³⁰ departs from a more restricted concept of pluralism (a situation in which »[the] sovereign commands different bodies of law for different groups of population and [...] the parallel legal regimes are dependent on the state legal system« (83), that – I would say – leaves unspoken important zones of legal particularism, where a specific law is enforced independent of any »official« consent. Although this »official« legal pluralism corresponds to the explicit legal structure of the Ottoman Empire, aptly described in this chapter, this conceptual perspective seemingly impoverishes the legal patchwork of several »informally« coexisting legal orders. In spite of the characterization of the Ottoman Empire as an example of a centrally coordinated legal pluralism, I dare suppose that »hidden« or unofficial pluralism also existed in the Ottoman Empire. Besides a methodologically proficient analysis, the chapter provides a persuasive case for comparing the Western

29 HELEN DEWAR (historian of French early modern North American colonies, McGill University, Canada), *Litigant empire. The role of French courts in establishing colonial sovereignty*, 49–79.

30 KAREN BARKEY (professor of sociology and history, Columbia University, USA), *Aspects of Legal Pluralism in Ottoman empire*, 83–107.

European model of combining the religious and secular laws. As the Western European empire and realms, the Ottoman State was independent from religion, since *shari'a* (Islamic law) and the *ulemas'* body (religious leaders) did not formally control the state. The imperial model was that of the Greek-Byzantine model of empire, where state and religion appeared united, but where religion was in practice an instrument of the state. Actually, religion was, at the same time, a source of political legitimacy and an institutional framework for the enforcement of state administration and state jurisdiction. State servants and state representatives in the peripheries were educated in state funded religious schools (*medreses*). The imperial law (*kanun*, from the Greek *kanon*, rule) was a set of norms, autonomous from Islamic law (*shari'a*), and issued by the sovereign or established at the sovereign's court. Royal judges (*kadi*) were recruited from among the educated elite to administer justice according to both the Sultanic and Islamic law and were highly respected among the imperial officialdom.

This apparently centralized system was made flexible through temporary but renewable pacts (*milet*) through which the right of self-rule was granted to important Jewish and Christian communities. The millet was a semiformal convention between non-Muslim religious groups, by which religious group authorities were recognized by the Ottoman State as the rulers of specific self-regulating communities, provided they recognized the supremacy of the state. Anyway, archival research has established the frequent preference of non-Muslim subjects for the *kadi* court, which would demonstrate either the advantages it offered to escape the tyranny of holistic minorities or the efficiency of the assimilation process through allegiance to imperial institutions, whose social prestige was largely established. The role of *kadi* in the court as an assimilationist device is one of the most interesting points in the chapter, as it also addresses the unifying role of the metropolitan appeal jurisdictions in the outskirts of Empires. The balance between assimilationist and autonomist effects of

pluralism is an underlying concern of the chapter. And rightly so, because this issue is still today critical for evaluating the »liberating« potential of pluralism as a political proposal for legal policy-making. According to K. Barkey, pluralism is politically a rather ambiguous option. Often, oppression is mostly experienced through powers in near proximity, more than through the direct submission to a distant and »neutral« sovereign, confirming a typical medieval concept of liberty – liberty, as the exclusive political allegiance to the king. Other chapters raise, more or less directly, this same question (for example, Brian P. Owensby³¹ on the »Indian« policy of Spanish Monarchy or L. Benton and Lisa Ford³² on the option between local and central of discipline).

Brian P. Owensby's chapter³³ on the »Indian« policy of the Spanish monarchy analyses the transition between two versions of a plural structure of the empire. On the one hand that of the Catholic empire of the Habsburgs, which pursued traditional ideas of governing, and on the other, that of the Bourbons, which was introduced in the late Ancien Regime and only fully prevail later under a liberal legal and economic policy. The chapter is particularly eloquent in its description of the Habsburgian model of imperial rule. As suggested, the Spanish Habsburgs, at home or overseas, adopted the traditional European corporate or »jurisdictional« model of monarchies,³⁴ so well described since the 1980s in a rich strand of southern European political historiography. The core feature of the model was to reserve for the king the role of balancing a plurality of spheres of power and law (*iurisdictiones*) through his supreme power of harmonizing corporate political bodies and regulating jurisdictional conflicts between them, in order to ensure the common good of the republic. In this model, Indians were represented as corporations, either by their native authorities or by their appointed civil or ecclesiastic »protectors« (*comendadores*, *provisores*, *curatores*, to use an ecumenical Latin terminology). This system was based on the double assumption that the natural leaders of each body (*sanior pars*) duly represented the common

31 BRIAN P. OWENSBY (professor of History, University of Virginia), Between Justice and Economics: »Indians« and reformism in eighteenth-century Spanish imperial thought, 143–171.

32 See above n. 14.

33 See above n. 31.

34 LORENTE / GARRIGA (2007).

interests of its members and that the royal decision did not result from an unbalanced (unfair) weighting of the conflicting interests. When this did not happen, because of the submission of common interests of the *universitas* to the private interests of its representatives or because the king-judge was misinformed (*obreptio*, *subreptio*), good governance, or justice, had failed. This was deemed to be the case in Spanish Empire at the time of the transition from Habsburg to Bourbon dynasty. Indians' grievances concerning misrepresentation and bad government were mirrored in several proposals for political reform, the most meaningful point of which was that of changing the place of natives in the political architecture of Empire corresponding to a new concept of imperial constitution. As economy tended now to be seen as the nerve centre of politics, and was supposed to automatically generate harmonious laws, the political solution to the Empire would be to integrate colonized subjects into the economy – assuring them property, imposing on them taxes that create the need of producing goods for the market and of trading according its laws. Once carried out, this policy would transform Indians into »useful vassals« – producers, consumers and taxpayers – and let the laws of economics generate the best constitution for the Empire. Actually, the transition would not replace pluralism through a political and legal monism; rather the transition would occur just from one type of pluralism – jurisdictional pluralism – to another, very similar to the liberal governance.³⁵ In this sense, the chapter also exemplifies the liberal proposals of constitutional reform, where a wider governance (and not only for the colonies)³⁶ replaced the prior pretensions (of absolutism and mercantilism, not of traditional corporative order) of rule through state government.

Lauren Benton and Lisa Ford³⁷ build their essay on local stories of slaves (in the Caribbean) and convicts (in New South Wales). As they point out, the difference in the formal status among the lower classes needing protection is fairly irrelevant for the geometry of the model. In all the cases, local tyranny can be overruled by setting up central and universal standards and a network of delegate

magistrates, thus building a bridge to peripheral elites and directly taking care of the interests of the »miserable people« (*miserabiles personae*) that already in Middle Ages came under the direct protection of the king.

The studied cases concerned troubles caused to local peripheral communities by the shipment of captives or slaves to several points along the North American Atlantic shore or, later on, to the New South Wales. For the affected peripheries, the threats to the communitarian order and security owing to the shipment of the captives were similar to the unsettling effects of an increase in the number of slaves. For the centre, however, the autonomy claimed by the peripheries to ensure local order and security was the real danger of disorder. Accordingly, the Crown's policy to limit the disciplinary powers accorded to slave masters ran parallel with a concern of an emergent colonial bureaucracy with building and legitimising a common imperial rule in the respective colonial constitution.

The existence of local magistrates, who were more or less lenient towards local elites, certainly contributed to the continuation of slavery, affecting core antislavery policies. However, the main concern of colonial rulers was not slavery but empire, in fact, a new kind of empire, where the ordering pathos of the centre could efficiently reach the peripheries. More than promulgating legislations that would emancipate poorer and more vulnerable segments of the population from parochial forms of tyranny, the key issue was the weakening of local »ordinary« jurisdictions or the promotion of the right to appeal to extraordinary »commissioners« or central courts. This issue was not unknown to the imperial government. In the 17th century, the »extraordinary« jurisdiction of Inquisition was used by the Spanish monarchy to gain control of Sicily. Ecclesiastical protectors (e. g., »pais dos cristãos«) used their »domestic« powers to take care of the interests of catechumens against the natural jurisdiction of their pagan community. The »pastoral« power of episcopal general vicar or even the confessor controlled the fulfilment of religious precepts, undercutting the ordinary powers of the *paterfamilias*. Not least, professional

35 FOUCAULT (1976).

36 See PORTILLO (2000).

37 See above n. 14.

crown judges tried to circumvent local justices. A more efficient means of resolution (classified as *imperium, extraordinaria iurisdictio, domestica vel oeconomica potestas*) was granted that allowed ordinary jurisdiction to be bypassed in order to protect the weak from the local despots, but mostly in order to establish universal standards in the peripheries that would forge uniformity in the empire – on the legal and the bureaucratic front.

Linda Ruppert's chapter³⁸ explores the entanglement of both inter-imperial and intra-imperial jurisdictions concerning slavery, as well as the contradictory political aims they support. The context is the confrontational politics of the Spanish and British Empires in the Caribbean archipelagos during 17th and 18th centuries, as well as the diverse perspectives of local, royal and ecclesiastic powers regarding the »good regime« of slavery. In the inter-imperial policy, the main conflict was between the British colonial interests of the slave economy in the Caribbean plantation colonies and the religious strategic interests that were deemed to be the inspiration of the Spanish Empire, namely in the Caribbean and neighbouring areas. However this oversimplified picture would get more complex if the inner conflicting interests in both empires were taken into consideration. Actually, on the British side, the colonial elites' views on slave trade and slave economy were not fully supported by the central power, as they increasingly confronted the anti-slavery sensibilities at home. On the Spanish side there were tensions between local planters desiring to preserve or intensify slavery, the royal magistrates who were concerned with local abuses in the disciplining of the slaves, and the Catholic missionaries. In these complex political interplays, slaves saw an opportunity for (limited) jurisdictional shopping.

P. G. McHugh writes a suggestive essay³⁹ on the obstacles to the development of a full colonial sovereignty in the British Empire. Taking as a case in point the slow and hesitant progress of British

political ascendancy in New Zealand, the author analyses the doctrinal and practical context of the substitution of British traditional colonial models for those that would dominate in the late 19th century. In the first era of sporadic contacts with the new territories and population, colonial control could be set through the model of »jurisdictional sovereignty«, *i. e.*, through the casuistic empowerment of magistrates with jurisdiction over a certain class of people or acts. Accordingly, colonial domination was punctual, contracted, asymmetric, and contrasting with what would be the colonial sovereignty imagined by colonial and constitutional theorists of the late 19th century.⁴⁰ Around 1830, with the increasing number of settlers in New Zealand, problems (of abuse over natives, of the acquisition of indigenous land, of colonial taxation) could no longer be handled solely by such dispersed and tiny administrative units. The alternative to building a blunt sovereignty was still unusual, although the bureaucratic seeds of a new conception of colonial rule were being sown, with the advent and development of an autonomous colonial administration. Therefore, a more robust administration needed to be set up to work out something similar to the East Indian experiments that instrumentalized indirect rule. In New Zealand, where the native political organization comprised more than 50 tribes, indirect rule implied building some sort of confederation (the »Confederation of United Tribes«) that could concentrate on native political interlocutors and ease colonial control. Along with the Confederation, the policy of indirect rule also »created a Maori nation«, formally sovereign, subject of international community, worthy of respect from third powers (namely, the French), although dependent on the protection of the British, for whom Maori's sovereignty had no contents. In fact, the clauses of the »international« acts that ruled Maori-British relations allowed almost every kind of colonial intervention in native domestic affairs. This model,

38 See above n. 13.

39 P. G. McHUGH (professor of law and legal history, Univ. Cambridge), »A pretty government!« The »Confederation of United Tribes« and the British's quest for Imperial order in the New Zealand Islands during the 1830s, 233–260.

40 E. g. DICEY (1885).

drafted for an elemental native polity, was to be the model for the British colonial empire in Africa, where it found similarly less segmented political units.

On the whole, the chapter is a proficient analysis of the trends that directed the British colonial constitution, evolving from an atomistic jurisdictional constitution, as a gathering of inconsistent jurisdictions, to a pluralistic one, built on the acknowledgement of native powers and their use as a support for indirect rule and, eventually, to a

general and homogenous sovereignty – never fully achieved – set up through universal regulation and standardized administration. The respective political and doctrinal challenges of each one of the options are very well defined, with the chapter providing a brilliant overview of British colonial constitution from the mid-18th to the early 20th century. ■

Bibliography

- BENTON, LAUREN (2002), *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400–1900*, Cambridge: Cambridge University Press
- CARDIM, PEDRO (1999), *Amor e amizade na cultura política dos sécs. XVI e XVII*, in: *Lusitania sacra*, 2nd ser. 11, 21–57
- CLAVERO, BARTOLOMÉ (1977), *Temas de Historia del Derecho: Derecho común*, Sevilla: Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones
- CLAVERO, BARTOLOMÉ (1991), *Antidota. Antropologia Catolica de la Economia Moderna*, Milano: Giuffrè
- COSTA, PIETRO (1969), *Semantica del potere politico nel pubblicistica medievale (1100–1433)*, Milano: Giuffrè
- DICEY, A.V. (1885), *Introduction to the study of the law of the constitution*, London: Macmillan
- ELLIOTT, JOHN (1992), *Europe of Composite Monarchies*, in: *Past and Present* 137, Nov., 48–71
- ELLIOTT, JOHN (2002), *Imperial Spain: 1469–1716*, London: Penguin
- FOUCAULT, MICHEL (1976), *Il faut défendre la société*, Paris: Gallimard
- FRIGO, DANIELA (1985), *Il Padre di Famiglia. Governo della Casa e Governo Civile nella tradizione dell'«Economica» tra Cinque e Seicento*, Roma: Bulzoni
- HESPAÑHA, A. M. (1994), *La gracia del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales
- HESPAÑHA, A. M. (2013), *La cultura jurídica europea*, 3.ed., Bologna: il Mulino
- LORENTE, MARTA, CARLOS GARRIGA (2007), *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
- MECCARELLI, MASSIMO (1998), *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano: Giuffrè
- MICHAUD-QUANTIN, PIERRE (1970), *Universitas. Expressions du mouvement communautaire dans le moyen-âge latin*, Paris: Vrin
- MOZZARELLI, CESARE (1988), *«Familia» del Principe e famiglia aristocratica*, Roma: Bulzoni
- PORTILLO, JOSÉ MARIA (2000), *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780–1812*, Madrid: Boletín Oficial de Estado
- SCHAUB, JEAN-FRÉDÉRIC (1995), *La penisola iberica nei secoli XVI e XVII: la questione dello Stato*, in: *Studi storici* 36, 9–50
- SCHAUB, JEAN-FRÉDÉRIC (2001), *Le Portugal au temps du comte-duc d'Olivares (1621–1640): Le conflit de juridictions comme exercice de la politique*, Madrid: Bibliothèque de la Casa Velázquez



Li Yang

Legal Orientalism, or Legal Imperialism?*

For hundreds of years, with the passage of time, the image of China in Western books is experiencing historic cycles, while the western scholar, as an observer, is also under mixed reviews. Voltaire and Leibniz make China fascinating and desirable in their books, with exaggeration and imagination; Montesquieu, Hegel, Max Weber, and even Henry Maine from the Historical School of Law, believe Chinese law is obviously beyond understanding by Western concepts as their legal history is different, which further makes traditionally Chinese law in modern times the object of western scholars criticized. It is natural to draw the conclusion based on discourse context in modern civilized countries.

In an odd way, in recent decades, the research on China seemingly has come to a new field. Since *Orientalism* by Edward W. Said came out in 1978, the idea of »Orientalism« in western context suddenly appeared on the horizon; the 1984 book *Discovering History in China: American Historical Writing on the Recent Chinese Past* by Paul A. Cohen, strived to get rid of the traditional discourse structure from colonial history, which push to a new high the empirical research on China-centered approach. These works undoubtedly develop a new domain of discourse for traditional Orientalism in the west. Of course, some scholars doubt the so-called study of »Asian Law« advocated by the west is still oriented publicly by political and economic gains of the country.¹

Professor Teemu Ruskola's new book *Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law* emphasizes on the combination of modern context and American view, and studies modern Chinese Law by making a comparison, which differs from the general idea of *Orientalism* studied by the Near East and from China-centered approach concerning China strictly only. It is obvious that

the term »Legal Orientalism« is derived from the subject term in Edward W. Said's book. Edward W. Said defines Orientalism as a discourse politically, sociologically, militarily, ideologically, scientifically, and imaginatively,² while Teemu Ruskola focuses the research of discourse on legal area and locates in East Asia, esp. China, to make a study of Orientalism with a new perspective.

In fact, since 1992 Teemu Ruskola has kept on his research on Chinese law, with a series of articles highly commended and valued by academia, especially the representative paper »Legal Orientalism« published in *Michigan Law Review*, with 3 translated reprints in *Zeitschrift für Chinesisches Recht* (Germany, 2005), *Foucault and Law* (UK, 2010), and *Chinese Social Science Quarterly* (China, 2012) respectively.³ Therefore, this book starts with this subject and constructs the research framework of Chinese law against the background of modern law. Then, such papers as »Law Without Law, or Is The »Chinese Law« an Oxymoron«, »Conceptualizing and Kinship: Comparative Law and Development found in a Chinese Perspective«, »Canton Is Not Boston: The Invention of American Imperial Sovereignty« and »Colonialism Without Colonies: On The Extraterritorial Jurisprudence of The U.S. Court for China«, make up main chapters in the book and provide some indispensable materials.

Teemu Ruskola is so passionate about the research of Chinese law, however, he also mentioned, the initial choice of Chinese law as the research object was taunted by his colleagues. Actually, he probably should not feel lonely. American scholars like Jerome A. Cohen, Victor H. Li, Stanley Lubman, R. Randle Edwards, and William C. Jones also devoted themselves to the research of Chinese law since 1960s, either by creating East Asian Legal Studies Program, or by setting up

* TEEMU RUSKOLA, *Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 2013, 338 p., ISBN 978-0-674-07576-4

Li Yang, Dr., Post-Doctoral Fellow
Nanjing Normal University, China.
Email: liyang1555@163.com

1 See VERONICA TAYLOR, *Asian Laws through Australian Eyes*, Sydney: LBC Information Services, 1997, 61–62.

2 EDWARD W. SAID, *Orientalism*, New York: Vintage Books 1979, 3.

3 See Teemu Ruskola's Curriculum Vitae, <http://www.law.emory.edu/faculty/faculty-profiles/teemu-ruskola.html> (2014.4.16).

courses on Chinese law without sparing any effort.⁴ In recent years, the number of American scholars paying attention to Chinese law is rocketing. Involved in economic and social history, Philip C.C. Huang then turned to legal history since 1990s, putting forward a lot of provoking terms such as »the third realm«, »semiformal governance«, etc. Under the support of Philip C.C. Huang and the research group involving Kathryn Bernhardt, Bradley Reed, etc., the study on the history of Chinese law gradually formed an academic trend for researches from archival case records, and triggered an »intellectual earthquake«,⁵ thus forming a research pattern on »New Legal History«. ⁶ In addition, William P. Alford for ages focuses on the study of traditional Chinese copyright law and regulation system, while Alison W. Conner makes great contributions to modern legal education in China, especially the in-depth research on Soochow University Law School.

Other than scholars who pursue »a China-centered history of China«, and explore micro historiography or social historiography centered on Judicial Archives, Teemu Roskula adopts a research approach of comparison or interdisciplinary orientation. This book focuses largely on one particular instantiation of legal Orientalism by studying Oriental law as »others«, and makes a tentative review on Chinese law under the perspective of the United States and modernity. It has made two contributions. First, it states whether Chinese law and the rule of law depends on the observer's definition of law, by combing and analyzing the western classical proposition »law and China exist in an antithetical relationship«, a widely shared assumption, with legal Orientalism as epistemological discursive analysis, approach Orientalism as a structure of legal knowledge. In the process of study, he surveys Confucian family law widely applied in traditional Chinese clan corporations, based on which further demonstrates Confucian family law as a kind of corporation law. Second, he

shows a desire to banish the subjects of Oriental despotism outside of the borders of the United States resulted in the institutionalization of a kind of legal despotism inside the United States, through the analysis of anti-Chinese immigration laws or Chinese Exclusion laws, and the survey of the intent of congress to issue the act, especially the Supreme Court. Then, by describing the unexploited and uncharted United States of Court for China, through analyzing the development proposition of modern international law as well as the extraterritoriality, he indicates that the traditional mode of promoting jurisdiction through the control of a territory in some ways gets overturned, and the legal practice of the United States Court for China marks final implementation of colonialism without colonies and of legal imperialism.⁷

Furthermore, his standpoint is based on the postcolonial research framework, where the traditional straight western ethnographical research framework becomes useless, in turn a unique way of cultural imperialism is adopted, exercising an invisible influence on other countries by spreading civilization. Obviously, compared with the traditional research, postcolonial studies get more approachable. However, it should be noted that scholars on postcolonial study pay more attention to the imperialism of law (as a symbol) to culture or mentality of non-western countries. Teemu Roskula is no exception, advocating the rule of law shines brighter than ever, as likely the single most appealing index of modernity.⁸

To the question whether there are laws or rules of law in China, Teemu Roskula sees why scholars always criticize Chinese law and society by investigating the traditional epistemology of Hegel, Marx and Weber, that is, they have known »China is an anti-model and stands for everything that we would not wish to be – or admit to being.«⁹ The developing western civilization is in urgent need of an »Others« to identify it, and then it is not difficult to understand these popular inquiries about China

4 See SU YIGONG, Research of Chinese Law in Contemporary America, in: Peking University Law Journal 8,5 (1996) 69–73.

5 NEIL J. DIAMANT, Book review: Sex, Law, and Society in Late Imperial China, in: American Historical Review 106,2 (2001) 546–547.

6 CHENJUN YOU, How a »New Legal History« Might Be Possible: Recent

Trends in Chinese Legal History Studies in the United States and Their Implications, in: Modern China 39,2 (2013) 165–202.

7 See RUSKOLA (2013) 5–23.

8 TEEMU RUSKOLA, Law Without Law, or is »Chinese Law« an Oxymoron?, in: William & Mary Bill of Rights Journal 11 (2003) 657.

9 See RUSKOLA (2013) 42–45.

in the west, involving the question why capitalism cannot be developed in China and the well-known »The Needham question« – why there is not modern science and technology in China. The answer of Weber to the former question is thought provoking, as he explains his research aims to express the significance of western civilization by stressing non-western civilization. Therefore, it is obvious that the image of China set up on such epistemology depends on western judgment. Under the western civilization, non-western law is objectivized as fall behind »Others«. So the superiority of American law comes from regarding non-western countries' law as outdated, feudal, or even nothing, based on their prejudices about legal Orientalism. The scholars believe there is no legal system in China, in that their definition of law is based on western law.

It can be seen from the analysis of these facts that the existence of law cannot be simply argued just through surveys. Then, Teemu Roskula makes a comparison of American law and Chinese lawlessness, while such juxtaposition is ultimately too simplistic and too static. As the author notes, the point of analyzing legal Orientalism as a discourse is emphatically neither to prove nor disprove either the historical or theoretical existence of Chinese law, the definition of law obviously so narrow as to exclude China from the legal universe smacks of the dogmatism of the untraveled.¹⁰ When this question is put forward, the answer actually already exists in the questioner's hypothesis, that is, it depends on the observer's definition of law. He convinces »so long as we insist that real law is a Western notion, it will always be the West that holds the keys to the truth about law.«¹¹

In the meantime, Teemu Roskula intends to explore the field neglected by traditional academia and even Chinese scholars, with a comparison method and interdisciplinary orientation of combining American legal culture with Sino-American relations history, from universality and particularity under modern law, and makes a ground-breaking study on Chinese law since modern times, thus

succeeding in extending the research on Chinese law to the field outside that of Orthodox Confucian representations of law and the mundane adjudications undertaken by county magistrates in the late imperial period. Viewing thoroughly questions aroused from argument, the term legal Orientalism is inclusive, with various complex concepts, aiming to treat Chinese legal practice during the modernization process more reasonably and objectively. When investigating traditional Chinese companies, Teemu Roskula found traditional western scholars and even some Chinese scholars tended to believe most Chinese enterprises are family businesses, lack of basic corporate legal forms, and further pointed out this mode led to the fact that China has no genuine native predecessors to the modern business corporation, also referring to the fundamental question whether China is lawless. The author refutes this idea, redefining the difference of company systems between China and America, with stress on collectiveness and individualism, and then arguing in late imperial China many extended families constituted clan corporations in which Confucian family law functioned as a kind of corporation law.¹² Thus, Teemu Roskula indicated Chinese law had even construct similar structure to that of western law traditionally, and Chinese political and cultural values pretended to a universal status in East Asian, while he named it East Asian law of nations against European tradition of *ius gentium*. As an important measuring standard, legal Orientalism is not a special kind of pattern but a method or norm of investigation. This opinion has a market for its pragmatic function. As an echo, Peter L. Berger, a professor of sociology and religion in Boston University, classifies traditional Chinese concepts into vulgar Confucianism or post-Confucian ethics, and put forward two kinds of modernization: western modernization and oriental modernization.¹³

As legal Orientalism is not a fixed pattern, it can be formed and applied flexibly without specific subject, and present diversity in various fields. In

10 MIRJAN R. DAMASKA, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven: Yale University Press 1986, 199.

11 TEEMU RUSKOLA, *Legal Orientalism*, in: *Michigan Law Review* 101 (2002) 234.

12 RUSKOLA (2013) 24.

13 See PETER LUDWIG BERGER, *In Search of an East Asian Development Model*, New Brunswick: Transaction Books 1988, 3–11.

terms of legal Orientalism in the United States, the Chinese exclusion movement in the 19th century is undoubtedly representative. The movement was special for the involvement of the masses as well as the authority, finally causing the congress issuing a set of Chinese Exclusion Laws and quite a few judicial decisions, which implied legal Orientalism as a kind of discourse. The decision of Committees of Congress preventing Chinese people from civic rights and suffrage gave full play to such discourse. Chinese Exclusion Laws issued in 1882 marked China as a symbol of Oriental despotism defeated by American civilization norm thoroughly. In 1889, the Supreme Court even decided on specific cases that it had the right to deport long-term Chinese residents even those had lawful admission.¹⁴ Obviously, Legal Orientalism is an essential reason leading to Chinese exclusion policy and a standard to measure civilization in the East and West.

Teemu Roskula takes as the study subject the United States Court for China – a little-known story of the beginnings of Sino-American legal relations as the study object, exploring complicated relations among Europe, America and China under the political context of modern international law of the 19th century. In this sense, he thinks, legal and disciplinary structures of colonialism shows the entire historical process where modern international law initiated in Europe as to exclude the East, and gradually took it in through conquering. In addition to traditional pattern, there is an extreme special practical pattern of imperialism, namely informal imperialism, a new pattern over formal territorial colonialism. This concept is not created by Teemu Roskula but by Ronald Robinson and John Gallagher in the 1970s before, »informal imperialism is a process whereby agents of an expanding society gain inordinate influence or control over the vitals of weaker societies by ›dollar‹ and ›gun-boat‹ diplomacy, ideological suasion, conquest and rule, or by planting colonies of its own people abroad.« The power society then intended to use this strategy to »shape or reshape them (weak nations) in its own interest and more or less in its own image«.¹⁵ The informal imperial-

ism is not only reflected in economics, politics and culture in a narrow sense, but also extended to legal imperialism in a deeper level, perfectly embodied by the expansion of western rule of law. This court, judges and lawyers of western rule of law obviously contributed a lot in the expansion. Institutions represented by the United States Court for China and the U.S. legal professionals in China, superficial and objective, reflects the expectations of American legal imperialism. For example, the congress authorized the United States Court for China to apply Federal acts of the U.S. as well as special acts of Congress in the U.S. and to enact rules and regulations, for the sake of making up weakness of the applicable law. It's also important to note that as an extraterritorial court, the United States Court for China, does not apply relevant institutional rules from constitution of the U.S., even though under the jurisdiction of federal judicial system, which fully reflected another inappropriateness of the American legal Orientalism discourse.

If read carefully, there are still a few places need discussing in *Legal Orientalism*. Teemu Roskula believed though American imperialism in East Asia started with access to the Philippines in 1898, American legal imperialism in the Orient started half a century before Spanish-American War. The landmark event was the 1844 Treaty of Wanghia for getting the right of extraterritorial jurisdiction, and then before Spanish-American War, he believed the United States became a leader in the institutionalization of legal imperialism in the Orient.¹⁶ The author cannot agree this view as to how to define the legal imperialism? Indeed, this term cannot be defined by any standard. Even so, however, it must refer to a subjective driving force in the process of legal imperialism. In fact, at the time of signing Treaty of Wanghia, whether the activeness of Caleb Cushing as one party can fully represent the overall situation in the U.S. is still need investigating. The United States of the time separating from British colonial domination less than a century, focused more on territory expansion and national system restructuring, with less interest in oriental countries. Caleb Cushing ap-

14 See RUSKOLA (2013) 141–146.

15 RONALD ROBINSON, Non-European Foundations of European Imperialism: Sketch for a Theory of Collaboration, in: ROGER OWEN, BOB SUT-

CLIFFE (eds.), Studies in the Theory of Imperialism, London: Longman 1972, 119.

16 See RUSKOLA (2013) 20–26.

pointed to China even has caused domestic discontent. Though intended to seize judicial privilege of other countries following Britain, it still acted passively over positively. So, only four years after obtaining extraterritoriality, the congress practiced the judicial privilege by passing an act to set consular courts. Thus, it is not exactly true Teemu Roskula's expression that signing of the treaty indicates the United States expanding its legal imperialism. The expression is inappropriate even during the next six decades. The United States didn't pay close attention to the extraterritorial judicial situation until sending Consular Inspector to make an investigation on consul and judicial status, then, the United States Court for China was set up, as the practical expression of legal imperialism. It is also inappropriate to regard as legal imperialism the occupation of the Philippines after the 1898 Spanish-American, as it is not strictly informal imperialism, but an accessory after conquering.

Teemu Roskula holds Chinese legal research, from the very beginning, studied orthodox Confucian representations, then in recent decades the mundane adjudications undertaken by county magistrates in the late imperial period.¹⁷ Obviously, it is just the American research of Chinese law. There is no denying that American scholars' research orientation in some ways bring about reconsideration and inspiration for Chinese scholars, for example, Philip C. C. Huang, etc. advocating research from archival case records caused more attention of Chinese academia paid to full exploration and use of local archives. However, it doesn't mean that the research orientation of American scholars can represent that of Chinese legal history. Meanwhile, referring to the study of Sino-American relations history, Teemu Roskula, as an American scholar, holds that Chinese study of America focuses more on America during the Cold War and American imperialism on the East Asia (including Korea and Southeast Asia) after World War II. The latter study is popular in recent years. Therefore, he believes the modern diplomatic history of China and America is worth studying for

lack of research. From Chinese perspective, it is undeniable that China does pay well attention the first two topic, however, it doesn't mean the study of the modern history of China and America is inadequate. There are famous works about Sino-American exchange history already at an earlier time. American scholars like Warren I. Cohen, and Chinese scholars like Tao Wenzhao are all leading authorities on the history of Sino-U.S. relation. What is more, numerous young and middle-aged scholars also devote themselves to the study.

In addition, when it comes to Lobingier, Teemu Roskula makes a wrong statement that he is the court's second and longest-serving judge.¹⁸ Historical materials suggest that the United States Court for China set up in 1906 and ended in 1943 had five official judges during the 37 years, respectively Lebbeus R. Wilfley (1906–1908), Rufus Thayer (1909–1913), Charles S. Lobingier (1914–1924), Milton D. Purdy (1924–1934), and Milton J. Helmick (1934–1943).¹⁹ Only two judges' terms expire, namely Charles S. Lobingier and Milton D. Purdy. Under the investigation and recommendation of the president Woodrow Wilson and the Secretary of State William Jennings Bryan, the Senate on February 8, 1914 officially passed the commission to appoint Charles Sumner Lobingier as the third judge in the United States Court for China. On February 14, after his expiration of the 10-year term as the Judge of the Court of First Instance of the Philippine Islands, Charles Sumner Lobingier hurried to Shanghai, taking office in the new Judge of the United States Court for China.²⁰ Also, when it comes to Peter Parker's missionary works and diplomatic activities, Teemu Roskula writes, »many of the substantive provisions of the Treaty of Wanghia were informed directly by articles published in the *Chinese Repository*, a missionary periodical edited by Parker and his joint Chinese Secretary, Reverend Elijah Coleman Bridgeman.«²¹ Obviously, this narration is an evident misunderstanding of historical facts, while indeed, Peter Parker had never served as the editor-in-chief of *The Chinese Repository*, or at best, the periodical just issued some of his works. Moreover,

17 RUSKOLA (2013) 17.

18 RUSKOLA (2013) 163.

19 See: Brevia Addenda: Records of the United States Court for China, in: *The American Journal of Legal History* 1 (1957) 235.

20 See: Judge Charles S. Lobingier, in: *The Green Bag* 26, 8 (1914) 343.

21 RUSKOLA (2013) 138.

it can be seen from the notes that Teemu Roskula's inference is quoted from Tyler Dennett's *Americans in Eastern Asia*, which writes, »*The Chinese Repository* of which Bridgman and Williams were not merely the editors but to which they often the chief contributors ...«, ²² specifying the editors are Bridgman and S. Wells Williams. In addition, this text originates from page 557, while Teemu Roskula listed page 577 in his notes. Obviously, Teemu Roskula's research on this question is inaccurate. In fact, in 1832, with the help of Robert Morrison, Elijah Coleman Bridgeman in Canton established *The Chinese Repository*. As an editor-in-chief and a significant writer, he delivered more than 350 articles in the periodical, ²³ exerting a far-reaching influence.

In general, as Teemu Roskula said, Orient itself is a traveling concept. The object it refers to is not constant. So in some sense, legal Orientalism is a kind of expression, while the implied legal imperialism behind is the fundamental purpose. As such, though this book provides another research orientation for western scholars, trying to study the picture of Chinese law with a more comprehensive and objective perspective, the final conclusion of this book doesn't seem to get over the epistemology of traditional western scholars.



22 TYLER DENNETT, *Americans in Eastern Asia*, New York: The Macmillan Company 1922, 557.

23 See: List of the Articles in the Volumes of the *Chinese Repository*, in: *The Chinese Repository* 20 (1851), 9–54.



Stefan Kroll

Selbst die Kopie ein Original

Die Konstruktion und Adaption globaler Ideen*

Die geistes- und sozialwissenschaftlichen Disziplinen haben ihr Spektrum in der jüngeren Vergangenheit um globale Perspektiven erweitert. Auch für das Feld der *Intellectual History* liegt nun ein Sammelband von Samuel Moyn und Andrew Sartori vor, der die Frage des Globalen diskutiert und dabei viele Beobachtungen enthält, die über das Feld der Ideen- und Geistesgeschichte hinaus Beachtung verdienen. Von rechtshistorischem Interesse sind vor allem die Abschnitte zur Konzeption des Globalen und zur Übersetzung und Verankerung globaler normativer Muster.

Was genau kennzeichnet das Globale der *Global Intellectual History*? Ist es wirklich angebracht, Globalität anzuführen, fragt Frederick Cooper, wenn lediglich »long-distance connections« untersucht würden (284)? Zumindest scheint es sinnvoll, eher von globalen Netzwerken bestimmter Akteure auszugehen als die Existenz eines globalen Raumes anzunehmen, der alle möglichen Akteure (nicht nur die Eliten) prägt und von diesen geprägt wird. Auch Duncan Bell argumentiert, dass sich viele als globalhistorische Forschungen gekennzeichnete Projekte treffender als »transnational or translocal history« beschreiben ließen. Die Herausgeber formulieren demgegenüber ihre Erwartung an die *Global Intellectual History* vor allem in Hinblick auf die Herausbildung eines Bewusstseins des Globalen, denn als die Beschreibung einer – insgesamt unwahrscheinlichen – Integration auf globaler Ebene (16 und 21). Cooper, der am Ende des Bandes einen kritischen Blick auf das Gesamtprojekt wirft, gelingt es am besten, diesen Ansatz bündig zusammenzufassen: »[G]lobal intellectual history should center on ideas that truly encircle the world or that formulate propositions about the world as a whole.« (284) Es geht also um die Konstruktion einer bestimmten Perspektive auf die Welt – Bell überschreibt seinen Beitrag denn auch mit dem Titel *Making and Taking Worlds* (254–279) – deren Grundlagen und Konsequenzen

für die Ideen- und Geistesgeschichte zu untersuchen sind.

Besonders anschaulich wird dieser Ansatz im Beitrag von Christopher L. Hill (134–158), der sich mit der Ausbreitung europäischer Ideen im 19. Jahrhundert befasst. Für Hill sind globale Ideen daran erkennbar, dass es für ihre Aneignung nicht notwendig sei, zu ihren Ursprüngen zurückzugehen, sondern dass sie in adaptierter Form als Teil eines allgemeinen, kulturübergreifenden Diskurses wirkten: »The fact that many of the concepts arrived in mediated form – through the intellectual vulgate, through translation – means it was not necessary to go to the origin to get the concepts.« (145) Hill beschreibt für das 19. Jahrhundert insgesamt die Herausbildung eines transnationalen intellektuellen Feldes, das sich zur Jahrhundertwende mit dem physikalischen Globus gedeckt habe (152). Auch hier ist aber zu betonen, dass dieses Feld wohl eher ein Netz ist, an dessen Knoten sich bestimmte Akteure austauschen, es aber hinreichend freie Räume gibt, in denen Menschen von transnationalen intellektuellen Aktivitäten unberührt bleiben.

Für die Entstehung und Vermittlung globaler Ideen sind Intermediäre von zentraler Bedeutung. Vanessa Smith schildert das eindrucksvolle Fallbeispiel Tupiaias', eines Begleiters Joseph Banks' auf dessen Reisen in der Region Tahiti im 18. Jahrhundert, und verdeutlicht dessen Rolle als Informant, Übersetzer und Führer (82). In jüngerer Vergangenheit sind in diesem Zusammenhang vor allem Fragen der Übersetzung stärker in den Fokus der Forschungen gerückt. In diesem Band greift Hill das Thema auf und zeigt anhand der umfangreichen Studien in den Asienwissenschaften, dass das Problem der Übersetzung mit rein sprachlichen Betrachtungen nur unzureichend erfasst werden könne (143). Vielmehr müssten in der Interpretation von Übersetzungen auch soziale und kulturelle Aspekte berücksichtigt werden.

* SAMUEL MOYN, ANDREW SARTORI, *Global intellectual history*, New York: Columbia University Press 2013, 342 S., ISBN 978-0-231-16048-3

In diese Richtung gehen auch die Beobachtungen von Sudipta Kaviraj, die ebenfalls auf die Bedeutung von Sprache und Kultur in Translationsprozessen hinweist: »[...] this process cannot be understood except through a truly linguistically and culturally double-sided history.« (305) Zu ergänzen wäre in diesem Zusammenhang lediglich der von Bourdieu abgeleitete Hinweis, dass Übersetzungen ganz unabhängig von ihrem Verhältnis zu ihrer Vorlage neue soziale Tatsachen schaffen, die für das Verständnis der Veränderung zirkulierender Ideen wertvoll sind – selbst wenn sie, aus philologischer Sicht, nur von geringer Güte sein mögen.

Dass in der Veränderung eines Konzepts schließlich ein Moment der Originalität steckt, formuliert Samuel Moyn in einem wichtigen Kommentar zu den Arbeiten seines Mitherausgebers Andrew Sartori: »Even in the case of a European concept, as Sartori observes, one must acknowledge its spread and not fear treating its secondary users as derivative, for its appropriation itself is always as inventive as its earlier coinage.« (199) Es wird hieran deutlich, dass nicht jeder Analyse der Diffusion eines »europäischen Konzeptes« zwingend eine eurozentrische Perspektive zugrunde liegen muss. Vielmehr geht es darum, die Originalität zu beschreiben, die auch in einem Prozess der Aneignung liegt. Dies ist ein wichtiger Hinweis, denn, wie Bell beobachtet, wird das Attribut »global« auch dafür verwendet, sich von einer »westlichen« Form der Geschichtswissenschaft abzugrenzen, die aber in ihrer angestrebten »nicht-westlichen« Perspektive freilich nicht automatisch global ist (256). Es ist eine perspektivische Verengung, wenn globale Perspektiven so ausgelegt würden, Europa nicht nur zu provinzialisieren, sondern unsichtbar zu machen. Dies umso mehr, als der überwiegende Teil der Beiträge in diesem Band sich mit historischen Akteuren befasst, die aus einem außereuropäischen Hintergrund heraus europäische Ideen in anderen Weltregionen vermittelten: »The people

who are the subjects of these chapters are obsessed with Europe.« (Cooper 288)

Eine wichtige Voraussetzung für das Verständnis der Ausbreitung und Veränderung von Ideen liegt in der Erkenntnis, dass diese sich nicht aus sich selbst heraus erklären. Es sind vielmehr zusätzliche kausale Faktoren – soziale, politische oder ökonomische –, die Teil eines Erklärungsmodells sein müssen: »Culture must be carried by some larger structural agency.« (Kaviraj 299) Mit anderen Worten ist der durch Akteure vollzogene Transfer von Ideen eingebettet in spezifische historische Gegebenheiten. Eine wichtige, aber auch sehr klassische Einsicht, die häufig aus Marx' *Der Achtzehnte Brumaire* abgeleitet wird: »Die Menschen machen ihre eigene Geschichte, aber sie machen sie nicht aus freien Stücken, nicht unter selbstgewählten, sondern unter unmittelbar vorgefundenen, gegebenen und überlieferten Umständen.«¹

Auch wenn nicht alle Fragen, die durch *Global Intellectual History* aufgeworfen werden, neu sind, sondern bereits in anderen Diskussionen des Globalen gestellt wurden, so enthält der Band doch eine Reihe interessanter Impulse. Der spezifische Blick auf die Herausbildung globaler Ideen ist von zentraler Bedeutung für die historische und gegenwärtige Forschung zu globalem Recht und globaler Normativität. Auch hier stellt sich seit langem die Frage nach der Einordnung der Ausbreitung europäischer normativer Ideen, jenseits klassischer Rezeptionsparadigmen. Ein wichtiger Ansatz hierzu drückt sich in einer der Kernaussagen dieses Bandes aus: »In any event, conceptual spread is an occasion for subaltern originality rather than simple derivation.« (Moyn 200) In der Adaption finden sich also originelle Elemente, die sich vor allem dann offenbaren, wenn die Verwendung und Wandlung globaler Ideen eingebettet in ihre spezifischen historischen und sozialen Kontexte untersucht werden. ■

1 MARX, KARL, *Der Achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte*, zweite Ausgabe, Hamburg: Otto Meißner 1869, 1 [http://www.deutschestextarchiv.de/book/show/marx_bonaparte_1869].

Christiane Birr

Die seidenen Bande des Empire*

Protagonist des Buches des nigerianisch-kanadischen Historikers Bonny Ibhawoh (Hamilton, Ontario) ist das *Judicial Committee of the Privy Council* (JCPC), das 1833 formal als letzte Appellationsinstanz für die koloniale Gerichtsbarkeit im Britischen Empire installiert wurde. Das JCPC fungierte zugleich als Beratergremium der Krone und als letztinstanzliches Gericht mit einem unklaren Status: Die Richter des JCPC sprachen keine bindenden Urteile, sondern gaben Entscheidungsempfehlungen an die Krone, welche diese in Form von *Orders in Council* verbindlich erließ. Bislang hatte sich die historische Forschung auf die Rolle des JCPC bei der Entwicklung des *Case Law* in Regionen des sog. *Old Empire*, d. h. Kanadas, Australiens, Neuseelands und Irlands, konzentriert. Die vorliegende Monografie rekonstruiert zum ersten Mal seine Bedeutung für die Rechtsentwicklung in den afrikanischen Kolonien, allerdings ohne die Befunde in Bezug zu den Ergebnissen der *Old Empire*-Forschungen zu setzen. Dagegen erhält die Analyse besondere Tiefe durch die Auswertung der reichen archivalischen Quellen des JCPC, die Ibhawoh noch in einem »staubigen Keller in der Downing Street« konsultierte (22) und die inzwischen in die National Archives in Kew überführt wurden. Der Beobachtungszeitraum erstreckt sich von 1890 bis zum Ende der 1960er Jahre, als sich die unabhängig gewordenen ehemaligen Kolonien aus dem Rechtsprechungsverbund des Commonwealth lösten und die Appellation an das JCPC in ihren Verfassungen abschafften.

Ibhawoh geht es um die Bedeutung des JCPC für die Rechtsentwicklung in den afrikanischen Kolonien und den post-kolonialen Staaten West- und Ostafrikas. Ausgangspunkt der Arbeit des JCPC war die Annahme, unter den vielgestaltigen Formen aller, auch aller indigenen Rechte im Empire seien identische Rechtsprinzipien verborgen. Seine Aufgabe war es, sie herauszuarbeiten und zur Geltung zu bringen. Die daraus resultierende dogmatisch anspruchsvolle Arbeit der Richter in der ständigen Spannung zwischen *imperial*

universalism und *local exceptionalism* analysiert der Autor eindringlich anhand zentraler Thematiken wie des Umgangs mit indigenen Rechtsgewohnheiten (Kap. 3), Fällen sog. *witchcraft* (Kap. 4) und indigenen Landrechten (Kap. 5). Die gefundenen Entscheidungen besitzen bis in die Gegenwart als Präzedenzfälle hohen Wert und beeinflussten Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Kolonien stark. Gestritten wurde vor dem JCPC, wie angesichts des Aufwandes, der Dauer und der Kosten eines solchen Verfahrens nicht anders zu erwarten war, um hohe Einsätze: um Autorität und Macht in den Kolonien, um widerstreitende Interpretationen von Moral und Kultur und nicht zuletzt um die Verteilung wirtschaftlicher Ressourcen.

Ibhawohs Analyse zeigt die zwei Gesichter der imperialen Justiz. Koloniale Unterschiede zwischen Europäern und Afrikanern wurden durch sie festgeschrieben und verstärkt. Zugleich aber gehörte zu ihren Aufgaben, die Integration aller Angehörigen des Empire in ein einheitliches Normgebäude voranzutreiben (138). Koloniales Recht und seine Institutionen mussten flexibel, dehnbar und modifizierbar sein: nicht trotz der »Zivilisierungsmission«, als deren Träger sich die europäischen Kolonialmächte verstanden, sondern gerade ihretwegen. Damit zeigen sich jurisdiktionelle Institutionen wie das JCPC als zentrale Instanzen für die Konstruktion kolonialer Alterität und zugleich als Schmelztiegel, in denen neue, von Ibhawoh als hybride bezeichnete Rechtskulturen entstanden, welche die koloniale und post-koloniale Ordnung in den (ehemaligen) afrikanischen Kolonien bestimmen (186). Als Beispiele für die neuen Formen, die in den Konflikten innerhalb sowie zwischen europäischen und afrikanischen Rechtskulturen entstanden, nennt Ibhawoh das Verwischen kolonialer Dichotomien durch das Streben nach einheitlichen Rechtsmaximen (*Doctrine of Repugnancy*) und die grundlegende soziale Umgestaltung afrikanischer Gesellschaften durch neue Verschaltungen zwischen Macht, traditioneller Autorität und (europäischer) Bildung, etwa

* BONNY IBHAWOH, *Imperial Justice. Africans in Empire's Court*, Oxford: Oxford University Press 2013, 211 S., ISBN 978-0-19-966484-9

durch die Entstehung eines afrikanischen Anwaltsstandes oder die Neu-Definition der Rollen lokaler *chiefs* und indigener Amts- und Funktionsträger im Kolonialstaat.

Zu den fortwirkenden Prinzipien der kolonialen Rechtsprechung gehört nach Ibhawoh die Fixierung auf den vermeintlich kollektiven Charakter afrikanischen Rechts. So habe es für britische Juristen als ausgemacht gegolten, dass traditionelle afrikanische Systeme zur Konfliktlösung nicht auf Gerechtigkeit oder die Aufrechterhaltung strikter Rechtsregeln gerichtet gewesen seien, sondern auf das Finden freundschaftlicher, einverständlicher Lösungen. Die Ausrichtung des Rechts auf das Individuum und seine subjektiven Rechte sahen die britischen Juristen als europäisches Phänomen an, in Afrika sah man stattdessen die Gemeinschaft und ihre fortgesetzte Solidarität im Mittelpunkt des Rechts. Diese bis in die Gegenwart geläufige Gegenüberstellung eines individualistischen Europa und eines kollektivistischen Afrika demaskiert der Verfasser als Mischung aus afrikanischer Selbst-Idealisierung und kolonialer bzw. ethnologisch-politischer Theorie (82).

Leider nur angedeutet, aber umso interessanter erscheint der erhebliche Unterschied zwischen Eigen- und Fremdwahrnehmung des JCPC und seiner Richter. An dieser Stelle wünscht sich der Leser eine vertiefende Beschäftigung mit dem Personal des JCPC. Dagegen führt die konzise Studie die Institution JCPC als »wirksamen und wichtigsten Teil der seidenen Bande, die so reibungslos unser großes Empire zusammenhalten« (Lordkanzler Lord Richard Haldane über das JCPC, 1922), eindringlich vor Augen. Die Art und Weise, in welcher das JCPC Recht in den afrikanischen Kolonien zwischen imperialem Universalismus und kolonialer Alterität geformt und festgeschrieben hat, bildet bis heute die Grundlage der Rechts- und Gerichtskultur in den post-kolonialen Gesellschaften. Insgesamt eröffnet Ibhawoh in seiner gut lesbaren und lesenswerten Arbeit weiterführende Perspektiven auf die »Erfindung der Tradition« (71) in den afrikanischen Kolonien, vor allem aber auf die juristische Bewältigung kolonialer Multinormativität.



Otto Danwerth

Von den Inka lernen, heißt herrschen lernen*

Zu zwei Editionen von Schriften eines spanischen Juristen im frühkolonialen Peru

Im Gefolge der spanischen Kolonisation bildete sich ein für Hispanoamerika geltendes Normengefüge heraus, das später so genannte *Derecho Indiano*. Aus Europa stammende Institutionen und Normen wurden in der »Neuen Welt« (re-)produziert, doch gingen in seine Entstehung auch gewohnheitsrechtliche lokale Praktiken ein: spanische ebenso wie indigene aus vorkolonialer Zeit.

Um die komplexe Genese dieses multinormativen Rechts verstehen zu können, sind neben den klassischen Quellen auch die jeweilige lokale Rechtsproduktion und der juristische Diskurs zu berücksichtigen. Wichtige diesbezügliche Zeugnisse hinterließen im 16. Jahrhundert zahlreiche in Hispanoamerika wirkende Juristen. Im zentralandinen Raum, dem heutigen Peru und Bolivien, war Polo

* POLO ONDEGARDO, *Pensamiento colonial crítico. Textos y actos*. Edición de Gonzalo Lamana Ferrario, estudio biográfico de Teodoro Hampe Martínez, Lima/Cuzco: Instituto Francés de Estudios Andinos/Centro Bartolomé de Las Casas 2012, 406 S., ISBN 978-612-4121-02-9

POLO ONDEGARDO, *El Orden del Inca. Las contribuciones, distribuciones y la utilidad de guardar dicho orden* (s. XVI). Edición de ANDRÉS CHIRINOS y MARTHA ZEGARRA, Lima: Editorial Commentarios 2013, 398 S., ISBN 978-9972-9470-8-7

Ondegardo einer der herausragenden juristischen Autoren und Akteure, dessen Schriften in zwei neuen Auswahlbänden vorliegen.

Der ca. 1520 in Valladolid geborene Polo Ondegardo studierte – sehr wahrscheinlich – an der Universität Salamanca die Rechte, bevor er als junger *licenciado* 1544 nach Peru kam. Nach dem Ende der »Bürgerkriege« 1548 amtierte er als *Corregidor* und *Capitán General* von Charcas (Hochperu). 1550 verfasste er für Potosí die ersten Vorschriften zum Silberbergbau im Vizekönigreich Peru. In Anerkennung seiner Dienste erhielt er eine *encomienda* in Cochabamba sowie eine Silberader in Potosí. Während seiner Amtszeit als *Corregidor* von Cuzco, der ehemaligen Inkahauptstadt (1559–61), führte die Beschäftigung mit andiner Religion zu Berichten über die sakrale Topographie (*Ceque*-System) und zum Fund von Inkamumien. 1561 griff Ondegardo in Lima in die Debatte um die Erblichkeit der *encomiendas* ein, die er unter strengen Bedingungen für gerechtfertigt hielt. Nach einer zweiten Amtszeit als *Corregidor* von Cuzco (1571–72) kehrte Ondegardo nach Charcas zurück, wo er als *Capitán General* und *Gobernador* wirkte. Er war einer der wichtigsten Ratgeber von Vizekönig Francisco de Toledo (1569–81). Polo Ondegardo starb am 4. Nov. 1575 in La Plata.¹

Der von Vizekönigen und Klerikern geschätzte Jurist wirkte als vielseitiger Beamter und Normsetzer; als *encomendero* und Geschäftsmann wurde er wohlhabend. Ruhm erwarb er sich jedoch als Kenner andiner, besonders inkaischer Ordnungsvorstellungen und -praktiken. Seine Texte behandeln Themen aus den Bereichen Recht, Politik, Wirtschaft, Kultur und Religion zu vorspanischer und frühkolonialer Zeit. Ondegardo war kein »Chronist« im eigentlichen Sinne: er schrieb zu meist ohne Veröffentlichungsabsicht und verfasste keine Monographien wie z. B. Juan de Matienzo (*Gobierno del Perú*, 1567). Seine Untersuchungen verdankten sich häufig konkreten juristischen Anfragen oder ergaben sich aus der eigenen administrativen Betätigung und der Einsicht, dass sich die spanische Herrschaft in Peru durch exaktere

Kenntnis der im Inkareich geltenden Normativität im Sinne eines *buen gobierno* verbessern ließe. Ondegardo empfahl nachdrücklich, dass das spanische Rechtssystem in Peru bestimmte andine und inkaische Organisationsformen anerkennen solle.

In Ermangelung vorspanischer schriftlicher Zeugnisse ließ lic. Polo Älteste durch Übersetzer befragen und bediente sich proto-ethnographischer Methoden, zog aber auch Bildquellen und Knotenschnüre (*quipos*) heran. Ondegardo lässt sich weder als eleganter Stilist noch als gelehrter Autor charakterisieren, doch die zuweilen schwierige Lesbarkeit seiner Werke ist weniger seiner »trockenen« Bürokratenprosa als vielmehr der fehlenden Sorgfalt seiner Editoren geschuldet. Ein kurzer Text über indigene Religiosität wurde als Teil des *Confessionario para los curas de indios* 1585 in Lima veröffentlicht, doch nichts von seinen Gutachten, Berichten und Briefen zu Lebzeiten des Autors gedruckt. Gleichwohl zirkulierten Manuskripte und Abschriften; sie wurden auch von späteren Juristen, Klerikern und Chronisten geschätzt. Obwohl Pedro Sarmiento de Gamboa (*Historia índica*), José de Acosta (*Historia natural y moral de las Indias*) und Bernabé Cobo (*Historia del Nuevo Mundo*) aus seinen heute verlorenen Manuskripten zitierten, litt Ondegardos *œuvre* unter einer schwierigen Editions Geschichte, in der er bald auch unter dem falschen Namen »Juan Polo de Ondegardo« firmierte. Nach der fehlerhaften Veröffentlichung einiger Texte in spanischen Dokumentensammlungen des 19. Jahrhunderts gaben Carlos Romero 1906 und Horacio Urteaga 1916–17 ausgewählte Werke heraus, die trotz ihrer Mängel bis heute benutzt werden. Erst seit den 1980er Jahren wurden einzelne Texte wieder veröffentlicht. Hervorzuheben sind die von Laura González Pujana vorgelegten Bände, die Dokumente über Ondegardo aus spanischen und bolivianischen Archiven versammeln.² Obwohl unabhängig voneinander der inzwischen verstorbene Thierry Saignes und Fermín del Pino Díaz mit seinem Team seit den 1990er Jahren an Gesamt-

1 Vgl. JULIEN, CATHERINE, ANA MARÍA PRESTA (2008), Polo Ondegardo (ca. 1520–1575), in: PILLSBURY, JOANNE (ed.), *Guide to Documentary Sources for Andean Studies, 1530–1900*, 3 Bde., Norman/Oklahoma, vol. 3, 529–535.

2 Vgl. GONZÁLEZ PUJANA, LAURA (1999), Polo de Ondegardo: Un cronista vallisoletano en el Perú, Valladolid. Unter den Dokumenten befinden sich z. B. das Testament und seine »probanza de méritos y servicios«. Einige dieser Quellen aus spanischen

Archiven sind inzwischen als Digitalisate auf der Webseite des *Portal de Archivos Españoles* (<http://pares.mcu.es>) zu finden.

ausgaben arbeiteten, sind diese bisher nicht erschienen.

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass Gonzalo Lamana, ein historisch arbeitender Hispanist (Pittsburgh), 2012 folgende sechs Texte Ondegardos neu edierte: 1. Informe al lic. Briviesca de Muñatones sobre la perpetuidad de las encomiendas en el Perú [1561]; 2. Ordenanzas de las minas de Guamanga [1562]; 3. Las razones que movieron a sacar esta relación y notable daño que resulta de no guardar a estos indios sus fueros [1571]; 4. Parecer sobre la guerra propuesta contra los Chiriguanaes [ca. 1573]; 5. Los errores y supersticiones de los indios sacadas del Tratado y averiguación que hizo el Lic. Polo [ca. 1559]; 6. Copia de unos capítulos de una carta del lic. Polo, vecino de la ciudad de La Plata, para el doctor Francisco Hernández de Liébana [ca. 1565]. Es handelt sich um eine repräsentative Quellenauswahl. Neben Bergbau-Verordnungen (2.) und einer Skizze andiner Religiosität (5.) findet sich ein Gutachten über die militärische Kampagne des Vizekönigs Toledo gegen die guaraní-sprachigen Chiriguano (4.). Wie schon die Guamanga-Normen (2.), so behandeln die Briefauszüge (6.) die Prozessflut indigener Kläger. Ondegardo riet dazu, sich auch vorspanischer Konfliktlösungsmechanismen zu bedienen; er schlug zudem die Ernennung indigener Richter vor. Den Bezug zum »derecho inmemorial« stellen auch die ersten beiden Texte her. Im Bericht an lic. Briviesca (1.) stellt lic. Polo die Tributverpflichtungen der Provinzen an den Inkaherrscher sowie die Änderungen dar, die sich nach Einführung des spanischen *Encomienda*-Systems ergaben. 1571 nahm Ondegardo zu diesem Thema nochmals ausführlich Stellung (3.): Er erläuterte die Landverteilung, die Nutzung von Weideland und Vieh; die Arten und Verteilung der Tributleistungen (von Arbeitsdiensten bis Kleidung) und die demographische Mobilität (*mitimaes*) im Zusammenhang der inkaischen Geschichte, Religion und »vertikalen Ökonomie«. Seine Verbesserungsvorschläge kolonialer Politik betrafen z. B. das Tributsystem und die Rolle lokaler indigener Herrscher (*caciques*).

Im Titel dieses Textes beklagt Ondegardo den »erheblichen Schaden, der sich ergibt, wenn die *indios* ihre *fueros* nicht bewahren dürfen«. Schon die kastilischen *Siete Partidas* (13. Jh.) unterschieden im Rahmen des Gewohnheitsrechts »fueros« von »usos« und »costumbres«. In Ondegardos Gebrauch meint »fueros« althergebrachte Rechte, also

vorspanische indigene Normen und Organisationsweisen, die gemeinsam mit den »costumbres« vom spanischen Recht in Peru anzuerkennen seien, solange sie nicht gegen die Prinzipien der Religion und das Naturrecht verstießen; dies war auch die Position der Krone (*Cédula*, 1555). Ondegardo war wohl der erste Jurist, der den Begriff »fuero« in diesem Sinne für den andinen Raum verwandte. Er empfahl Kontinuität und behutsame Veränderungen statt radikaler Zäsuren und einschneidender Gesetze.

Lamana hat eine sorgfältige Edition dieser sechs Quellen auf Basis von neuen Transkriptionen der Manuskripte vorgelegt. Die Orthographie und Zeichensetzung wurden modernisiert, der Fließtext in Kapitel und Absätze eingeteilt, so dass die Texte wesentlich lesbarer geworden sind. Die Fußnoten enthalten gestrichene Worte, Randbemerkungen, divergierende Lesarten, zudem Übersetzungen von Quechua-Worten und wenige Erläuterungen.

Dem Quellenteil vorangestellt sind drei einleitende Aufsätze. Im ersten Kapitel (15–48) fasst der Herausgeber die Editionsgeschichte der Manuskripte kundig und kritisch zusammen. Ausführlich geht Lamana auf die dritte Quelle (»Las razones que movieron a sacar esta relación y notable daño [...]«) und das Verhältnis der beiden Manuskripte aus der Biblioteca Nacional de Madrid (BNM) ein (25–31). Lamana vermutet, dass es sich bei ms. 2821, das seiner Edition zugrunde liegt, und bei ms. 3169 um zwei Kopien von zwei heute unbekannten Originalen Ondegardos handelt. Die Diskussion anderer dem lic. Polo zugeschriebener Manuskripte, die Lamana nicht in seine Auswahl aufnahm, ist ebenfalls hilfreich. Heute verschollene Texte sind u. a. ein »tratado del matrimonio de los indios« sowie ein »tratadillo sobre la coca« (45).

Im dritten Kapitel bietet Teodoro Hampe Martínez eine fundierte, aus den Quellen gearbeitete Biographie Ondegardos (89–135), die auf eigenen Vorarbeiten beruht und in vielen Passagen textgleich mit seinen um die Jahrtausendwende erschienenen Artikeln ist. Aktualisierungen betreffen vor allem den familiären Hintergrund (inkl. genealogische Listen), die Vermögensverhältnisse der Ondegardo in Spanien und einen kurzen Epilog zu »Polo Ondegardo y la legalidad« (120–121). Eine »Liste von edierten Dokumenten mit Bezug zu Polo Ondegardo« (393–406) bietet eine nützliche bibliographische Ergänzung.

Zuvor, im zweiten Einleitungskapitel (49–87), präsentiert Lamana eine postkolonial inspirierte

»alternative« Interpretation unter dem Titel »Pensamiento colonial crítico«. Er versucht, Ondegardos Werke als Grundlage einer in den 1560er Jahren entstehenden »kolonialen politischen Theorie« über die Anden zu lesen. Dabei bezieht sich Lamana jedoch nur auf den »Informe« (1561) und die »Razones« (1571). Dieses »politische Projekt« sei auf eine »Subalternisierung der Indigenen« gerichtet und habe einen zentralen Beitrag zum »rassischen Denken« geleistet; das Christentum sieht er dabei als die »wichtigste, den Kolonialismus stützende diskursive Formation«. Obwohl einzelne Ausführungen in ihrer provokativen Zuspitzung anregend sind, überzeugt Lamanas assoziative Argumentation insgesamt nicht. Zentrale analytische Kategorien wie »Rassismus« werden nicht problematisiert (56), während andere wie die Metapher der »Taxidermie«, d. h. Präparierung von Tieren, nicht einleuchten (61–62). Mit Hilfe dieses von Fatimah Tobing Rony über die Darstellung von »Anderen« in westlichen Filmen genutzten Konzepts interpretiert Lamana Ondegardos »politisches Projekt und seine ethnographische Basis«. Dieser habe »den« Indigenen eine unveränderliche, minderwertige »condición« zugeschrieben, mit der ihre Beherrschung als Untertanen der Krone legitimiert werden sollte. Zwar spricht lic. Polo häufig von »los indios« für die »breite Masse« der indigenen Bevölkerung. Diese Redeweise teilt er mit vielen Zeitgenossen, Chronisten (Cieza, Betanzos, Acosta) und Juristen (lic. Falcón, Matienzo), doch diesen Diskurs berücksichtigt Lamana nicht. Noch problematischer ist, dass Lamana ein »politisches Projekt« herauszuarbeiten versucht, ohne die juristische Prägung des Autors und seinen rechtlichen Referenzrahmen näher zu untersuchen. *Topoi* wie »niños« und »miserables« erwähnt er zwar, würdigt aber ihre rechtliche und religiöse Dimension als Schutzbedürftige (*menores, personae miserabiles*) nicht hinreichend (67). Ferner würde lic. Polo den *indios* die Fähigkeit zur Selbstregierung, zu politischem Denken, zu wirtschaftlicher Befähigung und zu Mobilität absprechen und sie dadurch »subalternisieren« und gar »orientalisieren« (69–72). Solche generalisie-

renden Behauptungen werden nicht durch ein »close reading« der Texte belegt, sondern eher evoziert. Ähnliches gilt für die angebliche »christlich-rassische Matrix«, die Ondegardos Denken grundiere (63).

An anderen Stellen und in anderen Texten, die Lamana nicht heranzieht, behandelt Ondegardo jedoch Inkaherrscher, Eliten und andere andine Ethnien differenzierter, als hier suggeriert wird. Wenngleich er zumeist in der Tat ein statisches Bild des Inkareichs vermittelt, kennt er auch Wandel und Mobilität. Hätte Lamana auch Taten des lic. Polo – wie im Untertitel des Buchs genannt – einbezogen, wären manche Behauptungen relativiert oder widerlegt worden. Die These beispielsweise, dass er den *indios* die Ausübung ihrer Freiheit verwehrte (63), wird durch seine Tätigkeit als *Corregidor* in Cuzco konterkariert, wo er in den von ihm gegründeten indigenen Dörfern je einen *alcalde de indios* einsetzte: ein Beispiel für indigene Selbstverwaltung. Am Ende seines Essays beklagt Lamana die Wirkung, die Ondegardos Texte in der Andinistik und der Ethnohistorie hatten (75–80). Er kritisiert vor allem John Murra, der Ondegardos Texte seit den 1950er Jahren doch erst wieder auf die Agenda gebracht hatte. Als Beispiel für die von lic. Polo und den ihm folgenden Forschern ausgeblendeten Aspekte nennt Lamana die Rolle der *caciques* in der Debatte um die Erbllichkeit der *encomiendas* (Goldwert, Lohmann Villena).

Lamana warnt zu Recht davor, die Texte Ondegardos als »objektive« ethnographische Berichte misszuverstehen. Dieser habe vielmehr aus pragmatischen Motiven agiert: um den indigenen Bevölkerungsrückgang zu stoppen und indigenen Tribut zu sichern. Unbestritten ist, dass lic. Polo als Repräsentant der spanischen Bürokratie ein kolonialer Akteur war. In welcher Hinsicht sein koloniales Denken ein »kritisches« war, wird nicht weiter erläutert (49, 52); der Begriff ist in diesem Zusammenhang anachronistisch. Insgesamt finden sich in Lamanas einleitenden Texten Ungenauigkeiten sowie zahlreiche orthographische und grammatische Fehler, die sich vielleicht einer Übersetzung oder fehlendem Lektorat verdanken.³

3 Nicht 1583 (16), sondern 1585 wurden das III. Konzil von Lima und seine »pastoralen Instrumente« veröffentlicht. Das Manuskript des »Informe« (1561) befindet sich nicht im AGI, Patronato 185, sondern 188

(139, korrekt aber 20). Neben Tippfehlern wie »Iforme« (21) und »parece« (statt: parecer) (44) sind Autorennamen falsch geschrieben: Ana María (statt Alicia) Alonso (37–38), Josayne (statt Josyane) Chinese (43–44), Pei-

no (statt Pino) Díaz (46), Hommi (statt Homi) Bhabha (52).

Im zweiten zu besprechenden Buch haben der Historiker Andrés Chirinos und die Linguistin Martha Zegarra 2013 drei Quellen Ondegardos unter dem Titel »Die Ordnung des Inka« ediert, die sie als *ein* zwischen 1561 und 1571 entstandenes Werk verstehen (7). Im Mittelpunkt (81–272) steht die auch von Lamana publizierte »Relación de los fundamentos acerca del notable daño que resulta de no guardar a los indios sus fueros« [1571], die nach dem ms. 2821 (BNM) transkribiert wurde. Parallel dazu wird synoptisch der undatierte und kürzere »Tratado de un cartapacio a manera de borrador que quedó en los papeles del lic. Polo de Ondegardo cerca del linaje de los ingas y cómo conquistaron« (BNM, ms. 3169) auf den geraden Seiten (90–198) abgedruckt. Dieser Text wurde bisher von der Forschung zumeist als unvollständige Kopie des ersten behandelt. Nun können verdienstvollerweise erstmals beide Versionen auf einen Blick gelesen werden. Allerdings lautet das erste, titelgebende Wort des Manuskripts (BNM, ms. 3169) nicht »tratado« (Traktat), sondern »traslado« (Abschrift), wie der Rezensent in Madrid hat überprüfen können – ein großer Unterschied.⁴ Dieser Lesefehler durchzieht das gesamte Buch. Lamana hatte in seine Edition den auch von ihm so genannten »tratado« (35) nicht aufgenommen, aber Varianten notiert. Als dritten Text edieren Chirinos und Zegarra unter neuem Titel den »Informe al licenciado Briviesca con las Respuestas a la Instrucción del Rey« [1561] (277–349).

Die Transkription der Manuskripte erscheint mit Ausnahme des genannten Fehlers sorgfältig zu sein. Während die Orthographie des dritten Textes beibehalten wurde, hat man die beiden anderen synoptisch präsentierten Quellen modernisiert (18–22) und so ihre Verständlichkeit wesentlich erhöht. Die Herausgeber geben in den Fußnoten knappe Erläuterungen und Varianten an. Auch die im Jahr zuvor erschienene Edition von Lamana, die aber in der Bibliographie fehlt, wird berücksichtigt. Die Absätze aller drei Texte sind durlaufend nummeriert, was das Auffinden der im Index (351–394) angeführten Textstellen erleichtert.

In der von Chirinos allein verfassten Einleitung nennt er bisherige Editionen und stellt philologi-

sche Charakteristika der Manuskripte vor (12–16). Danach weist der »Informe« (1561) kaum Fehler und keine Lücken auf; auch werden hier Quechua-Begriffe meist epochenspezifisch korrekt wiedergegeben. Die beiden anderen Quellen seien dagegen fehlerhafte Kopien. Chirinos vermutet, dass das Manuskript der »Relación« im Verhältnis zum »Traslado«-Manuskript die letzte und komplettere Version des Textes ist, dass beiden aber ein gemeinsames Original zugrunde liege. Besonderes Augenmerk richtet diese Edition auf die Quechua-Begriffe und die Schreibweise von Toponymen.

Chirinos versteht unter der »Ordnung des Inka« nur die wirtschaftlich-politische Organisation. Dass er die religiöse Ordnung des *Tabuantinsuyo* nicht berücksichtigt, führt zu einem verzerrten Bild dieses vormodernen Imperiums. Ohne die Leser in diese komplexe Materie einzuführen, wendet sich Chirinos sogleich den Gebieteinteilungen, ihrer Quechua-Begrifflichkeit und den damit verbundenen Tribut-Quoten zu. Ondegardo zeichne sich gegenüber anderen Chronisten durch zwei Erkenntnisse aus (25): (1) Die Organisation aller Orte im Reich korrespondiere mit der Einteilung Cuzcos; (2) Die Einteilung in vier Reichsteile (*suyos*) und Provinzen sei gemeinsam mit dem *Ceque*-System dafür genutzt worden, die proportionalen Zuteilungen von Arbeitsdiensten oder Tributen zu bestimmen. Nach einer kursorischen Behandlung der Quechua-Termini für die politischen Bezirke und ihrer spanischen Äquivalente (z. B. »hunu« für »provincia«) widmet sich der Herausgeber einer »Taguansuyo« genannten Kernregion um Cuzco (35–43). Die diversen Tribut-Arten erläutert der Herausgeber nicht, die Tribut-Verteilung inklusive Zähl- und Rechenweise von *Quipus* nur punktuell und auf Basis selektiver Literatur. Dies setzt sich bei der Behandlung der inkaischen Ordnung unter spanischer Herrschaft (1560–71) fort (49–55). Inwiefern die Vorschläge Ondegardos von Vizekönig Toledo umgesetzt wurden, wird schematisch beantwortet. Welche seiner Texte Grundlage für toledanische *ordenanzas* zu Bergbau, Kokahandel, *cacicazgo*, Tributsystem und Arbeitsdienst (*mita*) waren, wäre zu prüfen. Die Bibliographie (68–78) ist lückenhaft und nicht durchgehend aktuell. Viele Autoren sind jeweils

4 Vgl. auch FOSSA, LYDIA (2006), *Narrativas problemáticas. Los inkas bajo la pluma española*, Lima, 180–181.

mit nur einem Text, nicht immer dem einschlägigsten, genannt. Vor der Bibliographie sind sieben teils farbige Karten abgedruckt, welche die erwähnten Territorien – vom *Ceque*-System Cuzcos über mittlere Provinzen bis zum *Tahuantinsuyo* – unter Berücksichtigung der von Ondegardo genannten Orte abbilden.

Ingesamt lässt sich resümieren, dass beide besprochenen Werke philologisch verlässliche Editionen von Quellen Polo Ondegardos zur Verfügung stellen, die dank modernisierter Fassungen dazu einladen, das Werk dieses bedeutenden frühkolonialen Autors in den Anden wieder zu lesen. Während die Auswahl der sechs Texte bei Lamana ausgewogener ist, ermöglicht es die synoptische Präsentation bei Chirinos/Zegarra, erstmals zwei miteinander »verwandte« Kopien von Ondegardo-Texten parallel zu studieren. Trotz dieser zu begrüßenden editorischen Leistung vermö-

gen die Einführungstexte der jeweiligen Herausgeber nicht zu überzeugen. Auch nach Erscheinen dieser beiden Quelleneditionen darf man also weiterhin auf die von Fermín del Pino Díaz angekündigte Gesamtausgabe von Ondegardos Werken gespannt sein. In sie könnten weitere Quellen, auch solche aus Notariatsakten, Eingang finden.

Ein Desiderat, das man bei beiden rezensierten Werken vermisst, ist eine gründliche rechtshistorische Einordnung dieses juristischen Autors und Akteurs, der wie kein zweiter Ethnohistorie und Rechtsgeschichte der Anden im 16. Jahrhundert in einer Person verbindet.⁵ Ein solcher Beitrag könnte sich nicht zuletzt der Frage widmen, auf welche Weise Ondegardos in der Kolonialzeit zirkulierende Manuskripte auf die Herausbildung des *Derecho Indiano* wirkten.



Leticia Vita

¿Por qué hablar de Culturas Constitucionales? Nuevas perspectivas sobre las revoluciones atlánticas*

Este libro es el producto de una serie de reflexiones que tuvieron lugar en la ciudad de Münster en mayo de 2011 y que convocó a distintos especialistas en torno a las llamadas revoluciones del «mundo atlántico» y las ideas de representación y Constitución que en ellas circularon. El concepto que nucleó esta iniciativa fue el de «culturas constitucionales» y es también el eje que organiza las distintas contribuciones de esta obra.

¿Por qué hablar de culturas constitucionales? Este concepto parte de la idea de que existe una

dimensión simbólica que toda Constitución conlleva y que es necesario abordar para comprender cómo el orden político y las ideas que se inscriben en la Constitución son transmitidos. Más allá de algunos usos esporádicos, se trata éste de un concepto novedoso (21) que solo muy recientemente se ha comenzado a utilizar en el ámbito académico.

Precisamente por eso esta obra significa un importante aporte para la reflexión histórico jurídica e histórico cultural. A partir de distintas contribuciones se ejemplifica cómo es posible re-

5 Nur Hampe Martínez reißt in einem knappen Epilog (120–121) diese Perspektive an und verweist hier auf Renzo Honores Gonzales. Letzterer stellte dem Rezensenten freundlicherweise zwei einschlägige Aufsatz-Manuskripte zur Verfügung, die in Kürze erscheinen sollen: »Colonial

Legal Imagination: The Making and Creation of Customary Law in the Andes, 1550–1600« und »El licenciado Polo Ondegardo y el Derecho Consuetudinario en el Perú del siglo XVI«.

* HENSEL, SILKE, ULRIKE BOCK, KATRIN DIRCKSEN, HANS-ULRICH THAMER (eds.), *Constitutional Cultures. On the Concept and Representation of Constitutions in the Atlantic World*, Newcastle Upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing 2012, 485 p., ISBN 978-1-4438-4168-9

flexionar sobre diferentes aspectos de la simbología constitucional. Así es como la obra cumple con sus dos objetivos. El primero, el de explorar las similitudes y diferencias entre los procesos revolucionarios del mundo atlántico, advirtiendo sobre el error de caer en una mirada tan simplificada como frecuente acerca de la circulación de conceptos entre ambos lados: las ideas políticas y los conceptos constitucionales en América Latina no han sido una mera adopción de ideas y conceptos provenientes de Europa y Estados Unidos. «*Political ideas circulated in the Atlantic World; nevertheless, these ideas were applied and often not even understood in the same manner in the whole region*» (16). El proceso es mucho más complejo y no unidireccional y el concepto de culturas constitucionales permite dar cuenta de eso.

El segundo objetivo en el que esta obra se embarca es el de brindar a la historiografía actual un enfoque que permita un análisis diacrónico de los distintos mecanismos de legitimación y de integración que tienen lugar en los procesos constitucionales. El de cultura constitucional podría ser utilizado así como un «concepto puente» entre distintas épocas y culturas, y esto es también lo que las distintas contribuciones de la obra tratan de ejemplificar. Aunque, como sucede con muchas obras colectivas, no todos los trabajos lo logren con la misma profundidad.

El libro se compone de cuatro secciones. En la primera (*Constitutions in the Atlantic World*, 21–126) se presenta el concepto de cultura constitucional y se lo analiza en los casos de cuatro constituciones (USA, el Imperio español, México y Francia) que cobraron importancia durante la época de las revoluciones atlánticas. Aquí el trabajo de Hans Vörländer se propone definir la noción de cultura constitucional a partir de la utilización de un concepto que vincula los de Constitución y cultura: el de cultura política. Esta noción, que utilizaron por primera vez los politólogos norteamericanos Almond y Verba en 1989, permitiría identificar que la cultura es lo que hace que las instituciones y las prácticas sociales sean lo que son. Y aquí es donde cree el autor, el concepto de cultura constitucional hace una contribución al estudio constitucional, porque todas las constituciones tienen un «*cultural grounding*». Esto significa que además del texto constitucional, existe un contexto cultural que lo excede y que tiene que ver con su formulación, su interpretación y desarrollo. Asimismo, esto se comprobaría en el hecho

de que un mismo texto constitucional adquiere diferentes significados. Así, determinadas diferencias en la interpretación de conceptos constitucionales y principios pueden ser explicadas, hasta cierto punto, por las divergencias y las particularidades culturales.

En la misma sección, José Portillo analiza la Constitución de Cádiz de 1812 enfatizando el «carácter atlántico» de este texto pero al mismo tiempo destacando su perfil profundamente colonialista y racista. Jaime Rodríguez parte también de esta Constitución pero como clave de lectura de la Constitución mexicana de 1824, con la que encuentra importantes coincidencias. Klaus Deinert, por su parte, analiza la cultura constitucional francesa del siglo XIX a la luz de las consecuencias de la revolución de 1789 y finalmente, Andreas Biefang propone una mirada analítica sobre los cuatro trabajos que componen esta sección y propone algunos otros puntos para seguir analizando.

En la segunda sección el libro (*Celebrations of the Constitution*, 129–224) las contribuciones se abocan al análisis de las celebraciones de la Constitución y a partir de ello se analizan las culturas constitucionales en México y en Francia. Una de las cuestiones que estos trabajos demuestran es la de cómo estas festividades no sólo eran usadas para informar a la población acerca de un nuevo orden, sino, especialmente, para persuadirlos de su legitimidad y estabilidad. En esa línea se inscriben los trabajos de Katrin Dirksen, que analiza las festividades constitucionales en México desde la Constitución mexicana de 1824 a su restauración en 1846, el de Christina Schröer, sobre las fiestas de la Constitución en Francia de 1792 a 1799 y el de Armin Owzar, que analiza las celebraciones políticas en general y aquellas realizadas sobre la Constitución en Francia en particular, poniendo en cuestión su efectividad como medio de integración política en el caso de sociedades fuertemente fragmentadas. Finalmente, Hans-Ulrich Thamer comenta la sección enfocándose en la relación entre los viejos y los nuevos elementos en las celebraciones constitucionales demostrando que las viejas tradiciones no siempre se desvanecieron al aparecer otras nuevas.

Los trabajos de la tercera sección (*Representations of the Constitution and Constitutional Bodies*, 227–346) se concentran en el estudio de símbolos y representaciones de la Constitución en los Estados Unidos, los Estados alemanes y México. Vivian Green Fryd analiza los grabados y pinturas que

representan a la Constitución, la Justicia y la Libertad en el Capitolio de los Estados Unidos, Martin Knauer se concentra en el temprano constitucionalismo del sur de los estados alemanes y la relación entre los símbolos y la impronta monárquica de esos primeros textos, Sebastian Dorsch explora las representaciones detrás del Congreso de Michoacán, sus diputados y la peculiaridad de su cultura constitucional y Ulrike Bock se ocupa de la falta de un poder integrador en la Constitución mexicana de 1824. Finalmente, Annick Lemperiere, analiza en su comentario sobre la sección las similitudes y diferencias que aparecen entre los casos analizados.

Finalmente, la quinta sección (*The people as Sovereign: Elections*, 349–459) presenta una serie de ponencias sobre la cuestión de las elecciones y su significado simbólico. A partir del caso argentino, Marcela Ternavasio muestra cómo por mucho tiempo América Latina no fue considerada como una región envuelta en los procesos de las revoluciones atlánticas. Desde su perspectiva esto obedece al hecho de que el cambio revolucionario, a diferencia del caso norteamericano o europeo, no llevó a una consolidación democrática. Pese a este olvido de la academia la autora demuestra que en el Río de la Plata, aún antes de que se pudiera hablar de una verdadera democracia, el sufragio y la representación política tuvieron importancia. Malcom Crook se ocupa, por su parte, del caso de la cultura electoral en Francia entre 1814 y 1848 en el contexto de una monarquía constitucional. Silke Hensel analiza el significado simbólico de las elecciones durante el siglo XIX en México y Hedwig Richter se aboca a la cuestión de la registración para el voto en el caso norteamericano y sus consecuencias

excluyentes. Finalmente Ulrich Mücke nos recuerda en su comentario que la carga simbólica de las elecciones nos habla de la necesidad de diferenciar conceptualmente las ideas de elecciones y democracia.

La obra que reseñamos ofrece, en su conjunto, buenas razones para utilizar el concepto de culturas constitucionales. Como mínimo podemos destacar tres, que son especialmente de interés para los historiadores del derecho. El primero de ellos es el que destaca Andreas Biefang. Este concepto «libera» a la historia constitucional de la «prisión» del pensamiento jurídico y la integra en el contexto más amplio de la historia cultural. Las Constituciones pueden ser así analizadas como parte de prácticas sociales y culturales y no solamente como circumscripciones al fenómeno jurídico.

En segundo lugar, la noción de cultura constitucional permite ser utilizada como puente entre tiempos y culturas. Se trata de un concepto que puede viajar en tiempo y espacio para explicar tanto el orden como el cambio constitucional. En especial, se presenta como una noción particularmente productiva en los casos de crisis y caída constitucional.

Por último, y con especial relevancia para analizar el caso Latinoamericano, esta noción pone de manifiesto que la circulación de conceptos e ideas políticas no se da de una manera unidireccional, sino que es mediada simbólicamente. Los conceptos o las ideas políticas no se «trasplantan» de un país a otro, sino que son asumidos o rechazados por distintas culturas constitucionales.



Pamela Alejandra Cacciavillani

A labyrinth of dissimilar senses*

A labyrinth is an intentionally complex place having a special purpose: to confuse all those who want to enter it. An identical purpose was discovered by the author in the last constitutional reform in Mexico. Much like Dedalo revealed to Ariadna the secret of the labyrinth of Crete, Melgarito Rocha attempts to reveal the secret of this reform.

The study of an indigenous constitutional reform in contemporaneous times calls for a new form of analysis which has to go beyond the legal monism conception. Alma Guadalupe Melgarito Rocha, the author of the acclaimed *Legal Pluralism: The Hidden Reality*, considers that nowadays a critical attitude towards the legal system is necessary when it comes to understanding how different normative orders can coexist in a common territory. As the author well observes, despite the need for a review of the law, the steps forward have been scarce. This is one of the reasons why the work developed in this book is so significant, but perhaps the most relevant aspect of this research is the author's approach.

Melgarito Rocha's research on indigenous constitutional reform in Mexico in 2001 poses a legal discourse analysis from one multidisciplinary perspective by means of a thorough study of the second constitutional article connotations. For this reason, the author works from critical legal thinking, language philosophy and semiotic.

The book is structured in two parts. The first part, called «*Planteamiento Teórico. La crítica jurídica como análisis del discurso*», has two chapters and addresses legal critical thinking from a theoretical standpoint. Chapter one traces several currents of legal critical studies and then shares the author's conception about them. Specifically, Alma Melgar-

ito asserts that it is not possible to understand critical currents under a common title. Nevertheless, she has found a connection between these currents and their ability to unveil what is under normative structure. Beyond this connection common to different currents, the author adheres to the newest guidelines regarding the trends of the Alternative Law in a strict sense. From this perspective, it has been advocated the defense of systems that coexist with modern systems in the same territory. Legal Review Epistemological Approaches, Legal Review inspired on Neo Marxism, and Legal Semiology, are the result of the influence of authors such as Antonio Carlos Wolkmer, Oscar Correas, among others.

Second chapter lays the methodological and epistemological basis. Melgarito Rocha first defines science. She depicts it as a kind of discourse which works with an empirical method and it is more prestigious than non scientific knowledge. In her view, law is a prescriptive discourse. Therefore, the role of legal science is to analyze the linguistic form of the norms. In this sense, she makes a special emphasis on the importance of addressing «normative discourse» with an empirical method. This chapter continues with the treatment of certain theoretical concepts which are considered essential by the author.

One of these concepts is Language. In the author's view, language is a communicative tool but it also bears a special relationship with the ideology. She states that language is able to transmit, reproduce and legitimize ideology. According to Jurij Lotman, another special feature of Language is the ability to create models. In this sense, Melgarito Rocha regards language as the first

* ALMA GUADALUPE MELGARITO ROCHA, *Pluralismo Jurídico. Análisis crítico-semiológico de la relación estado – pueblos indígenas* (Derecho y Sociedad), Mexico, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades 2012, XV, 146 p., ISBN 978-607-02-3505-4

»standardizing system of the world«. Legal language is also a »standardizing system« since it works with deontic operators.

The book delves into the question: What is the Law? Melgarito Rocha concludes that it is a discourse aimed at modifying the individual's behavior by means of threat. She explains that the production of the Law is to be done by qualified officers, who have to serve according to a procedure and in an authorized sense. Here, we can see the difference between modern law and the community law. In the latter, we witness another form of violence, non physical, which has made it possible for the continuity of community life. In these non capitalist societies there is not a qualified group which produces the law because its genesis lies in the community.

In reference to legal text, Melgarito Rocha observes that there are norms and other kind of statements which do not order behavior: they establish meanings. They are essential in that they serve as ideological foundation of legal texts and, hence, contribute to the social acceptance of the legal discourse as obligatory ruling and eventually to the reproduction of the legal system. The author then digs into the concept of normative system. Alma Melgarito addresses the Theory of Law which explains the idea of systematization based on validity. From Kelsen's point of view, the concept of hypothetical norm enables the identification of a legal system. This represents the idea of acknowledgment of legal orders which is essential because they need to be accepted as obligatory. In this point, Oscar Correas's critical legal thinking is useful because it shows how different legal systems can regulate one sole territory.

The last section of this chapter depicts various theoretical notions which, according to the author, are mandatory if we are to analyze indigenous legal discourse. Melgarito Rocha illustrates the paradigm of legal monism by means of two characteristics: on the one hand, a State with power over a specific territory and, on the other hand, the monopoly of legal production. These concepts are not present in indigenous communities. Therefore, it is of vital importance to study these communities from a standpoint that considers the idea of coexistence of different legal orders in one territory. To address these two factors, the author presents Legal Pluralism as the most adequate way to do it. Finally, the idea of alternative normative is stated because it enables the separation of other laws

from the Mexican one. In addition to this explanation she remarks that the relationship between these two legal systems calls for pacts among equals.

The second part of the book, called »*Crítica jurídica como análisis del discurso. La reforma de 2001 al artículo segundo constitucional en materia indígena*«, comprises two chapters; the first of them describes the hypothesis of Melgarito Rocha's research: in the second article of Mexican constitution there is a labyrinth of dissimilar senses which can only be untangled by means of semiologic analysis. The author illustrates briefly on the context in which the constitution was passed, particularly as far as indigenous subjects are concerned. In her view, the reform consisted of general principles and rights with the sole purpose of imposing only one voice for both nation and indigenous communities. At the same time, the author infers a relation of domination from the Mexican state towards indigenous communities. She concludes that this statement of rights masks liberal ideology, and it is a strategy to spread capitalist law.

In the last chapter the author analyzes the ideological senses which are communicated from the second constitutional article. Before turning to this assignment the author suggests two categories of legal pluralism »trans capitalist« and »legal pluralism for global governance« as the appropriate theoretical approach to understand the position of indigenous law systems versus systems of capitalist societies. By analyzing the text in question, the author recognizes a relationship among the following semiologic systems, the legal monism, the daily life and the one related to the state and indigenous communities. Domination of the State towards the indigenous communities is the common factor among them. The peculiarity is that this ideology of domination is connoted. In this way, it becomes necessary to go beyond the denotative semiotic of inclusion latent in the Mexican nation as being unique and indivisible to observe that this connotes the domination of the communities.

The text reflects on an innovative point of view inspired from Marxism, anarchism and even psychoanalysis. The aim of the research is to be a theoretical and practice tool to analyze indigenous normative reforms. Accordingly, we can use this point of view to study other cases in Latin America.

The book has various positive traits, but it also has its down side too. Specifically, when the author explained the context of Mexican reform she omit-

ted the continental context »The new Latin American constitutionalism«. Additionally, the research leaves aside the study of some constitutional articles that directly or indirectly have a connection with the indigenous matter. Last but not least, the author highlights the limitations of this reform but ignores its positive aspects. The book is recommendable for those who want to question the

ideological sense of legal text which regulates indigenous or another minority group from a plural standpoint. Nevertheless, the theoretical analysis can be obvious for readers who have legal previous knowledge.



Roberto Gargarella

Explicando el constitucionalismo latinoamericano*

Por qué es que países con historias y trayectorias políticas similares, situados en la misma región, y a veces en épocas similares, llegan a promover reformas constitucionales tan diversas? Qué explica las similitudes y las diferencias que encontramos, dentro de la historia latinoamericana, en materia de creación constitucional? En *Making Constitutions. Presidents, Parties and Institutional Choice in Latin America*, el investigador argentino Gabriel Negretto ofrece un estudio comparativo capaz de explicar los orígenes de diseños constitucionales particulares, y por lo mismo, diseños institucionales que en ocasiones se parecen tanto, y en otras terminan resultando tan diversos. Su estudio se apoya en datos provenientes de la historia latinoamericana, desde el año 1900 y hasta la actualidad. Las herramientas que utiliza el autor para fundamentar sus conclusiones son diversas, incluyendo el análisis comparado, la historia, y una amplia base de datos colectada durante años.

Según nos dice el autor, algunas teorías del cambio institucional – provenientes sobre todo del campo económico y agrupadas en el libro como *teorías cooperativas* – sugieren que los reformadores tienden a perseguir objetivos cooperativos, cuando dan inicio a un proceso de cambio constitucional. Mientras tanto, otras teorías – más comunes en la ciencia política, conocidas como *teorías distributivas*

– consideran que los reformistas se encuentran motivados fundamental o exclusivamente a favorecer cambios que contribuyan al objetivo de ganar elecciones e influencia sobre el diseño de políticas públicas.

Confrontando a tales aproximaciones unidimensionales, Negretto propone una teoría sobre la elección constitucional de dos niveles. El autor parte de la naturaleza dual de las Constituciones, que incluye estructuras cooperativas y de poder. Dicho marco institucional – agrega – provee de incentivos para que se desarrollen iniciativas dirigidas tanto a asegurar la mayor eficiencia de la Constitución, como reformas sesgadas a favor del partido más poderoso. Según Negretto, dentro de dicho esquema complejo (que sirve tanto como mecanismo de coordinación como de mecanismo distributivo), una lógica dual de elección y diseño constitucional parece resultar más plausible como fuente explicativa de los cambios que se introducen en el texto. Así, frente a un proceso reformista, la elección de un particular diseño institucional estaría marcada tanto por consideraciones de eficiencia, como por pretensiones más directamente partidistas. La existencia de motivaciones de dos tipos muy diferentes – agrega el autor – no necesita terminar con la producción de textos constitucionales contradictorios, ya que ellas pueden – y suelen –

* NEGRETTO, GABRIEL L., *Making Constitutions. Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, XII, 283 p., ISBN 978-1-107-02652-0

orientarse sobre aspectos diferentes de la Constitución. Esto sería así, ya que los diferentes actores comparten el interés de construir una Constitución eficiente en lo que hace a la organización general de la misma, de modo tal de favorecer un orden político estable y que funcione. Al mismo tiempo, los intereses partidistas tienden a hacer que quienes tienen la oportunidad de influir en el diseño constitucional adopten instituciones que les aseguren ventajas particulares.

El mayor o menos impacto de las actitudes de cooperación o partidistas, dependen de diversos factores pero, en particular, nos dice Negretto, del evento particular que dispara el cambio constitucional. La presencia de las primeras – y así, de diseños institucionales marcados por consideraciones de eficiencia – tendería a primar cuando las elites políticas del caso promueven los cambios luego de un proceso de crisis que incluye, típicamente, demandas populares a favor de modificaciones estructurales. En tales condiciones, en donde prima la influencia de la performance pasada de un cierto régimen constitucional, resulta esperable que se promuevan arreglos institucionales diferentes de los que los actores hubieran alentado desde una posición de mayor hegemonía. Algo similar tiende a ocurrir en situaciones de mucha incertidumbre electoral, que también pueden impactar negativamente sobre los intereses partidistas más definidos, forzar el diseño de reformas más equitativos entre los diversos actores. Casos como el de Ecuador 1998 y Colombia 1991 ilustrarían la situación de una reforma guiada fundamentalmente por objetivos de eficiencia. Otras situaciones que se han dado en la historia latinoamericana, se distinguen en cambio por el mayor peso de los intereses partidistas y el poder relativo de los reformadores. En ellas, la reforma tiende a quedar marcada por la presencia del partido que cuenta con mayor poder relativo al momento de hacerse la reforma (partido que tiende a ser el que controla o que probablemente va a controlar la Presidencia de la Nación). Reformas como la de 1949, en la Argentina, muestran el dominio del partido del Presidente, y así también una menor necesidad de negociación de ese grupo político con las fuerzas de la oposición. El resultado se vincula entonces, esperablemente, con Constituciones modificadas bajo el impacto de intereses partidistas de más corto plazo.

En varios sentidos, el trabajo de Negretto es único: tanto por su objeto; como por la dimensión

y el detalle de la comparación que aborda; como por el foco, que se extiende a varios países de América Latina, en lugar de pretender generalizar a partir de unos pocos casos. Su carácter singular se deriva también de la excepcional combinación entre un cuidadoso examen cuantitativo, y un fino conocimiento de la historia legal de la región.

Dada su ambición, sin embargo, el estudio enfrenta riesgos significativos. El primero es el de proponer una aproximación que, por su peculiar dualidad, amenaza con convertirse en irrefutable: si el resultado de la reforma termina con un poder más concentrado, es que primaron los impulsos partidistas; si en cambio el poder se descentraliza, es porque no primaron, ganando espacio las tendencias a la cooperación. Cuándo es que podría decirse que la explicación no ha funcionado? Su estudio descansa, por otra parte, sobre supuestos que merecen ser precisados. Por caso, cuándo es que puede decirse que una reforma constitucional favorece al partido político dominante o de más peso? Y cuándo es que priman, en cambio, las tendencias a la cooperación? Piénsese, por ejemplo, en la reforma de la Argentina, de 1994. En dicho caso, podría decirse, el Presidente en ejercicio obtuvo lo que pretendía – el derecho de reelección – a cambio de reformas menores, que pretendieron «compensar» a la oposición. El ejemplo es revelador de los inconvenientes que afectan al análisis de Negretto. Para el autor, la reforma en cuestión es una reforma «híbrida». Sin embargo, ese juicio resulta de una evaluación problemática de los hechos en juego, derivada de una cierta desatención sobre la historia, y de una mirada más estática que dinámica sobre la práctica política. Ocurre que tanto la historia como la dinámica política muestran de qué modo los Ejecutivos poderosos en América Latina, en momentos que no son de crisis profunda, consiguen que sea su autoridad la que prevalezca (ya sea, gobernado por medio de decretos; pasando por encima de los límites que se le quieren imponer; o presionando sobre la justicia). De qué modo puede decirse, en contextos tales, que las ventajas obtenidas por el Ejecutivo (i.e., el derecho a la reelección) ha quedado compensado por cambios orientados en dirección aparentemente contraria (i.e., y como ocurriera en la Argentina, la introducción de un Consejo de la Magistratura, o de una Sindicatura General que al poco tiempo el Ejecutivo – y como era esperable – logra «torcer» a su favor)? La cuestión, en todo caso, exige de mayores precisiones conceptuales, y

de un análisis más sensible en términos históricos y dinámicos.

Las observaciones realizadas, de todos modos, de ningún modo cuestionan la importancia y el valor del trabajo de Negretto, que desde su publi-

cación representa un material de lectura necesario para cualquier estudio que quiera fijar su atención al constitucionalismo de América Latina.



Ulrich Jan Schröder

Verfassungsvoraussetzungen – rechtshistorisch betrachtet*

Der Begriff von den »Verfassungsvoraussetzungen« wurde von Herbert Krüger geprägt. Sie liegen in der »geistigen Grundlage« und einer »adäquaten Gestimmtheit, damit das [verfassungsrechtliche] Programm sich verwirklicht«. ¹ Hier bricht sich eine pathetische Sprechweise Bahn: In diesem Sinne geht es um die Grundlagen der Verfassung und in gewisser Weise um *mehr* als nur das, was Recht ist. Auf dieser rhetorischen Wellenlänge sendet das sog. Böckenförde-Diktum ² und mit dieser Konnotation hat sich die Vereinigung der Staatsrechtslehrer im Jahr 2008 einer »Erosion von Verfassungsvoraussetzungen« angenommen. ³ Daneben gibt es auch eine nüchtern-rechtsdogmatische Sprechweise, die zum Ausdruck bringt, dass eine Aussage keine verfassungsrechtliche Verbindlichkeit erreicht und insofern *weniger* ist als Recht. Unklar an der Begriffsbildung Verfassungsvoraussetzung ist bereits, ob es sich um dasjenige handelt, was von der Verfassung respektive dem Verfassungsgeber normativ vorausgesetzt wird (etwa die *teloi* von Normen), oder um dasjenige, was der Verfassung *de facto* vorausgesetzt wird. Letzteres wird bisweilen auch als »Verfassungserwartung« bezeichnet. In die pathetische Bedeutung könnte

nahezu alles eingelesen werden, auf dem die Verfassung aufruhet: der *status quo* zur Zeit der Verfassungsgebung, Wertesystem, kulturelle Wurzeln, anthropologische Grundkonstanten. Schon in diesem semantischen Spannungsfeld läuft der Begriff der Verfassungsvoraussetzung Gefahr, an Unterscheidungskraft zu verlieren. Darüber hinaus büßt er ungemein an Trennschärfe ein, wenn sogar die Akzeptanz des Rechts und der Regelungsgrund bzw. -gegenstand der Verfassung in den Begriff einbezogen werden. ⁴

Rechtshistorisch sind die Verfassungsvoraussetzungen in dreifacher Hinsicht relevant: Erstens mag man fragen, welche Bedeutung sie zu früheren Zeiten hatten und welche wissenschaftliche Behandlung sie seinerzeit erfuhren. Zweitens mögen die Voraussetzungen des Grundgesetzes gerade deswegen rechtlich relevant sein, weil sie eine historische Tiefendimension haben. Drittens schließlich gibt es ein historisch-kulturwissenschaftliches Interesse an den historischen Wurzeln verfassungsrechtlicher Normen auch dann, wenn jene für die Auslegung keine Rolle mehr spielen. Alle diese Spielarten rechtshistorischer Bezugnahme finden sich in dem Band »Verfassungsvoraussetzungen«,

* MICHAEL ANDERHEIDEN, RAINER KEIL, STEPHAN KIRSTE, JAN PHILIPP SCHAEFER (Hg.), Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, Tübingen: Mohr Siebeck 2013, 832 S., ISBN 978-3-16-152577-3

1 Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: Festschrift für Ulrich Scheuner, 1973, 285 (287).

2 ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Recht, Staat, Freiheit, 1991, 92 (112). Vgl. auch ULRICH JAN SCHRÖDER, Wovon der Staat lebt, in: JZ 2010, 869 (873 f.).

3 VVDStRL 68 (2009); die Berichtsgegenstände waren: Religiöse Freiheit als Gefahr?, Soziale Gleichheit – Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, Demografischer Wandel

und Generationengerechtigkeit, Erosion demokratischer Öffentlichkeit?

4 CHRISTOPH MÖLLERS, in: VVDStRL 68 (2009) 47 (51 f.) trennt Voraussetzung und »Sachverhalt«.

der Gedächtnisschrift für den 2010 verstorbenen Heidelberger Staatsrechtslehrer und Rechtsphilosophen Winfried Brugger. Hier wird nur auf die in diesem Zusammenhang interessierenden Beiträge eingegangen.

Christian Baldus fragt nach Verfassungsvoraussetzungen in Rom. Nachdem er den Verfassungsbegriff für Rom (Republik und Prinzipat) relativiert hat (keine »klar abgegrenzte Formalordnung, die außerrechtlichen Voraussetzungen gegenüber gestellt werden könnte«), geht er auf den »langen Schatten« Theodor Mommsens ein. Mommsen habe die komplexe politische Praxis in die Verfassung projiziert, die Wirklichkeit als Rechtsgebilde interpretiert und damit auch »Verfassungsvoraussetzungen« zu Unrecht als Verfassungsrecht verstanden. Als Voraussetzung lässt sich aber auch die gesamte Soziologie der Machtstabilisierung begreifen. Baldus folgt dieser Linie und fragt, inwieweit fachjuristische Leistungen geeignet waren, den Ruhm eines Magistratsbeamten, insbesondere den eines Prätors, und den *capital symbolique* (Pierre Bourdieu) seiner Familie zu mehren. Inwiefern die Fortbildung des Privatrechts durch den Prätor eine Funktionsbedingung der römischen Verfassung war, lässt Baldus angesichts des Forschungsstands offen.

Die mögliche historische Tiefendimension einer gegenwärtigen Verfassung lässt sich etwa im Fall der Religionsfreiheit ausloten, deren Ursprung im Nebel der Geschichte liegt: Ist sie ein Kind der Aufklärung – wobei innerhalb der Aufklärung wiederum christliche oder antireligiöse Strömungen verantwortlich sein können – oder ist Religionsfreiheit aus einem christlichen Verständnis heraus gewachsen (Georg Jellinek hat bekanntlich auf die Reformation verwiesen)? *Heiner Bielefeldt* irritiert diese Wahrnehmungsgewohnheit, indem er mit Moses Mendelssohn (1729–1786) an einen jüdischen Vordenker der Religionsfreiheit erinnert. Bielefeldt überlässt ausdrücklich den Fachhistorikern die Klärung der Frage, welche historischen Entwicklungen tatsächlich zur Ausbildung und Stärkung der Religionsfreiheit beigetragen haben. Er will die Vielfalt der »Wege zur Religionsfreiheit« aufzeigen, einen weiteren »Ursprungsmythos« hinzufügen und wendet sich damit gegen eine christliche oder antireligiöse Vereinnahmung der Religionsfreiheit. Ihre Geltung dürfe nicht an einen solchen Kontext gebunden werden. Dies sei mit dem »Universalismus der Menschenrechte systematisch unvereinbar«. Einerseits wird hier sichtbar,

dass nationale historisch-kulturelle Voraussetzungen dem Ideen-Transfer auf die Ebene des Völkerrechts mindestens hinderlich sein können. Andererseits wird eine Gegenstrategie in der Suche nach Multikausalität und ideengeschichtlicher Polyphonie gesucht. Das macht aber die den Fachhistorikern überlassene Frage nach der tatsächlichen Wirkungsgeschichte nicht entbehrlich. Und der Jurist muss erklären, warum es auf die *tatsächliche* Wurzel der Religionsfreiheit für deren heutiges Verständnis nicht ankommen soll.

Eine solche Loslösung der Verfassungsauslegung von den historischen Voraussetzungen der Verfassung trägt sich *prima facie* schlecht mit der »Geschichtlichkeit des Rechts«, die im »Antwortcharakter der Verfassung« zum Ausdruck kommt. *Paul Kirchhof* skizziert diese Auffassung Bruggers und fügt hinzu, dass die friedensstiftende Funktion einer Verfassung gerade auch dadurch wirksam wird, dass prekärer Streitstoff – wie die Frage nach der richtigen Religion – ausgeklammert bleibt. Staatliche Neutralität und Religionsfreiheit bilden damit zwar eine Antwort auf historisch gewachsene Konstellationen und Konflikte, doch liegt diese Antwort auf einer anderen, »ahistorischen« Ebene.

Symptomatisch für dieses Verhältnis des Verfassungsrechts zu seinen Voraussetzungen ist auch die Studie *Rainer Keils* über das Verhältnis von »Recht und demokratischer Tugend«. Den Ausführungen über die Bedeutung der Tugend bei Aristoteles, Machiavelli, Spinoza, Montesquieu, Jefferson und den Trennungsthesen von Hobbes und Kant folgen nur kurze Überlegungen zu aktuellen Nachwirkungen und Konsequenzen (etwa: Gesinnungsprüfungen seien kontraproduktiv). Am Grundgesetz scheinen ideologisch vorgefasste Ansichten über die Relevanz staatsbürgerlicher Gesinnung nur so abzurallen. In dieser Trennung des Rechts von der den Rechtsstaat tragenden Gesinnung liegt zunächst ein Rationalitätsgewinn. Es ist auch unrichtig, dass die staatsbürgerlichen Tugenden damit preisgegeben werden. Gerade in der »Ungezwungenheit« der positiven Einstellung der Bürger zu ihrem Gemeinwesen liegt das allergrößte Potential. Die von Keil nur angerissene Frage nach der Implementierung von »demokratischen Tugenden, bürgerschaftlichem Urteilsvermögen und Engagement« in das Bildungswesen ist daher auch von verfassungsrechtlichem Interesse.

Ein wichtiger Grund, warum das Verfassungsrecht nicht auf eine staatsbürgerliche Gesinnung

»hinarbeitet«, ist der einfache Umstand, dass sie bislang eine reichlich vorhandene Ressource war. Dies hat auch mit dem Zusammenhalt des Gemeinwesens zu tun. Dieser lag in Zeiten des Nationalstaats in der – in welcher Hinsicht auch immer bestehenden – »Homogenität« des Staatsvolks.⁵ In der pluralistischen, multikulturellen Gesellschaft fällt dieses Reservoir selbstverständlichen Einverständnisses weg, oder man muss neue Bezugsgrößen finden. *Rolf Grawert* untersucht Johann Gottfried Herders (1744–1803) Begriff der Nation auf dessen Bedeutung als einheitsstiftendes Band. Um die Einbindung der Nation in einen Staat sei es Herder vorrangig nicht zu tun gewesen. Eine Ordnungskraft (Grawert) sah er dennoch in ihr. Die »humanitär« verbundene Nation werde durch Sprache, Schrift und Geschichte zusammengehalten, sei aber mehr als nur eine Sprachnation. Aus dem Denken in Sprache folge der »National-Geist«. Doch sei die Nation nur eine »Variation der Menschheit«, der Kern der Nation (die Geselligkeit) läge in der Familie. Grawert sieht Herders Begriff der Nation als anschlussfähig für eine europäische Gemeinschaft. Die »Verfassungsvoraussetzung« Staat⁶ (Staatsvolk bzw. homogenes Staatsvolk) ist in dieser herderschen Lesart kein Souveränitätspanzer, der die anderen Nationalstaaten auf Abstand hält.

Die Befassung mit (historischen) Konzeptionen von Volk, Nation und Homogenität ist auch für die Auslegung des Grundgesetzes zweckmäßig, wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht annimmt, dass die Homogenität ein Element einer gegenüber der Europäischen Union integrationsfesten »Verfassungsidentität« sein soll.⁷ Es ist aber gerade wieder diese Verrechtlichung eigentlich nicht-normativer Voraussetzungen des Staatslebens, welche Anstoß erregt. Und so wäre es nicht ganz abwegig,

dem Gericht in Karlsruhe denselben Vorwurf zu machen, den die Geschichtswissenschaft gegenüber dem Staatsrecht Theodor Mommsens erhebt: Es ist nicht alles Recht, was für das Recht erheblich ist.

Die Kategorie der Verfassungsvoraussetzungen ist ein Sammelbecken. Der dogmatische Wert der Kategorie ist begrenzt. Der Verfassungsrechtler kommt nicht umhin, die konkreten Anknüpfungen im Grundgesetz ausfindig zu machen. Insbesondere die teleologische Verfassungsauslegung wird in kleiner Münze gegeben: Die Grundrechte werden, jedenfalls vom Bundesverfassungsgericht, einzeln und nicht vor dem Hintergrund einer Grundrechtstheorie auslegt; Staatsstrukturprinzipien wie der Rechtsstaat werden »summativ«, also in der Summe von Einzelregelungen, und nicht »integral« verstanden; die Kompetenzvorschriften – für Gesetzgebung und Verwaltung sowie die Finanzverfassung – sollen in erster Linie formales Recht sein. Die teleologische Verfassungsauslegung lebt gleichsam im Exil. Wenn aber doch einmal eine Verfassungsnorm – etwa das Demokratieprinzip in der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – integral, urwüchsig und staatsphilosophisch ausgedeutet wird, darf der Verfassungsrechtler nicht hilflos am Rande stehen. Über den möglichen Einfluss historischer Konzepte auf die gegenwärtigen Rechtsbegriffe muss er Rechenschaft ablegen können. Allerdings mag auch – wie im Fall der Religionsfreiheit – in Betracht zu ziehen sein, dass die Vielzahl möglicher historischer Herleitungen und Legitimationsstrategien eine historische Deutung gleichsam neutralisiert.

5 Zur Ideengeschichte ROLF GRAWERT, Homogenität, Identität, Souveränität. Positionen jurisdiktioneller Begriffsdogmatik, in: *Der Staat* (2012) 189 ff.

6 Vgl. H. KRÜGER (Fn. 1) 293 ff.

7 Vgl. BVerfGE 123, 267 (358 f.) – Vertrag von Lissabon; BVerfGE 89, 155

(186) – Vertrag von Maastricht, mit Hinweis auf Hermann Heller. Krit. ULRICH JAN SCHRÖDER, Staatlichkeit ist kein Schicksal. Der deutsche Staat zwischen Schicksals-, Werte- und Rechtsgemeinschaft, in: *Osnabrücker Jahrbuch Frieden und Wissenschaft* 19 (2012) 167 (169–171).

Carolyn Behrmann

Iconomus*

This study is not simply a book about legal emblems, but about the overall significance of a critical apprehension of the visible for the law. Dealing with the symbolic dimension as well as the imaginary representation of legality as part of the judicial process, Peter Goodrich surpasses well-known discussions about representational aspects, as for example studies such as *Representing Justice* (2010) by Judith Resnik and Dennis Curtis, responding also to a general growing interest in the visibility of the juridical sphere: »We may not be very conscious of the legal structure of the visible but we are increasingly aware of the visible structure of law.« (xxiii). As in numerous publications before, just to name one of his earlier studies entitled *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks* (1990), the author puts emphasis on forms of appearances and representations through which the public recognizes law as sovereign power. At the outset of the study he points to the present-day significance of the milieu of judicial proceedings that affects their perceived legitimacy and has influence on judgment, including for example courtroom architecture, *decorum* and the lawyer's robes. For Goodrich the emblem tradition of the 16th and 17th century proves the central role of lawyers in the structuring of vision and the visualization of power. The emblematic form and pictorial lexicon that legal thinkers like Andrea Alciato (1492–1550) had invented, constitute therefore the foundations of that structure reaching far beyond a mere humanist's pastime. It is the realm of prior images and emblematic patterns in legal training that comes into focus, the so called *obiter depicta*, meaning something incidentally seen on the way to decision, which has been perceived before as marginal or merely illustrative. Goodrich interprets them as images and figures of norm and law in texts as well as in the »embodiments and performances that influence advocacy and decision« (23). Images function as

mnemonics or »triggers« that engage with the theatre of legality prior to any actual annunciation of norm, rule, or judgement, which is wittily and wittingly paraphrased as: »The image puts us in the mood for law.«

By means of different examples from emblem books, primarily examples from Anglican legal culture between 1530 and 1700, Goodrich braces his topical approach in seven chapters thus depicting a coherent idea of the *iconomus*, the government of images. Each chapter circles around the fundamental question how the law sustains authority via the visual regime. After an introductory overview about legal emblems as »elements of law«, he passes over to the question of the representation of the sovereign, the lawgiver and lawgiving, further to the image of *Iustitia* and the blindfold as *aenigma iuris*, the question of *actio* and the missing hands of the judge. The two last chapters on »Visibilities« and »Virtual laws« draw away from individual case studies to generally explain the development of the emblem tradition, discerning a significant trajectory and increase of the normative function of the image in the 16th and 17th century.

There are a handful of iconic concepts central to the tripartite structure of the emblem that Goodrich is elaborating on throughout his study: one of them is the image as enigma or false truth. Emblem books developed from the tradition of the hieroglyphs or the *symbola heroica*, military and administrative insignia like devices and *impresa*, which needed to be recognized but not to be understood. According to Alciato, the picture is a »false truth,« it is not what it represents. As merely the figure of an absence, it has to be conceived as a *simulacrum*, an index and reference to an absent source that points to a greater verity (29). Goodrich distinguishes between the juristically recognized question of ambiguity and the aesthetically resonant domain of the plurality of meanings that

* PETER GOODRICH, *Legal Emblems and the Art of Law. Obiter Depicta as the Vision of Governance*, New York: Cambridge University Press 2013, XXVII, 281 p., 106 illustrations, ISBN 978-1-107-03599-7

enigmas entail – the exercise of the art of law would go far beyond that (33). This repeatedly discussed enigmatic quality of images can be compared with a classical approach to emblems as being conundrums which is connected to a symbol theory, as underlying the monumental handbook *Emblemata. Handbuch zur Sinnbildkunst* (1967), written by the German scholars Arthur Henkel and Albrecht Schöne. The picture is here interpreted as core of the emblem that is born from the tension between *motto* and *pictura*, which is sometimes explained in the *scriptio*, through which reality can be explained and interpreted. Also for Goodrich the picture represents the sign (as the natural sign) most directly and is prior to the other elements of the emblem. However, also in Goodrich's interpretation of the legal emblem exists the idea of an a-temporal dimension of images. Unlike Henkel and Schöne his accurate study of emblem treatises of a restricted period might be less running the risk of arguing a-historically.

Among the art historical references, as e.g. to Horst Bredekamp's interpretation of the frontispiece of Thomas Hobbes *Leviathan* (115–122), Goodrich refers in his discussion of the sovereign's portrait to concepts of the »anachronic image«, following hereby recent works by Georges Didi-Huberman, Christopher Wood and Alexander Nagel. Accordingly images exist outside of temporality, referring to other images and series of representations: »Images substitute for each other, continue and mutate according to a law of continuity, of symbolic reference and repetition that has its own valence and value.« (34). The image is compared to a body that »opens up to a multitude of laws«. Among these references to concepts that are directed towards the visual, the reader misses a more thorough consideration and recognition of iconological methods, devised foremost by Aby M. Warburg, Fritz Saxl, Erwin Panofsky, Julius Schlosser, Ernst Gombrich just to name a few, and later most prominently by Michael Baxandall, that encompass the idea of a cross-epochal and anachronic efficacy of images in general which is today intensively disputed, as for example the idea of the »lives« of images (e.g. W. J. T. Mitchell).

However, apart from this blind spot Goodrich's exploration in the significant layers of a broader »visiocracy of justice« is a fascinating encounter between legal ideas and images, prioritizing the latter. Overall he proves an erudite and attentive iconological reading of emblematic images of

sovereignty and law-making that are interwoven with the history of political thought. In his discussion of Antoine Lafréry's portrait of Bartolus de Sassoferrato of 1566, that shows the illustrious humanist and jurisconsult of the 14th century with downcast eyes, he points to a crucial paradox of the relation between visibility and legal judgment. Sassoferrato's famous treatise *Tractatus de insignis et armis* (1358) tackles the legal aspects of heraldry and teaches the lawyer to understand public signs as coats of arms, banners, flags or devices. Curiously, as Goodrich points out, Lafréry's portrait shows Sassoferrato with downcast eyes, in contradiction to his attentive reading of the visible world, the *ius imaginum*. According to Goodrich these closed eyes express emblematically, similar to the blindfolded allegory of justice, the lawgiver's caution of all appearances, and the need of pronouncing judgment with downcast eyes.

The legal emblem tradition from which Goodrich takes numerous examples explaining them congruent to his central argument about the power of *obiter depicta*, points to the lawyer's need of learning how to see and make sense of the visible external world. The author offers multi-layered perspectives on the juristic perception of reality and relationship between persons, things and actions and follows a political theology of the image that is inherited and manipulated in law. Lawyers are trained to apprehend the social and the personal by way of structures, via the long-term schemata of ordering devices, the symbolic unities, and trans-temporal transmission of *personae* and norms which is according to Goodrich based on Roman Law's classical tripartite division between person, things and actions (207). Vision is therefore mediated, constructed and constrained and especially the complex emblematic medium is meant to convey norms in images and words. Emblems stage law as dramatic intervention, and turn the legal text into vivid action. Legal meaning emerges in the multiple meanings, conjunction of opposites and juxtaposition of images and words (213). Goodrich points to an important analogy of the emblematic structure and the Trinitarian schema of persons, things and actions: the picture is the person (*imago*), the motto is a thing (*res* or *maiestas*), and the verse is to be understood as the embodiment of the action (245). For Goodrich the emblem embodies the paradox of body and soul, mimicking the Christian doctrine of the »impossible unity« of words and pictures and being

static representations of action, or silent expressions of speech.

This book is a veritable treasure chest for all scholars who set about to unravel the visual regimes of the law. This review cannot do justice to the broad and sophisticated approach that every single chapter contains. Touching upon so different fields of legal images, emblem studies and iconology, Goodrich is also motivating further discussions about these topoi and excites in broader terms a critical apprehension of images in law, that might be in part already done in one of his upcoming volumes on *Genealogies of Vision* edited

together with Valérie Hayaert, one of the few experts in the legal emblem tradition. However, this is also what the author might have had in mind when he wrote the last passage of his book: perceiving the image in general as »a living being«, means that it has to be actively opened up and unveiled through the viewer bringing it to life. This metaphor forms literally a suitable opening, a proper *envoi* for future studies on legal visiocentric regimes to come.



Michael Stolleis

Die Rückseite der Malerei ist die Vorderseite des Staates*

Von Inter- und Transdisziplinarität wurde und wird viel gesprochen. Die oft karikierte »Antragslyrik« zur Gewinnung von Drittmitteln lebt davon. Eine wirkliche Durchdringung verschiedener Fächer findet dagegen nur selten statt, und zwar nicht nur aus Trägheit oder mangelnder Kompetenz. Spezialisierung und entsprechende Blickverengung, Fachsprachen, unterschiedliche Arbeitsziele und -bedingungen machen den Blick über den Tellerrand tatsächlich schwer. Aber gelegentlich gelingt doch etwas. Der Öffentlichrechtler Erk Volkmar Heyen, Emeritus der Universität Greifswald, hatte sich vorgenommen, die europäische Malerei daraufhin zu mustern, ob sich in ihr Motive finden, die sich auf gute und schlechte Politik, weltlichen und religiösen Staat, Verwaltung, Städte, Freiheit und Zwang, Wohlfahrt und Fürsorge, Juristen und anderes Staatspersonal beziehen, kurzum auf alles, was ein Gemeinwesen oder einen Staat ausmacht. Er hat dies, wenn auch mit vielen dankbar genannten Helfern, im Allein-

gang realisiert und auf diese Weise Interdisziplinarität wirklich praktiziert.

Sein Ausgangspunkt ist nicht die europäische Malerei in ihren historisch erfassbaren Stilstufen samt der sie umgebenden Lebenswelt. So würden Kunsthistoriker vorgehen. Vielmehr entwirft er ein Schema öffentlicher Herrschaft, dem er Bilder des Mittelalters, vor allem aber der Neuzeit zuordnet. Insofern bleibt er Staats- und Verwaltungsrechtler, der sich in ungewöhnlichem Umfang den Bildern selbst und der sie interpretierenden Kunstgeschichte öffnet. Daraus ist ein Text- und Bildband entstanden, wie man ihn noch nie gesehen hat. Viele bekannte, noch mehr aber unbekannte Bilder tauchen in einem Reflexionszusammenhang auf, den man nicht vermutet oder öfter auch zugunsten der rein künstlerischen Perspektive einfach verdrängt hatte. Insofern kann ein roter Faden für das Ganze nur nützlich sein. Er findet sich immer dort, wo Heyen zeigt, dass Kunst auf die stets politisch gestaltete Lebenswelt reagiert, selbst politisch ist,

* ERK VOLKMAR HEYEN, *Verwaltete Welten. Mensch, Gemeinwesen und Amt in der europäischen Malerei*, Berlin: Akademie-Verlag 2013, VIII, 313 S., ISBN 978-3-05-006380-5

aber sich auch über öffentliche Aufträge in Politik einbinden lässt. Die verwalteten Welten bringen Kunst ebenso hervor, wie Kunst sie kommentierend verdichtet und gestaltet. Dieses Buch betrachtet also Kunst im Kontext, primär aber verwaltete Welten durch das Medium der Kunst. Heyen führt in dieser Weise den Leser als Cicerone auf einem Gang durch eine »Galerie politisch-administrativer Malerei« (280).

Er beginnt mit Städte- und Industriebildern, mit »Räumen«, ihren Mauern und dem fernen »Horizont« und geht auf das Ämterwesen und die religiöse Orientierung ein (Kap. 1 »Einheit und Gefüge«). Es folgen diejenigen Bilder, die sich dem Etikett »Staatsziele« zuordnen lassen, also Bilder zur Ethik öffentlichen Handelns, die normativ auf »Wohlfahrt« gerichtet ist, aber auch das Jenseits einschließt oder der Repräsentation von Herrschern, Ratsherren, Beamten oder Wissenschaftlern dient (Kap. 2 »Orientierung«). Es sind Bilder ganz unterschiedlicher Tendenz, die etwa als Erinnerung, Mahnung, Zukunftsentwurf oder Leistungsbilanz, aber auch als Satire gelesen werden können. Andere Werke wiederum, in Kap. 3 (»Wohlfahrt«) unter den Stichworten Wirtschaft und Arbeit, Sicherheit und Freiheit, Soziale Fürsorge und »Primarschule« versammelt, zeigen Industrie und Arbeiterbewegung, den Protest gegen reiche Landbesitzer oder die Illustration von Utopien, aber auch die präventive und repressive Tätigkeit der Polizei. Dazu gehören die Opfer des NS-Staates, aber auch, als groteskes Beispiel, das um 1978 entstandene Bild des Norwegers Odd Nerdrum »Der Mord an Andreas Baader« im Stil einer Kreuzabnahme von Caravaggio. Eher beschauliche Werke sozialen Engagements für Waisen, Arme und Alte schließen dieses Kapitel ab.

Anspruchsvolle Kunst ist vieldeutig. Insofern haftet der Zuordnung der Bilder auch eine gewisse Willkür an. Dass der Besucher der Galerie, der dem Cicerone getreulich folgt, den roten Faden gelegentlich verliert, liegt nicht nur an der oft mit Bedeutungsschwere beladenen Sprache, sondern auch am anarchistischen Grundelement von Kunst, das sich notwendig strenger Systematisierung sperrt. So erscheint das Thema Landnahme sowohl unter »Wirtschaft und Arbeit« als auch in der Abteilung »Raum«, die Bilder zu Bodenbestellung, Straßenbau, Urbanisierung, Verkehr und Verwaltungsgebäuden vereint. Es sind »Wälder und Felder, Flüsse und Kanäle, Wege und Gleise, Deiche und Staudämme, aber auch Burgen,

Schlösser, Ratssäle, Polizeiwachen, Postschalter und Bahnhöfe« (187). Diese Bilder lassen sich nicht zu einem fugenlosen Konzept zusammensetzen, es sind eben thematische Gruppen in einem imaginären Museum. Was sie trennt, ist der jeweilige historische Kontext und die verschiedenen Deutungsmöglichkeiten im Betrachter selbst. Was sie jedoch verbindet, ist der Bezug zur öffentlichen Ordnung. Diese wiederum ist ein Konglomerat von Normen, Gebäuden wie Paläste, Bürgermeisterämter oder Zollstationen, Fahrzeugen, Waffen, Landmarken, vor allem aber von Menschen voller Geschichte und Überzeugungen (Kap. 5 »Mensch und Amt«). Heyen zeigt hier bildhafte Rangerhöhung von Staatsmännern, aber auch biedermeierliche Figuren, Bahnwärter, Steuereinnahmer, ein Papstbild (Francis Bacon), bestechliche und kopflose Beamte neben dem anklagenden Bild eines vom Berufsverbot betroffenen Kunsterziehers (Jürgen Waller, 1976).

Heyens Museum der politisch-administrativen Malerei zeigt die Strukturen der Macht, ihre Gebäude und Mittel, die in ihnen sitzenden Menschen, die den ihnen unterworfenen Menschen zum Verwechseln ähnlich sehen. Wir sehen wartende, schuftende, leidende Menschen, aber auch stolze Repräsentanten der Macht, deren Bilder in der Häufung besonders konventionell wirken. In der Moderne dominieren die Entfremdung der Arbeitswelt, die Leere der Räume, die Zerstörung der Natur und die Schrecken des Krieges oder diktatorischer Regime. Der Gang durch dieses Museum lohnt schon wegen der vielen Entdeckungen unbekannter Werke, aber wichtiger ist die hier eingenommene Perspektive: Die *consecutio temporum* der Kunstgeschichte ist durchbrochen, das thematisch Zusammengehörige steht nebeneinander, verwandt und fremd zugleich. So kann man sich etwa die Ölgemälde der Bundeskanzler gut zusammen mit denen früherer Herrscher vorstellen, Kriegsbilder von Callot oder Goya neben denen unserer Weltkriege, niederländische Landstraßen des 17. Jahrhunderts neben heutigen Autobahnen. Das vorliegende Buch ist der Katalog zum Museum, reich an Quellen-, Literatur- und Abbildungsnachweisen, versehen mit einem Text des Verfassers, der eindringlich zeigt, dass die klassische Kunstgeschichte auch eine diachrone und keineswegs festliche Rückseite von Mensch, Gemeinwesen und Amt hat.



Christoph H. F. Meyer

Mittelalterliche Gerichtsbarkeit – im Zeichen der Sakralität und des Vergleichs?*

Seit mehr als einem Jahrzehnt ist die Religion für historische Disziplinen (wieder) ein attraktives Thema. Das gilt auch für die Rechtsgeschichte. Gegenüber traditionellen Fragestellungen etwa der Kanonistik fällt der veränderte Blickwinkel ins Auge. Es geht nicht mehr um eine christliche Binnenperspektive, sondern um Religion(en) in einem weiteren rechtlichen Kontext. Damit verbunden ist oft eine vergleichende Betrachtungsweise, die sich mit der Tendenz, die europäische Rechtsentwicklung verstärkt in transkontinentalen oder gar globalen Zusammenhängen zu sehen, berührt. Auch wenn sich Chancen und Risiken der neuen Zugänge gegenwärtig noch nicht genau abschätzen lassen, liegt es doch nahe, sie an klassischen Themen zu erproben.

Das vorliegende Werk ist auch solchen Gegenständen gewidmet. Sein Autor Robert Jacob beschäftigt sich seit den 1980er Jahren mit Fragen der mittelalterlichen Rechtsgeschichte insbesondere von Gerichtsbarkeit und Verfahren. Das Buch umfasst abgesehen von einer kurzen Einführung (»Ouverture«, 7–16), die vor allem über den Inhalt informiert, und einem Ausblick (»Perspective«, 497–503) neun Kapitel, die sich um drei bzw. vier große Themenkomplexe gruppieren. – Den Ausgangspunkt bilden die Gottesurteile oder Ordalien. Den Verfasser interessiert an dieser markanten Erscheinung des früh- und hochmittelalterlichen Rechtsgangs zum einen die Verbindung von Sakralität und Prozess, zum anderen dient sie ihm als Hintergrund, vor dem sich wichtige Entwicklungen seit dem 12. bzw. 13. Jahrhundert erschließen, als die Ordalien unter dem Einfluss der Kirche zurückgedrängt wurden und sich auf dem Kontinent ebenso wie in England neue Formen des Verfahrens vor Gericht herausbildeten. In einem ersten allgemeinen Abschnitt (»Les ordalies: anthropologie et histoire«, 17–108) wird das Phänomen aus rechtshistorischer, anthropologischer und

vergleichender Perspektive näher beleuchtet. Die beiden folgenden Kapitel bieten vertiefende Untersuchungen zu diesem Thema. Zunächst geht es um die Gottesurteile in der Bibel (»La promesse du jugement de Dieu«, 109–130), danach um ihre Geschichte im Früh- und Hochmittelalter (»Des royaumes de justice«, 131–200). Jacob deutet diese als Konstruktion einer neuen, christlichen Form des Ordals, deren Ursprünge im Zusammenwirken einer auf religiöse Legitimation bedachten weltlichen Macht und der Kirche liegen sollen.

Mit dem vierten Kapitel (»L'acte de juger dans l'histoire des mots«, 201–247) nähert sich der Verfasser dem zweiten großen Themenkomplex des Buches, wenn er nach Gebrauch und Semantik zentraler Termini (z. B. *iudicium*, *jugement*, *juise*) fragt, die Aufschluss über Umbrüche im Verständnis dessen geben, was im 12. und 13. Jahrhundert ein Urteil ausmachte. Nun geht es um die in diesen Zeitraum fallende grundlegende Verwandlung des Verfahrens vor Gericht, das nicht mehr durch die Vorstellung einer göttlichen Gerechtigkeit und Präsenz Gottes, sondern durch die Sakralität des menschlichen Richters geprägt war. Zunächst (»Le serment des juges ou l'invention de la conscience judiciaire«, 249–276) geht der Verfasser näher auf den Richtereid insbesondere mit Blick auf die Jury im frühen Common Law ein, im folgenden Kapitel (»Le pape, l'enquête et la vérité«, 277–307) auf die Entwicklung des kanonischen Prozesses im 12. Jahrhundert. Im siebten Kapitel (»La formation de la déontologie judiciaire«, 309–332) betrachtet er dann das Bild des Richters und seine Pflichten vornehmlich im 13.–14. Jahrhundert.

Nach dem Blick auf Gottesurteile und hochmittelalterliches Prozessrecht tritt Jacob in einem dritten großen Schritt (»Juger sous le ciel. Allers et retours d'Occident en Chine«, 333–408) aus dem vertrauten Kreis der westlichen Rechtskultur heraus und setzt zu einem Vergleich okzidentaler

* ROBERT JACOB, *La grâce des juges. L'institution judiciaire et le sacré en Occident*, Paris: Presses Universitaires de France 2014, 515 S., ISBN 978-2-13-063058-6

und chinesischer Rechtsentwicklungen an. Dieser beleuchtet einerseits unterschiedliche Baupläne von Staatlichkeit im Westen und im Osten – hier ein Staat der Gerichte und der Rechtsprechung, dort ein solcher der Ordnung und Harmonie –, andererseits divergierende Vorstellungen über die transzendenten Grundlagen des Rechts und die sich daraus ergebenden unterschiedlichen Funktionen des Richters, des Prozesses und der Ordalien. Im neunten und letzten Kapitel (*«La grâce des juges»*, 409–495) schlägt der Verfasser den Bogen zurück zum Ausgangspunkt des Buches, wenn er sich mit dem Einfluss der Sakramente, ihrer Theologie und liturgischen Praxis auf den Prozess vor allem zwischen Spätantike und 13. Jahrhundert befasst. Darauf folgt ein Ausblick (497–503), in dem Jacob mit Blick auf die chinesische Rechtskultur, das Common Law und die römisch-kanonische Tradition Kontinentaleuropas über den Einfluss der Religion auf das (Prozess)Recht, die Rolle des Richters und seine »Wahrheit« reflektiert. Ein Namenregister (505–510) und ein kurzes Verzeichnis von Abkürzungen und Kurztiteln zentraler Werke (511–512) beschließen das Werk.

»La grâce des juges« beruht zum Teil auf älteren Studien des Verfassers, die dieser großenteils überarbeitet hat. Was neu und was schon vorher publiziert worden ist, erfährt der Leser nur vereinzelt (z. B. 9 Anm. 1) und kann es anhand des Werkes auch nicht ohne Weiteres herausfinden, weil ihm weder eine umfassende Bibliographie noch ein Sachregister geboten werden. Wenn es sich bei dem Buch weder um eine Aufsatzsammlung im engeren Sinne noch um eine klassische Monographie handelt, dann erklärt sich dies wohl nicht zuletzt aus Entstehungsanstößen von außen. Jacob selbst weist auf das besondere chinesische Interesse an seinen Arbeiten hin (9 f.), das ihn zu einer Fortentwicklung seiner Theorien und zu einer verstärkten Beschäftigung mit der ostasiatischen Rechtsgeschichte veranlasst hat.

Es fällt nicht leicht, den Eindruck, den das Buch vermittelt, auf einen Punkt oder eine bewertende Formel zu bringen. Das liegt nicht nur an dem heterogenen Charakter des Werks, dessen Kapitel zum Teil nur lose miteinander verbunden sind. Die behandelten Themen könnten Gegenstand gleich mehrerer Monographien sein und führen mitunter in Bereiche wie die chinesische Rechts-

geschichte, die weder dem Verfasser noch dem Rezensenten durch eigene Forschungen vertraut sind. Gerade hier liegt aber auch ein besonderer Reiz: in der Betrachtung des Fremden (z. B. Chinas) und der sich daraus ergebenden neuen Wahrnehmung altbekannter Phänomene der okzidentalen Rechtsgeschichte. Ein solcher vergleichender Blick auf die europäische und außereuropäische Rechtsgeschichte setzt oft schon aus sprachlichen Gründen ein Arbeiten jenseits der Quellen und damit eine Abhängigkeit von der Literatur voraus, die problematisch und zugleich unvermeidlich sind.

Stärker als dieses Dilemma fordern manche Schwächen in Jacobs Darstellung zur Kritik heraus. Dazu zählt etwa eine recht frankozentrische Wahrnehmung mancher Themen der europäischen Rechtsgeschichte und vor allem der Sekundärliteratur. Zudem neigt der Verfasser, gerade wenn er ihm weniger vertraute Gegenstände behandelt (z. B. in Kapitel VIII), zu einer abstrakten Betrachtungsweise, die leicht in ein Rasonieren oder Philosophieren über »das große Ganze« abgleiten kann. Deutlich schwerer als solche eher formalen Punkte wiegen jedoch die inhaltlich-konzeptionellen Defizite. Wenn »La grâce des juges« mehr als bloß eine Sammlung von Einzelstudien sein sollte, dann wäre ausgehend vom Untertitel des Werks nicht nur nach den Begriffen der Gerichtsbarkeit und des Okzidents, sondern vor allem nach dem des Sakralen bzw. der Sakralität (*«sacré»*) zu fragen gewesen. Was bedeutet Sakralität mit Blick auf das Recht, das christliche Mittelalter und das vormoderne China? Inwiefern läßt sich das eine mit dem anderen überhaupt vergleichen, und wo liegt der analytische Gewinn? Jacob bleibt eine Antwort auf diese und ähnliche Fragen schuldig.

Dass sie nicht gestellt werden, verweist auch auf theoretische und methodische Defizite der eingangs erwähnten neuen Forschungsrichtungen. Die Suche nach einem begrifflichen Instrumentarium, das dem vielschichtigen Verhältnis von Recht und Religion nicht nur in historischer, sondern auch in transkontinental-vergleichender Hinsicht gerecht wird, hat gerade erst begonnen. Auch das zeigt das vorliegende Buch.



Mario Ascheri

Processo romanico-canonico: una ›eccellenza‹ attraverso il tempo?*

1. L'analisi inizia con un esame delle fonti e dell'organizzazione giudiziaria e del personale giudiziario (cap. 1, 9–36): i giudici nella loro variegata tipologia, complicata soprattutto dall'esperienza canonistica in forte espansione nei secoli XIII–XIV, la loro ricusazione (molto delicata), i loro collaboratori (*auditor* o *assessor*), le parti litiganti con i loro avvocati e procuratori. Il capitolo 2 (37–57) illustra il ritmo della procedura, dall'*ordo cognitionum* all'ipotesi di *peremptio instantiae* e alle *dilationes*, con giusta attenzione ai *fatalia* per l'appello e per i *substantialia iudicii*, fondamentali per il futuro *due process* e per delineare, in negativo, le possibili forme di processo sommario, fino all'*officium iudicis* – i poteri con cui egli poteva movimentare il processo al di là della generale ›disponibilità‹ del processo rimesso all'iniziativa delle parti.

Il capitolo 3 (59–108) copre le attività anteriori alla contestazione della lite – momento centrale del processo. Si illustrano i *praeparatoria iudicii* (con possibile *prorogatio fori*) e le possibilità di *denunciatio evangelica* ed *appellatio extraiudicialis*, giustamente richiamate per quanto marginali concretamente, e l'attenzione si concentra com'è ovvio sulla citazione e la successiva contumacia o *confessio* del convenuto.

Il rapporto tra *libellus* (per le eccezioni specie in Italia, 50 nota 81) anche *articulatus*, e *actio* nei suoi 5 significati da un lato e le varie ipotesi di *exceptiones*, oltre alla prospettazione della *compensatio* o della *reconventio*, sono trattati con attenzione, ma la parte più sostanziosa della trattazione, com'era da attendersi, rispecchia la sostanza del processo, dalla *litis contestatio* alla sentenza conclusiva (cap. 4, 109–191). Ecco quindi gli effetti della *litis contestatio*, i vari giuramenti (di calunnia, verità e malizia), *satisfactiones*, *positiones* (non usate in *Anglia*,

118) *responsiones* con relativi mezzi di prova: testimonianza e documento hanno il ruolo centrale prevedibile. La delicata *publicatio* delle testimonianze, che comunicava i risultati degli incontri di solito svolti (almeno in Italia) da notai, la *instrumenti editio* e le *praesumptiones* hanno adeguato spazio, come i rimedi finali del giuramento decisorio richiesto dal giudice o dalla parte.

I capitoli finali si concentrano l'uno (5, 193–210) sulla sentenza, requisiti e costi, la *res iudicata* e i suoi confini; l'altro (6, 211–220) sul processo sommario, con giusto spazio non solo alla costituzione *Ad reprimendum*, ma soprattutto alla ›clementina‹ *Saepe* (testo a 217 s.).

Il capitolo conclusivo (221–228) sul tema fondamentale della divisione dei compiti tra giudice e parti ribadisce la centralità (v. anche 45) dell'iniziativa di parte (concretamente, del procuratore: compare anche *dominus litis*), non oscura i possibili profili attivi dell'*officium iudicis* (*nullum officium residet in parte*, Bartolo, 55 nota 108) e fa riflettere sulla sempre deprecata lentezza delle procedure dando esempi sia di celerità che di dilatazione accettabile (226 s.), tenuto conto dell'eterno dilemma sull'alternativa tra ricerca della verità (fino a che punto i *substantialia* non l'ostacolano? Bartolo: sono di diritto civile o di diritto naturale?) e definizione conclusiva di una vertenza.

2. Come si vede, si presentano in modo ordinato scansioni e modalità di svolgimento del processo noto come processo romano-canonico, quello formatosi sulla base delle fonti giustiniane, di alcune tradizioni successive e delle novità imposte dal diritto canonico. Esso prevale in Europa, in tempi e modi diversi nei vari Paesi, da fine XII secolo (*Compilatio* I del diritto canonico e con Pillio dopo un Giovanni Bassiano) – XIII secolo

* NÖRR, KNUT WOLFGANG, Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus, Heidelberg: Springer 2012 (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Abteilung Rechtswissenschaft), xviii, 241 S., ISBN 978-3-642-23482-8

(Decretali di Gregorio IX e di Bonifacio VIII ma anche di tanti giuristi) – inizio secolo XIV (grazie alle *Clementinae* e a Giovanni d'Andrea e Bartolo) fino al delinearsi del nuovo processo introdotto dalle riforme dei principi influenzate dal diritto naturale nei secoli XVIII–XIX. È il processo che l'Autore preferisce chiamare »romanico-canonico« (2) sia per tener conto dell'eredità del diritto longobardo, sia dell'apporto del diritto statuario italiano a partire dal secolo XII: »Die schöpferische Kraft und Zweckhaftigkeit des Statutarrechts kann kaum überschätzt werden« (ibid.).

L'esposizione è coerente con le premesse. Lo svolgimento del processo »dotto«, come è detto per l'apporto non sottovalutabile della dottrina giuridica, viene seguito in tutte le sue fasi avendo riguardo al quadro normativo generale, di diritto comune, ma anche al diritto particolare locale su di esso influente e allo *stylus curiae*, ricordato anche grazie agli studi analitici degli ultimi decenni.

Poggiando sul »sistema« già emergente dall'interno della tradizione di diritto comune, da Tancredi al Foscarari, a Roffredo, Grazia Aretino fino al Fagioli, a Martino da Fano, al Durante (soprattutto, ed è comprensibile) e al Passeggieri fino al Ferrari e al Maranta, per tener conto degli sviluppi quattro-cinquecenteschi, Nörr ha spiegato le fasi processuali in modo piano, quasi didattico, passo dopo passo, quasi si rivolgesse a un pubblico a digiuno di questi problemi. Questa è, però, solo un'impressione superficiale.

In realtà, Nörr non solo ha conservato il linguaggio tecnico delle fonti esaminate,¹ natural-

mente in latino, ma ha anche dato puntuali indicazioni delle problematiche tecniche odierne collegabili ai problemi affrontati dall'antico diritto processuale. Perciò il libro è destinato a un pubblico con una certa preparazione tecnica.

Infatti, non è infrequente il richiamo alla terminologia attuale, come ad esempio alla *Offizial-maxime*, non tanto per dimostrare la continuità della normativa processualistica nell'esperienza continentale europea, quanto per meglio evidenziare quella capacità »antica« di elaborare la complessa tipologia processualistica. In questo modo il libro soddisfa non solo lo studioso di diritto genericamente interessato alla storia, perché fornisce un'introduzione ricca e utilissima, aggiornata com'è, per chi voglia affrontare un impegno di ricerca su uno dei molti temi affrontati.

3. Nörr ha svolto un lavoro di grande impegno. Probabilmente solo lui, tra gli studiosi viventi del diritto processuale dotto, poteva condurlo in porto in questo modo inappuntabile.² In queste duecento (finte) pagine, egli ha concentrato un'esperienza di ricerca di mezzo secolo: dal pionieristico lavoro sul giudice del processo dotto nella *Frühzeit* (1967) ai molti contributi specifici della raccolta del 1993, cui sono seguiti tanti ulteriori contributi negli ultimi vent'anni,³ pur occupandosi anche di temi molto diversi – anche contemporaneistici. È stato aiutato, questo è vero, dal recente infittirsi della ricerca in questo campo (tradizionalmente trascurato per l'autentica passione collettiva dei ricercatori per il processo penale – qui soltanto lambito), mettendo al corrente di una bibliografia recente

1 Ne risulta la icasticità, come quando per la *collatio scripturae* si nota »hinc veniunt diaboli inferni« (159, nota 378), o si ribadiscono principi di fondo (»mores dignitati praeferuntur« (151, nota 314)), o dati di fatto istruttivi come »modicum vinum faceret magnam causam in Anglia ubi non crescit« (173, nota 489).

2 Ha quindi senso segnalare che potevano utilizzarsi utilmente anche altri processualisti antichi o che, tra i moderni, si potevano ricordare lavori di un M. Bellomo e di D. Quaglioni o di A. Errera, oppure dedicare maggiore spazio alla motivazione della sentenza per il suo rilievo nella storia delle opinioni, o alla res iudicata (per il rapporto con il *consilium sapientis*

instaurato da Antonio da Butrio)?

I numerosi statuti pubblicati negli ultimi decenni non anticiperanno la formula del »summario et de plano« a data anteriore al 1297 (215)?

3 NÖRR, KNUT WOLFGANG, *Iudicium est actus trium personarum*: Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa, Goldbach: Keip 1993; poi c'è l'imbarazzo della scelta: segnalo solo ad esempio (anche sul Fagioli) ID., Von der Textrationalität zur Zweckrationalität, in: ZRG, Kan. Abt. (1995) e ID., Über die mittelalterliche Rota Romana, in: ZRG, Kan. Abt. 93 (2007); utili anche ID., *Iura novit curia*: aber auch fremdes Recht?, in: *Ratio decidendi*: Guiding Principles of Judicial Decisions, II, »Foreign« Law,

ed. S. DAUCHY, W. H. BRYSON, M. C. MIROW (2010) e ID., *Clemens papa quartus, lumen iuris*, entscheidet über Zweifelsfragen zum Prokurator im Prozessrecht, in: Mélanges A. LeFebvre-Teillard (2009).

ormai imponente,⁴ con le verifiche consentite nelle carte processuali antiche più copiosamente disponibili.

La conoscenza profonda del processo di ieri e di oggi induce Nörr ad apprezzare molto, come si capisce, il modello così bene esposto. Peraltro, dà anche dei dati grosso modo soddisfacenti sull'eterno tema della durata del processo (226 s.), per cui non avrebbe motivo per valutazioni negative da questo punto di vista. Il *continuum* dottrinale, lui sa bene, ha avuto momenti di rottura (diritto naturale moderno), ma i tradizionali problemi tecnici sono rimasti ancor sempre oggetto di interesse scientifico. Significativo in questo senso il suo utilizzo a fondo della trattatistica in lingua tedesca del secolo XIX,⁵ al tempo stesso storica e teorica nella tensione alle riforme processuali imposte dalle novità del tempo.

Quell'antica dottrina poteva dire ancora molto perché fondata su un razionale approccio ai problemi. La *razionalità* può essere cambiata per certi versi (per l'immediatezza, pubblicità e confronto dei testi, ad esempio, contrariamente all'antico *sensus commune* in contrario), ma rimane avvertibile la seria tensione di quel mondo antico, tra i giuristi come tra i legislatori (molti papi) a loro sensibili, a cercare di risolvere i problemi con approfondimenti e tentativi sempre nuovi. Il diritto processuale *non* è stato trascurato dal Medioevo – come taluni continuano a sostenere – e qui lo si dimostra in

modo luminoso: a livello di studio e di insegnamento.

L'aspirazione per la Giustizia/giustizia è incarnata, per così dire, in quegli sforzi di altissimo livello intellettuale portati in eredità all'Europa moderna. Quel sofisticato *bricolage* affascina e dice molto di un mondo culturalmente avanzato. Resta il fatto che la perfezione dottrinale convisse con «svolte» di assai dubbia razionalità in campo penale (laico e religioso), e che tante *subtilitates* furono all'origine delle *lites immortales* contro le quali si lottò in quasi tutta Europa – e certamente con tanta difficoltà e poco successo in Italia.

Giuristi e notai non hanno perciò goduto di grandi simpatie, anche se hanno potuto guadagnare molto e ci sono state esperienze alternative (dall'Inghilterra a Venezia). La tutela dei diritti, a torto o a ragione, è spesso apparsa più predicata che realizzata, alimentando periodici sogni millenaristici e «popolari» con le conseguenze che ci sono note. Questa procedura è espressiva di un *gap* caratteristico, molto istruttivo, della storia europea più profonda. Ogni tentativo di semplificazione, come la ricorrente contrapposizione tra un mitico mondo passato della consuetudine e il duro mondo moderno della legge, ne viene rintuzzato.



4 Come gli apporti recenti e meno recenti (il seguente non è un elenco esaustivo naturalmente) di R. Helmholz (fondamentale soprattutto, ma non solo, per l'Inghilterra), Ch. Donahue, S. Schlinker, S. Lepsius (testi in Bartolo e sindacato), P. Pichonnaz, L. Masméjan, H. J. Budischin, M. Kriechbaum, M. Schmoeckl, W. Wiegand, Th. Duve, T. Behrmann, P. Martín, Y. Mäusen, P. Schulte, A. Meyer, o miscellanee come quella curata da F.-J. Arlinghaus, I. Baumgärtner e V. Colli sulla *Praxis der Gerichtsbarkeit* (2007) o quella della

Lepsius e di Th. Wetzstein sulla scrittura degli atti giudiziari (2008) – mentre la storiografia processualistica italiana è rappresentata essenzialmente da A. Padoa Schioppa, G. Minnucci, C. Natalini, F. Mancuso, N. Sarti, M. Vallerani, O. Condorelli e alcuni canonisti (come P. Pellegrino, R. Balbi, R. Bertolino, L. Musselli, A. Bettetini o G. Bellini) o processualisti come Francesco Cordopatri. Un indice degli autori con indicazione almeno della pagina della prima citazione sarebbe stato perciò molto utile.

5 Come un Adolf Wach (sempre da citare per gli statuti italiani per il suo classico *Arrestprozess*, 1868, rist. 1973, come poi L. Rosenberg, 1908, e H. Himstedt, 1910), un G. Bülow, ma anche P. Hinschius, W. Endemann, J. Weismann, H. Buchka, A. Skedl, J. W. Planck ... Entro questo filone è soprattutto il nostro Giuseppe Chiovenda ad aver spazio. Tra i meno recenti Mauro Cappelletti.

Karl-Heinz Lings

Kostbare Zeit*

Ob es in dem von Serge Dauchy und Albrecht Cordes herausgegebenen Sammelband zur Geschichte des Handels- und Seerechts um private und öffentliche »Justiz« (Buchcover) oder um »Konfliktlösung« (Haupttitelblatt) geht, muss der Leser selbst herausfinden. Offensichtlich hat hier der französische Paralleltitel »Une frontière mouvante: Justice privée et justice publique en matières commerciales et maritimes« zu Verwirrung geführt. Der zweisprachige Titel resultiert aus einer Zusammenlegung zunächst unabhängig voneinander geplanter Kolloquien des *Centre d'Histoire Judiciaire* in Lille und des *Historischen Kollegs* in München zu einer gemeinsamen Tagung im bretonischen Roscoff (1. und 2. Mai 2008). Das nun in Druckfassung vorliegende Ergebnis sind sechzehn vom 13. bis ins 20. Jahrhundert reichende Beiträge in Deutsch, Englisch und Französisch, die jeweils in den beiden anderen Sprachen zusammengefasst wurden.

Interessant wäre es gewesen, angesichts dieser erfreulichen Kooperation in einer thematischen Einführung Näheres über eventuelle Gemeinsamkeiten und Unterschiede der jeweiligen nationalen Herangehensweise zu erfahren. Denn für die französischen Kolleginnen und Kollegen war das Treffen das sechste (und letzte) eines vom Justizministerium geförderten Recherchezyklus, während die Forschungen von Albrecht Cordes, Louis Pahlow und Alain Wijffels im Frankfurter LOEWE-Schwerpunkt »Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung« fortgeführt werden. Aber die durch Drittmittel geförderte Forschung profitiert nicht nur, wie in diesem Fall, von außergewöhnlichem Luxus wie Simultanübersetzungen bei einer wissenschaftlichen Veranstaltung, sondern muss auch mit den Schattenseiten zurechtkom-

men. Albrecht Cordes weist im Vorwort auf den Zusammenhang zwischen dem verzögerten Erscheinen des Bandes und den Bedingungen heutigen wissenschaftlichen Arbeitens hin: Die Berichts-, Begutachtungs- und Evaluationspflichten ließen immer weniger Zeit für die eigene wissenschaftliche Arbeit. Dass darunter auch die Präsentation der Forschungsergebnisse leidet, ist mehr als bedauerlich und wird gelegentlich geäußerte Vorbehalte (mangelnde Konsistenz, Qualitätsschwankungen, Überangebot ...) gegen Sammelbände, auf die im Forschungsalltag kaum verzichtet werden kann, noch verstärken.

Immerhin: Unter diesen Umständen darf eine besondere Sensibilität der Forscher für ihren Gegenstand vorausgesetzt werden. Auch für Kaufleute bedeutete Zeit stets Geld, gerade wenn Konflikte auftauchten. Die im Mittelalter üblichen Gerichtsverfahren, die den Händler im eigentlichen Wortsinne an den Ort banden, entsprachen nicht unbedingt den Bedürfnissen des Fernhandels. Jean Hilaire (1–17) und Stephen E. Sachs (19–38) widmen sich für das 13. und 14. Jh. den Reaktionen der Kaufleute und der Gerichtsherren anhand der Akten des Pariser *Parlement* und der Aufzeichnungen des Messegerichts von St. Ives in England. Letzteres konnte als lokale Institution durch Geschwindigkeit und Flexibilität in der Anwendung bestimmter Gewohnheiten das Vertrauen der heterogenen Handelsgemeinschaft erlangen und sich gegen deren selbstorganisierte Streitbeilegungsmethoden und gegen die königlichen Gerichte durchsetzen. Wie wichtig andererseits den in der Hanse vereinigten Kaufleuten die Verfahren vor den Gerichten der Machthaber in den Ländern ihrer Handelspartner waren, zeigt Albrecht Cordes' Untersuchung der von ihnen erreichten Privile-

* Eine Grenze in Bewegung: Private und öffentliche Konfliktlösung im Handels- und Seerecht / Une frontière mouvante: Justice privée et justice publique en matières commerciales et maritimes, hg. von ALBRECHT CORDES und SERGE DAUCHY unter Mitarbeit von Andreas Karg und Anika Auer, München: Oldenbourg 2013, XII, 366 S., ISBN 978-3-486-71799-0

gien (39–63), in denen die Stellung ihrer Mitglieder in Gerichtsverfahren einen zentralen Platz einnahm. In der 2. Hälfte des 16. Jh.s waren die Konflikte einzelner Kaufleute im internationalen Handel und die politischen Beziehungen zwischen den europäischen Mächten bereits untrennbar ineinander verwoben: Alain Wijffels illustriert, wie 1553 in den Londoner Verhandlungen einer Hanse-Gesandtschaft beiderseits rechtliche Argumente aus dem *ius commune* eingesetzt wurden, um Konkurrenzfragen in Danzig zu regeln (65–89).

Aus welchen Quellen die Autorinnen und Autoren ihre Erkenntnisse gewinnen, ist angesichts der weitgesteckten Thematik einer der interessantesten Aspekte des Bandes. Während alle französischen Beiträge (wie der englische und der niederländische) auf Material aus Archiven beruhen, greifen die deutschen Teilnehmer nur vereinzelt auf Ungedrucktes zurück. Der Grund dieser unterschiedlichen Herangehensweise dürfte nicht zuletzt in der Entwicklung der Handelsgerichtsbarkeit in Deutschland und Frankreich liegen: Verfassung und Rechtsprechung staatlicher Gerichte lassen sich leichter allein anhand der publizierten Quellen darstellen als die Tätigkeit der in der Wirtschaftswelt verorteten *juges consulaires* (angesichts der Spezialbedeutung des Begriffs im Deutschen ist die in diesen Zusammenfassungen verwendete Übersetzung Konsulargerichtsbarkeit problematisch). So stützt Karl-Otto Scherner (117–140) seinen Überblick über die frühneuzeitliche Konfliktlösung in Nürnberg, Hamburg und Leipzig vor allem auf die Sekundärliteratur und Marquards *Tractatus politico-iuridicus de Jure Mercatorum* (1662), auch Ulrike Müßig kann die Entstehung des Bundes- bzw. Reichsoberhandelsgerichts (Handelsrechtseinheit durch Höchstgerichtsbarkeit, 265–292) ohne Weiteres mit dem veröffentlichten Material nachzeichnen. Die »reiche archivalische Hinterlassenschaft« erlaubt jedoch einen umfassenderen Zugriff: Peter Oestmann beweist dies in einer eindrucksvollen Studie (221–264) über »Seehandelsrechtliche Streitigkeiten vor dem Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820–1848)«, in der er den hohen wissenschaftlichen Standard dieses Spruchkörpers und dessen Rolle bei der Formulierung tragender Rechtsprinzipien herausarbeitet. Auch für die Erforschung außergerichtlicher Streitbeilegung können Gerichtsakten ergiebig sein, wie Anja Amend-Traut mit ihrer Darstellung der Auseinandersetzungen um die Handelsgesellschaft Brentano vor

dem Reichskammergericht (91–116) belegt. Für das relativ neue Forschungsthema »Konfliktprävention durch Vertrag« dagegen geht es zunächst einmal darum, der Rechtsgeschichte einschlägige Quellen überhaupt erst zu erschließen, was Louis Pahlow bei seiner Untersuchung von geistigem Eigentum und internationalem Handel um 1900 (327–344) vorführt.

Einen leichten Einstieg in das französische System einer von der Zivilgerichtsbarkeit getrennten autonomen Konfliktlösung der Kaufmannschaft bietet Florent Garnier (307–326) mit seiner Untersuchung der ersten Regionalkonferenz der *juges consulaires* der Auvergne 1899: Das Selbstverständnis der gewählten Handelsrichter und die Probleme der Selbstregulierung gehen aus dem nicht publizierten *Compte rendu* beispielhaft hervor. In einigen Teilen Frankreichs schlossen die durch die Revolution eingeführten *Tribunaux de commerce* sachlich und personell nahtlos an ältere Gerichtsformen an, wie Thierry Hamon (177–206) schlüssig am Webereigericht der bretonischen Kleinstadt Quintin nachweisen kann. Die Archive des benachbarten Departements Finistère bergen aber auch von Pierrick Pourchasse (143–154) ausgewertete Zeugnisse älteren (See-)Rechtsverständnisses der dortigen Küstenbewohner, die anders als der durch die Admiralität repräsentierte französische König gestrandete Schiffe als ihnen unzweifelhaft zustehende Gaben des Meeres ansahen: »on pille toujours les naufragés, mais on les arrache à la mort« (Jacques Cambry 1798/99). Erfolgreicher noch wussten die Eliten der Hafenstadt Dünkirchen vom 17. bis Ende des 19. Jh.s ihre Interessen gegenüber höheren Autoritäten zu wahren (Christian Pfister-Langanay, 155–175).

Um Konfliktprävention, aber auch Schieds- und Gerichtsverfahren im transnationalen Bereich geht es in dem Beitrag von Silvia Marzagalli (207–219) zu den Gepflogenheiten in den Geschäftsbeziehungen zwischen den Bordelaiser Handelshäusern mit ihren transatlantischen Geschäftspartnern in den Vereinigten Staaten Ende des 18. Jahrhunderts; die geschilderte Suche nach gemeinsamen Normen ist ein Phänomen, dessen Erforschung auch die internationalen Schiedsverfahren des englisch-amerikanischen Jay-Vertrags in einem neuen Licht erscheinen lässt. Die ganze Palette wechselnder privater und öffentlicher Konfliktlösungsmechanismen auf internationaler Ebene kam bei der von Estelle Rothweiler née Réhault (291–306) ausgewählten Schiffskollision auf der Reede von Lissabon im

Winter 1886 zum Einsatz: Ein englisches Kriegsschiff war aufgrund einer gebrochenen Ankerkette von der Strömung auf ein französisches Handelsschiff getrieben worden, was dessen sofortigen Untergang und den Tod von 32 Personen an Bord zur Folge hatte. Der rechtlich hochkomplexe Fall – die Jurisdiktionsansprüche dreier Staaten waren zu berücksichtigen – wurde, nachdem der französische Außenminister das seiner Einschätzung nach in den zeitgenössischen internationalen Beziehungen im Aufwind befindliche Schiedsverfahren befürwortet hatte, kurz vor dem englischen Gerichtsprozess durch einen gütlichen Vergleich ungewöhnlich rasch beigelegt. Angesichts der lehrreichen Anschaulichkeit des Falles ist es besonders ärgerlich, dass in der deutschen Kurzfassung »abodge« sinnentstellend mit »Entern« übersetzt wird (im englischen abstract heißt es gar: »the crew of an English Man-of-War had boarded a French trade ship in Portugal«), wodurch der Vorfall einer völlig anderen Rechtsmaterie zugeschlagen würde.

Mit einer weiteren seerechtlichen Thematik, der gleichzeitigen gesetzlichen Einführung von

Schiedsverfahren zwischen Reedern und Schiffsbesatzungen bei Lohnabschlüssen und zwischen Unternehmern als Alternative zu den als langsam und kostenintensiv empfundenen Verfahren vor den *juges consulaires* (Christian Borde, 345–362), schließt der Band, der gerade durch seine vielfältigen Ansatzpunkte und Herangehensweisen überzeugt. Wenn Stephen E. Sachs die Betonung der »Rolle informeller Normen und außerrechtlicher Anreize im Vergleich zum formellen Rechtssystem« durch jüngere Forschung zur Konfliktlösung im Handel für die mittelalterlichen englischen Messen ausdrücklich nicht bestätigen will (Kurzfassung 37), dürfte er sich, was ihren Themenbereich betrifft, der Zustimmung der meisten anderen Beiträger zu dem Sammelband sicher sein. Das schließt nicht aus, dass auch die quellenmäßig wesentlich schwerer zugänglichen Mittel der Streitvermeidung und -beilegung im Fokus der Rechtsgeschichte bleiben müssen.



Christian Windler

Objekte als Medien der Diplomatie*

Wovon handelt der vorliegende Sammelband? Der Titel des Bandes, aber auch die Einleitung der Herausgeber weisen zunächst in Richtung einer Problematik, die in den meisten Beiträgen nicht im Vordergrund steht: das Verhältnis von Diplomatie und Wirtschaft in Spätmittelalter und Früher Neuzeit. Der Rezensent würde den Herausgebern nicht widersprechen, wenn sie die Relevanz dieser in der Tat bislang ungenügend beleuchteten Problematik unterstreichen. Doch von Wirtschaft,

von den ökonomischen Interessen von Gesandten oder den diplomatischen Aufgaben wirtschaftlicher Akteure – etwa von Kaufleuten – handeln die Texte des Bandes nur am Rande.

Der Sammelband enthält stattdessen eine Reihe von Aufsätzen, die überwiegend aus der Perspektive einer Kulturgeschichte des Politischen die Bedeutung von Gaben als Medien spätmittelalterlicher und frühneuzeitlicher Diplomatie in den Blick nehmen und mit diesem Fokus durchaus

* MARK HÄBERLEIN, CHRISTOF JEGGLE (Hg.), *Materielle Grundlagen der Diplomatie. Schenken, Sammeln und Verhandeln in Spätmittelalter und Früher Neuzeit* (Irseer Schriften. Studien zur Wirtschafts-, Kultur- und Mentalitätsgeschichte N. F. 9), Konstanz, München: UVK 2013, 292 S., ISBN 978-3-86764-364-1

einen wertvollen Beitrag zu wissenschaftlich relevanten Fragen leisten. Den Autorinnen und Autoren geht es in erster Linie um höfische Kultur, um symbolische Kommunikation, um Fragen des Gabentausches in überwiegend europäischen und in einem Fall auch interkulturellen Kontexten. Nicht so sehr die Frage nach den »materiellen Grundlagen von Diplomatie« als vielmehr jene nach der Art und Weise, wie Objekte verschiedener Art als Medien der Kommunikation zwischen Herrschaftsträgern unterschiedlichen Ranges eingesetzt und wahrgenommen wurden, steht also im Mittelpunkt.

Wenn Luxusgegenstände als Medien des zwischenhöfischen Verkehrs gebraucht wurden, spielte der ökonomische Wert der Objekte durchaus eine Rolle, wie Jan Hirschbiegel und Ulf Christian Ewert zeigen; er sollte die Empfänger verpflichten und schuf zugleich besondere Anreize, von diesen Gegenleistungen zu erwirken. Ökonomisches Kapital wurde im zwischenhöfischen Verkehr ebenso wie im Umgang mit Beutestücken (dazu der Beitrag von Michael Jucker) in andere Kapitalsorten transformiert, Luxusgegenstände also mit neuen Wertzuschreibungen verbunden. Die Beiträge von Harriet Rudolph und Evelyn Korsch behandeln das Schenken als Akt symbolischer Kommunikation bei Herrschereinzügen bzw. Herrscherbesuchen. Der Vergleich der Kaisereinzüge in Nürnberg und beim sächsischen Kurfürsten zeigt, wie über Schenkakte der unterschiedliche Status von Reichsständen ausgehandelt wurde, während mit dem Austausch von Geschenken anlässlich des Besuches Heinrichs III. in Venedig 1574 die prekäre Stellung der beiden Hauptbeteiligten – der Serenissima im Kreis der europäischen Mächte, Heinrichs III. als neuen Königs von Frankreich – gefestigt werden sollte.

Die im zweiten Teil unter dem Titel »Akteure« zusammengefassten Beiträge entsprechen am ehesten dem Anspruch, das Verhältnis von Diplomatie und Wirtschaft auszuleuchten. Hier geht es um den Handel mit Luxusgütern und dessen Verschränkung mit den Beziehungen zwischen Herrschaftsträgern und anderen Personen hohen Standes. Auch bei der Vermittlung seltener und kostbarer Objekte blieben die kaufmännischen Dimen-

sionen des Handelns allerdings der Pflege von Sozialbeziehungen in einem höfisch-adligen Kontext untergeordnet, wenn etwa Philipp II. einen Hofnarren nach Italien sandte (Susanne Kubersky-Piredda / Salvador Salort Pons) oder Gesandte am französischen Hof Luxuswaren und Künstler nach Hause vermittelten (Corinne Thépaut-Cabasset; Martin Pozsgai). Andererseits dienten die Kontakte zu fremden Gesandten den Erben der Brühl'schen Sammlungen dazu, diese möglichst vorteilhaft zu veräußern; soziales Kapital konnte in diesem Fall also in ökonomisches Kapital transformiert werden (Ute Christina Koch).

Im dritten Teil des Sammelbandes rückt erneut der Geschenkverkehr, nun mit einem Fokus auf die Objekte, in den Mittelpunkt. Johanna Beate Lohff fragt nach der Verbreitung von Bildern aus Edel- und Halbedelsteinen aus Italien, die für die Beherrschung besonderer künstlerischer Fertigkeiten standen. Magdalena Bayreuther untersucht den Umgang mit edlen Pferden, deren Züchtung im höfischen Kontext ein wichtiges Element fürstlich-adliger Statussicherung darstellte. Der letzte Beitrag beleuchtet den Umgang mit Objekten in der indianisch-europäischen Diplomatie in Nordamerika. Ulrike Kirchberger zeigt dort, wie die Europäer im 18. Jahrhundert die lokalen zeremoniellen Formen adaptierten. Sie unterstreicht dabei die dynamischen Interaktionen zwischen verschiedenen Kulturen des Geschenkverkehrs, der Beziehungen auf einem »middle ground« ermöglichen konnte, wo sonst mangelnde sprachliche Kenntnisse Grenzen setzten. Unterschiedliche Vorstellungen von der jeweiligen Bedeutung der Geschenke beinhalten hier (ähnlich wie in anderen geographischen Kontexten) neben der Gefahr von Missverständnissen auch ein Potential im Hinblick auf die Sicherung von Beziehungen.

Die Beiträge des Bandes sind ausnahmslos solide dokumentiert und zum Teil auch methodisch inspirierend. Während die Frage nach dem Verhältnis von Diplomatie und Wirtschaft nur am Rand thematisiert wird, verdient der Sammelband als Beitrag zu einer Kulturgeschichte von Diplomatie Beachtung.



Harald Maihold

Kriegsrecht aus moraltheologischer Sicht*

Es ist kein Geheimnis mehr, dass die Theologen aus dem Umfeld der Spanischen Spätscholastik einen immensen Einfluss auf die moderne Rechtslehre hatten. Anders als für das Straf- und Vertragsrecht, wo dieser Einfluss erst durch neuere Untersuchungen der letzten Jahre nachgewiesen wurde, war er für das Völkerrecht schon länger bekannt. Bisher waren die Spanier indes mehr als Vorläufer und Wegbereiter des modernen Völkerrechts, ihre theologischen Wurzeln hingegen kaum ernsthaft in den Blick genommen worden. Dies möchte der vorliegende Band ändern, indem er klassische Texte zum Kriegsrecht aus der Feder Francisco Suárez' in ihren moraltheologischen Kontext stellt. Es handelt sich um den zweiten Band einer Reihe von Texten zur politischen Philosophie und Rechtstheorie, die zentrale Werke von Suárez und Francisco de Vitoria ediert.

Dem lateinischen Text ist eine deutsche Übersetzung beigegeben, die in weiten Teilen freilich nicht neu ist, sondern auf einer 1965 erschienenen Übersetzung von Josef de Vries beruht. In einem 64-seitigen Vorwort des Herausgebers werden der Autor, seine Methode und die einzelnen Texte vorgestellt. Die Erkenntnis, dass das Kriegsrecht bei Suárez in einen moraltheologischen Kontext eingebettet ist, führt hier zu einigen Korrekturen des bisherigen Suárezbildes, etwas was das genuin Christliche an seiner Kriegslehre (XXXII), die Grundlage des Kriegführungsrechts (XXXVIII, LVI) oder das Verhältnis von Recht und Moral (L) angeht. Im Anhang finden sich neben Anmerkungen die für die Edition benutzten Siglen, Quellen, (leider sehr selektive) Hinweise auf Sekundärliteratur sowie ein Sach- und Personenverzeichnis.

Der Titel soll wohl Assoziationen an Grotius *De iure belli ac pacis* wecken, doch handelt es sich

bei den Texten nicht um einen einheitlichen Traktat, sondern um Auszüge, die sehr verschiedenen Stellen des Suarezianischen Gesamtwerkes entnommen und in vier Abschnitte zusammengefasst sind. Durch die unterschiedliche Herkunft erklären sich einige Ungereimtheiten in der Gliederung.

Den Löwenanteil nimmt *De bello* (60–193) ein, die Schlussdisputation des Traktates *De caritate* (1521 posthum), der ein kurzer Abschnitt aus der *Defensio fidei* (1613) vorangestellt ist. Suárez beschäftigt sich darin eingehend mit Fragen der Sittlichkeit des Krieges, des gerechten Kriegsgrundes, der Teilnahme von Geistlichen an Kriegshandlungen, der Beurteilung von Söldnern bis hin zu einzelnen Fragen der Kriegsführung, etwa der Betroffenheit unschuldiger Dritter durch Kriegshandlungen.¹ Mit Ausführungen zu Aufruhr und privatem Duell schließt der Text ab. Wie der Herausgeber betont, stehen Suárez Ausführungen zum Kriegsrecht nicht im Zusammenhang der Völkerrechtslehre, sondern haben ein pastoraltheologisches Anliegen, indem sie das in Kriegszeiten der Sünde ausgesetzte Verhalten des handelnden Individuums in den Mittelpunkt rücken. Von Francisco de Vitoria übernimmt Suárez die Auffassung des Krieges als eines hoheitlichen Strafaktes, der in Ermangelung einer höheren Instanz durch den geschädigten Fürsten selbst durchgesetzt wird. Kriege können nach Suárez nicht nur zur Verteidigung, sondern im Einzelfall auch als Angriffskrieg gerechtfertigt sein, unterliegen jedoch strengen Voraussetzungen. Die Bekämpfung von Ungläubigen reicht nach Suárez für einen gerechten Kriegsgrund ebenso wenig aus wie die Bestrafung von Beleidigungen Gottes. Für Suárez sind es die Tugenden von Liebe und Gerechtigkeit, die dem Einzelnen in zweifelhaften Situationen eine ethi-

* FRANCISCO SUÁREZ, *De pace – De bello. Über den Frieden – Über den Krieg*, hg. und eingeleitet von MARKUS KREMER (Politische Philosophie und Rechtstheorie des Mittelalters und der Neuzeit, I/2). Stuttgart-Bad Cannstatt: frommann-holzboog 2013, LXIV, 267 S., ISBN 978-3-7728-2505-7

1 Vgl. hierzu auch HARALD MAIOLD, Die Tötung des Unschuldigen, insbesondere im Krieg – Schuld- und Nutzenargumente in der thomistischen Morallehre des 16. Jahrhunderts, in: *Ancilla iuris* (www.anci.ch), Artikel 2007:1, 1–19.

sche Richtschnur bieten können. Die Grundsätze über den gerechten Krieg werden auch für den Aufruhr und das private Duell fruchtbar gemacht.

Schon die Herkunft dieses wichtigen Textes aus dem Traktat über die Gottesliebe erweist, dass Suárez' Ausführungen nicht so sehr rechtlicher Natur sind, sondern in einen moraltheologischen Kontext eingebunden sind. Die drei weiteren vom Herausgeber ausgewählten Texte sollen dies noch deutlicher machen. Der erste Traktat, der in der Edition *De pace* (2–17) genannt wird, vereinigt mehrere Abschnitte aus den Traktaten *De gratia* (1619/51) und *De fide, spe et caritate* (1621). Die Zusammenstellung macht deutlich, dass Suárez' Kriegs- und Friedenslehre in engem Zusammenhang mit seiner Heilslehre steht. Das Verständnis des Friedens als Gottesgeschenk und Daseinsziel gleichermaßen ist Ausgangspunkt der Suarezischen Kriegslehre.

Suárez konstruiert die Gerechtigkeit im Krieg in Parallele zur Strafgerechtigkeit. Zu deren besserem Verständnis wird als weiterer Text *De iustitia vindictiva* (18–59) vorgestellt, der letzte Abschnitt des Traktats *De iustitia Dei* (1599). Suárez nimmt darin zunächst Stellung zu der Diskussion, ob die Strafgerechtigkeit der Kommutativ- oder Distributivgerechtigkeit angehöre, und verwirft beide Ansichten, da der strafende Hoheitsträger keine Schuld auf sich geladen habe und zur Strafe nicht verpflichtet sei. Stattdessen verortet Suárez die Strafgerechtigkeit Gottes in der Vorsehungs- oder Regierungsgerechtigkeit bzw. die der irdischen Richter in der Gesetzesgerechtigkeit. Als Übel ist die Strafe für Suárez nicht als Selbstzweck zu wollen, sondern stets zur Beförderung sozialer Zwecke. Der Kommutativ- oder Distributivgerechtigkeit komme aber unterhalb dieser Ebene bei der Begrenzung der Strafe auf das gerechte Maß eine tragende Rolle zu. Der Strafbegriff wird, ähnlich wie bei Thomas von Aquin, aber anders als bei Alfonso de Castro, nicht auf die Sündenstrafe begrenzt; er enthält auch »medizinische« und »wiedergutmachende« Strafen (55, 59).²

Der dritte, am Schluss des Buches abgedruckte Text *De homicidio* (194–227) enthält Ausschnitte

aus dem Buch über die Kirchenstrafen (*De censuris*, 1603), in denen es um die Strafe der Weiheuntauglichkeit (Irregularität) für im Krieg geschehene Tötungshandlungen geht. Neben den Soldaten, die von der Irregularität praktisch wenig betroffen waren, geht es vor allem um die Beteiligung von Priestern an kriegerischen Auseinandersetzungen mit tödlichen Folgen, die nicht zuletzt kompetenzrechtliche Frage des Dispenses nach sich zieht. Die Lösung sucht Suárez in einer konsequenten Anwendung der Theorie des gerechten Krieges, aber auch in strafrechtlichen Differenzierungen wie Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall oder Täterschaft und Teilnahme, für die er sich ausführlich mit den kirchenrechtlichen Autoritäten auseinandersetzt.

Trotz der umständlich und hölzern wirkenden Sprache der Vorlage und trotz einiger Rechtschreibfehler ist dem Übersetzer der Versuch, den Text in eine moderne, lesbare Sprache zu überführen, weitgehend gelungen. Die Editionsgrundsätze sind dagegen etwas gewöhnungsbedürftig. So werden die Fundstellen der ausgewählten Texte lediglich in den Fußnoten des lateinischen Textes erwähnt; ihre Stellung im Gesamtwerk wird so nicht auf Anhieb deutlich. Leserfreundlicher wäre es auch gewesen, wenn die von Suárez stammenden Nachweise nicht mit den Anmerkungen des Herausgebers in den Anhang verbannt, sondern in die Fußnoten gesetzt worden wären. Die meisten Literaturhinweise sind sogar lediglich in den Fußnoten der lateinischen Fassung aufgeführt. Eine Nachverfolgung der für einen scholastischen Text nicht unwichtigen Autoritäten wird dadurch eher erschwert.

Die Ausgabe wie überhaupt die ganze Buchreihe ist vom Verlag frommann-holzboog äußerlich sehr ansprechend gestaltet worden. Möglicherweise ist dies ein Grund für den leider sehr hohen Preis, der für die Edition verlangt wird. Für den Gebrauch in Studienseminaren eignet sich die vorliegende Ausgabe daher leider nicht, obwohl genau dies wünschenswert wäre.

2 Vgl. hierzu HARALD MAIHOLD, Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre, Köln u. a. 2005. Zur Strafrechtslehre bei Suárez vgl. jetzt

auch FRANK GRUNERT, Strafe als Pflicht, in: OLIVER BACH / NORBERT BRIESKORN / GIDEON STIENING (Hg.), ›Auctoritas omnium legum‹. Francisco Suárez' ›De legibus‹ zwischen Theologie, Philosophie und Juris-

prudenz, Stuttgart-Bad Cannstatt 2013, 255–266.

Martti Koskenniemi

On the religious Origins of Capitalism*

Political theology's recent rise to academic prominence has, no doubt, been inspired by the sense of a certain staleness of standard (read: Anglo-American) analytical political and legal theory. Especially postcolonial and postmodern philosophy has resuscitated debates about the reality of secularization in Europe, pointing out that much of our shared political metaphysic is indeed that – a metaphysic – with close historical links to debates in theology. That should be no surprise. For almost half a millennium theology stood as the *primus inter pares* among the three »higher faculties« at European universities. The best minds at work in Europe explained the social and political changes to European audiences within a fully God-centric intellectual universe. Awareness of that fact, as Wim Decock points out in this massive and brilliant work, not only assists us in understanding the development of our political and legal vocabularies. It also enables us to grasp the contingency of our present debates, the way opposite standpoints on political and legal obligation refer back to assumptions about human nature, the roles of individual and society and the nature of »law« that are hard to detach from religious speculation.

Even such a quintessentially modern institution as »contract« carries a long pedigree of political theology. What is the role of human will in the creation of social relations? How to understand the freedom to dispose of what one owns and the character of the »fairness« we associate with a market society? The emergence of a wholly global network of mercantile relations in the sixteenth and early seventeenth centuries, the discovery of the »New World« and the Protestant rebellion destabilised the religious morality that once provided authoritative responses to such questions. Theologians had a great stake in reacting to what was happening. They did this with great energy, developing a massive literature the point of which

was to relate the individualization of social relations, especially apparent in a novel commercial ethic, to the theology of sin and redemption, the overall search for beatitude that for Christians provides the frame for understanding the world and living in it.

That it fell on the 16th and early 17th century Spanish theologians – the »Second scholastic« or the »Salamanca school« – to articulate the transformations into a new morality of law has long been known. In international law, for example, the Dominican scholar Francisco de Vitoria and the Jesuit Francisco Suárez have been heralded as producers of something like the first recognizably »modern« discourse of international legality – just war, »sovereignty« and treaty law as the heart of diplomacy. Their suggestion that legitimate political government was derived from the consent of the community has inspired much later political thought. To be sure, the debate about the degree of the »modernity« of the scholastics and whether Hugo Grotius should read among them, remains inconclusive. In Decock's view at least as far as the theory of contract is concerned, Grotius is best read as a loyal follower of the Spaniards. But if not much argument is today needed to highlight the significance of the early modern Spanish theologians, we still lack a good sense of what, specifically, made them so significant. Relevant scholarship tends to be hidden in specialist volumes, available only in the most well-resourced research libraries. Modern editions of the scholastics' works are still few, the texts remain in the original Latin, and most commentary – at least most *legal* commentary – is either in Spanish or in German. Basic questions about the scholastics still need to be posed. What was their principal intellectual contribution and how did it express itself in their extensive writings? What sources did they use and how was their contribution received? How

* WIM DECOCK, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500–1650)* (Legal History Library 9) Leiden, Boston: Nijhoff 2013, XVI, 723 p., ISBN 978-90-04-23284-6

united was the »school« in reality? We are speaking of three-four generations of intellectuals, initially located on the Iberian peninsula, later also in central and northern Europe. If the founding generation (Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Melchior Cano) were Dominicans, leadership in the school towards the late-sixteenth and early seventeenth century shifted decisively into the hands of the Jesuits.¹ How justifiable is it to separate those men from the intellectuals debating natural law and the reason of states around them?

Wim Decock's over 600-page work provides an extensive but engaging and readable discussion of one of the many fields in which the moral theologians of the second scholastic had a huge influence – the law of contracts. It is true, Decock reminds us, that Roman law already had a robust contracts doctrine and that this was part of the source material used by the theologians. But the latter were no civil lawyers. Roman doctrine tended to be too pragmatic and formalist for responding efficiently to the new problems of economic and political government; nor could it alleviate the attendant spiritual concerns. How to integrate Christian tradition in a profoundly transformed social and political world? *Bricolage* in Roman and Canon law was insufficient for the purpose of explaining the new practices in specifically Christian terms so that they would not challenge traditional authority but, if possible, strengthen it.

In developing their views of contract law the Dominican scholars from Vitoria, his students Soto, Cano and Tomas de Mercado, took their starting-point from the Thomistic metaphysics according to which human beings enjoyed *dominium in actionum suarum*, authority over their own acts. But although humans were »free« to construct the social and economic world in accordance with their »will«, the final goal of their freedom was still supernatural beatitude, the ability to see God »in the face«, as Soto put it. The metaphysical freedom that humans enjoyed and that corresponded to their biblical status as *imago Dei* now justified a general liberty of contract. Even »naked

pacts«, as Decock shows, agreements without a definite form, constituted simply of offer and acceptance, were binding for Christians. If a contract was the expression of a party's »will«, then it could be understood as a promise or an oath that could not be broken without sinning. For the scholastics, contractual freedom and the binding force of will were important aspects of moral anthropology. No argument is needed to demonstrate the huge importance of this doctrine to the commercial world of the 16th century, so well described by Fernand Braudel and his followers. Here was a way to justify the free determination of the conditions of economic exchange by the participants in those exchanges themselves. No surprise that much of the very ideological historiography produced at Austrian or United States universities in the twentieth century has interpreted the Spanish theologians as intellectual forebears of Adam Smith. Playing down the *theological* presuppositions of the tradition has seemed nicely to support (neo)liberalism's intellectual hegemony at the economics departments of Western universities.

Wim Decock's painstaking work should be warmly welcomed because it brings the biblical background and the teleology of beatitude back into our reading of these texts. Much of the work of the scholastics came about as instructions to young clerics on how to manage the sacrament of penance. The theologians insisted that in case a contractual exchange had been unfair – because the principles of commutative justice had not been respected – the duty of restitution was more than a mere legal duty. It was, at least equally importantly, a condition for receiving absolution. Soto, for one, always insisted on the parallelism between the *legal* principle of restitution, as developed under *Quaestio* 62 of the *secunda secundae* of Aquinas's *Summa theologiae* (the unvaried starting-point of the discussion) and the *religious* duties the sinner has to undergo in the process of penance. Decock reminds his readers over again that the scholastics operated in the worlds of *forum internum* and *forum*

1 A thorough overview on the three generations of the school and especially their theological views is BELDA PLANS, JUAN, *La escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XVI*, Madrid: Biblioteca de autores cristianos 2000.

externum simultaneously. They were concerned *both* with the secular justice of contractual arrangements as well as their effect on the soul of the parties. The latter concern was not an add-on to problems of the emerging market economy but the very heart of the discourse being *theological*. The Christians' daily lives were increasingly lived under pressure from political authorities, demanding loyalty to secular rules of good government, and from conditions of economic exchange laid out by professional profit-seeking merchant communities. All of this was terribly problematic for traditional Christian morality and acerbated the conflict between secular and religious authority, feeding into the kinds of concerns that Protestant agitators often managed to turn into the benefit of a religious revolution.

The scholastics were, of course, no revolutionaries. But many of them were in the service of the internal reform movement within the Catholic church («counter-reformation»). The moral casuistry that emerged from their writings resulted from a search for a compromise between traditional Christian ethic and the new practices of political and economic governance. As Decock stresses, the objective was both social peace and the tranquillity of consciences. The moral theologians had great interest in the novel practices, not only in problems concerning the treatment of the Indians (for which they were well-known) but also in understanding the operations of the expanding economy that boomed as a result of the importation of New World silver to Europe and China. The boom led to the development of new trading practices, including bills of exchange, a variety of banking and insurance instruments, and other forms of commercial exchange that involved routine profit-seeking that flew in the face of the prohibition of usury and Aristotelian principles of justice. In this context Canon lawyers such as Martin Azpilcueta (Dr. Navarrus) or Diego Covarruvias y Leyva as well as Dominicans such as Soto and Tomas de Mercado, produced some of the best introductions on how, in practice, contractual and property relations and monetary policies organized early modern economic life. Their concern was not to produce an ethnography but to create a language of justification within which the tension between tradition and commerce could be managed, the internal and external forums brought together and the Christian struggle for supernatural beatitude won. It was not for nothing that much of their work was

written in confessors' manuals. The clerks of the Catholic church needed a realistic picture of the conditions in which their clients operated.

Wim Decock demonstrates how it is indeed right to think of the moral theologians as the first theorists of the economic market in which the will of the buyers and sellers provides the basic criterion for assessing the moral justification – and hence the legality, the two being completely intermingled – of the transactions. The criterion of just price is the «common estimation» (*communis aestimatio*) of the public at large. But the scholastic writers were aware that the conditions of the formation of a common view might not always be present owing to the scarcity of the commodities or monopolistic practices for example. If the scholastics were no Marxists, they were no Friedmannites either. There were many reasons for the prince to set a «legal price». This might be needed to relieve the poor or to fight monopolies but also to see to it that the conditions of the market were such as to contribute to domestic peace and spiritual tranquillity. Despite their insistence that the authority of the prince came from the people (and not directly from God), theologians such as Vitoria, Soto and Francisco Suárez, for example, were keen to stress the authority of the prince and to grant a strong preference to formal laws over considerations regarding the justice of particular types of exchange. That they did not encourage subjects to think for themselves but accepted the king's law as almost unexceptionally binding is easy to understand from the perspective of their political project. Vitoria's famous *relectio* on civil government (1528), for example, emerged as a defence of royal power in a situation where Castile had just experienced a series of urban revolts (the «Comuneros» rebellion, 1520–1521). It is a measure of the flexibility of their political assumptions that they were able to ground absolutism on the view of the «consent of the governed» by the Hobbesian view for which it sufficed that the consent was merely hypothetical or tacit. Moreover, obedience to positive law was also an obligation of conscience. Decock does not engage with such notorious outliers among the later Jesuits as Juan de Mariana who did argue for an extensive right of resistance against a heretical ruler. Nor does he belabour Suárez' encouragement for right-thinking rulers to assist oppressed Catholics such as the English recusants compelled to swear their loyalty to the king. These were religiously motivated exceptions

in an otherwise authoritarian discourse. The main thrust lies with peace and stability that, in the mind of the renaissance thinkers, required accepting that government was to be kept firmly in the hands of the ruler, best placed to operate the *arcana* of enlightened rulership.

This was also visible in their economic views. If the moral theologians agreed on contractual freedom as the core of contracts theory, they also agreed that this freedom was by no means unlimited. The writers disagreed on the number and nature of the limitations. Decock distinguishes between formal limits that had to do with *vices de consentment*, cases where the contract did not emerge from free will (fraud, coercion, error), and substantive limits where will collided with imperative moral requirements. Most of this book has to do with the way in which the moral theologians conceived of those limits, obviously important in today's contract law as well. Yet there are differences, too. In the discussion of the »natural limits« on the contractual freedom, Decock expounds the scholastic views on duress and mistake, neither one of which followed automatically from their voluntarism. »Duress« for example, operated as an independent violation of a duty of justice, coercion of a contract-partner belonging to torts rather than contracts – a construction that allowed thinking of a contract made under duress as not automatically void but *voidable* in accordance with the wish of the coerced party. Yet here and elsewhere the views of the scholastics were as varied as those of today's experts. Scholars moved as freely in the consensual and non-consensual, »subjective« and »objective« ends of the spectrum as they do today, illustrating thus the persistence of a discourse of justification that tried to accommodate the individual and the social, reluctant to finally privilege either one. That the result was casuistry, and one that eventually received a bad name is hardly surprising.

The chapters on »formal« and »substantive« limits to the freedom of contract strengthen the reader's sense that the scholastic discourse is both fluid, in constant motion between opposing principles and considerations, and rather fixed in what it is able to bring forth as substantive normative resolutions. Freedom of contract is relativized by the argument that subjects have a religious duty to obey positive laws limiting it and that the considerations of justice that go to assess the substantive validity of contracts have their predominant sphere of operation in the court of conscience. On the

other hand, the issue of contract for prostitution, at least as presented here, suggests both the difficulty of any general resolution of the dilemmas affected and the reasonableness of the scholastics dealing with them: that the prostitute may keep the money she has received, independently of the injustice of the exchange, is surely something modern readers will find admirable, however contrived the casuistry that explains the result.

Perhaps the most interesting chapter is the one of »fairness on exchange« that deals with the scholastics' theory of the just price that comes about as a combination of concerns of »common estimation« and legitimate public intervention for the common good. That the matter has been governed by a search for commutative justice since Aquinas explains much about the enthusiasm with which historians committed to a view of liberal progress have heralded scholasticism. It also explains why it is so easy to see Grotius as a continuator of tradition rather than innovator. For the scholastics, it is obvious that no other principle should govern labour relations, either. Grotius would later go as far as to argue that *any* considerations of justice that are extrinsic to commutative, contractual justice are valid predominantly in the court of conscience. In a world where religious institutions have been deprived of enforcement powers, that is as good as throwing distributive considerations overboard. This was not yet the situation when the scholastics were writing. Ecclesiastical courts could, Decock explains, take into account a *laesio enormis* that was less than half the price of the good – in this way reaching from the pragmatic ethics of the market-place to the moral sensibility of market actors. Concerns about need or merit might still be handled by theological authority. This of course was no longer the case when Grotius wrote. What Decock writes of as »Grotius' elegant synthesis« (601) was, it seems to me, the product of a somewhat truncated view of his sources; the scholastics would hardly have recognized themselves as the origin of the law/morality distinction into which the Protestant jurists turned the theory of the »*forum internum*«.

Wim Decock's extensive study of the 16th and early 17th century moral theologians' discussions of contract law provides a wholly convincing demonstration of the interest the second scholastic has for the history of legal and political thought. The casuistry of the moral theologians emerged as a reaction by the best minds of the period to the

crisis inside the church and to such secular developments as the expansion of the Habsburg empire into a new world with an infidel population the very existence of which had earlier escaped the contemporaries and the massive expansion of international commerce that was infecting many kinds of human relations with a predominantly secular mercantile ethics. The doctrine of freedom of contract, accompanied by an elaborate casuistry of exceptions was one of the doctrines that sought to accommodate such developments in the traditional world-view. But although Decock calls for a contextual reading of the scholastics, his own work is more concerned with the internal coherence and argumentative structures of their discourse. The author does occasionally point to how a doctrine or an exception was intended to respond to this or that challenge, but he refrains from a more detailed discussion of the operation of the contextual determinants. There is, for example, no discussion of the pressures inside the Catholic church that led to the Council of Trent where many of the scholastics played a leading role.

Yet contextualization may also be taken too far – turning even into a »positivism« that reduces intellectual life to a mechanistic superstructure. Perhaps it is in any case more for *economic* historians to situate these casuistries in the novel commercial practices. For *legal* historians, rules and arguments time-travel more freely. My main critical comment has to do with the decision not to identify specific streams or »tendencies« among the scholastics. Individual theologians make their appearance in this book in a somewhat random or fortuitous way, representing, it seems, only themselves. The reader encounters a huge number of authors (the bibliography lists altogether ninety-six of them) most of whom are either part of the second scholastic or react to their writings. It would have facilitated the grasp of this literature had the author grouped the scholars as representatives of definable tendencies or idioms, seeking to develop the discourse in specific ways. Why did a particular author espouse a position while another took the opposite one? Could one delineate attitudes that could be labelled, for example, »conservative«, »radical«, or »moderate«? Was there a more or less clear mainstream, what were its elements and the main challengers to it? How did religious views link with views in the many controversies concerning the nature of the free-

dom to contract or the power of the ruler to limit it? The difficulties of such a task would of course be great. It was not usual to flag one's affiliations in this way. The danger of anachronism might well loom large. For the reader, however, called upon to navigate in the thicket of alien or half-familiar names the effort to remember who wrote what in which context will inevitably fail, with the result that the tensions internal to this discourse remain difficult to grasp.

Which is not to say that this would not be a wonderful book. Though extremely erudite and knowledgeable about the world it examines, it is written with a light pen and is full of insights and arguments that link the debates from four-five centuries ago to present concerns. The law of contracts becomes alive as a set of problems and solutions that are as plausible or implausible now as they were when the scholastics wrote. It is striking for example, how the scholastics begin to accept that a mercantile ethic may deviate from the morality applicable to ordinary Christians. The book does a marvellous job in showing the relevance of religious views for taking a position not only in regard to specific aspects of contract law but also to the very business of governing a society in which the »spiritual« and the »economic« have begun to take separate paths. It brings theology closer to life (and the other way around), by showing how the best theologians sought to manage concerns raised by the predominance of economic values in a post-traditional society. Whatever one thinks of their suggested principles and solutions, one cannot avoid admiring the scholastics as intellectuals *engagés*. If only the academy would today produce similar forces! Could theology provide such? Perhaps not, or at least not university theology. We may have to content ourselves with the heterodox group of political theorists and jurists commenting on the successive European »crises« from their tenured positions as experts in some rather narrow technical vocabulary. Having put this book down, one is left with a powerful sense that however intractable our present economic and political problems, there is nothing intrinsic in the academy that prevents its engagement in their resolution with an orientation towards political effect and spiritual renewal.



Wim Decock

Geldüberwuchert*

Beim Stichwort Wucher reißt manchem Rechtspolitiker die Geduld. Dabei haben interdisziplinäre Forschungen zu diesem Thema im Zuge der Finanzkrise und dank der erfolgreichen Entwicklung des islamischen Bankwesens in den letzten Jahren einen beachtlichen Aufschwung genommen. Die Frage, was vom Wucher übrigbleibt, stand im Februar 2011 im Mittelpunkt eines Workshops des Exzellenzclusters »Religion und Politik in den Kulturen der Vormoderne und der Moderne« an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, dessen Ergebnisse nunmehr in einem von *Matthias Casper*, *Norbert Oberauer* und *Fabian Wittreck* veröffentlichten Sammelband vorliegen. Auch wenn es den Herausgebern gelungen ist, die Debatte um einige neue Perspektiven zu erweitern, ist die Themenauswahl traditionsgemäß hauptsächlich auf die Zins- und Wucherkontroverse in den christlichen bzw. muslimischen Rechtstraditionen beschränkt. Der Zusammenbruch des christlichen Zinsverbots vor mindestens fünf Jahrhunderten ist allen bekannt. Aufgrund des Beitrags des Ökonomen *Volker Nienhaus* über die Entwicklung Sharia-konformer Finanztechniken erscheint jedoch am Ende die Frage legitim, ob nicht auch das Islamische *riba*-Verbot allmählich durch die Logik des Geldes überwuchert wird.

Durchaus erfrischend ist der Eröffnungsbeitrag des Alttestamentlers *Eckart Otto*. Der Autor betrachtet sowohl das Schuldenerlassgebot in Dtn 15,1–10 als auch das Zinsverbot innerhalb der jüdischen Gemeinschaft in Dtn 23,20–21 als biblischen Gegenentwurf zur neuassyrischen Praxis der Gerechtigkeitsakten. Diese Akten, in denen der Fürst einen Schuldenerlass ausrufen ließ, entsprachen im alten Orient der Funktion des Königs, für den Schutz der sozial Schwachen einzustehen. Die Neuassyrier sahen nun die Möglichkeit vor, den Gerechtigkeitsakt des Herrschers durch Abwehrklauseln in den Darlehensverträgen außer Kraft zu

setzen. Das Buch Deuteronomium dagegen trennt die Ebene der Moral von der des Rechts, indem der Schuldenerlass als ethischer, rechtlich nicht-einklagbarer Appell neben dem Recht konzipiert wird. Ein Bruderethos soll die Juden dazu veranlassen auf Kredit- und Zinsgewinn zu verzichten. Die mittelalterliche christliche Tradition leitete einen Prozess der Universalisierung dieser Binnenmoral und damit einhergehend eine Universalisierung des Zinsverbots ein. Den Umbruch, der die Moderne einläutete, verbindet Otto in Anlehnung an Benjamin Nelson mit einer Umkehrung dieses Prozesses, das heißt mit einer für die Marktlogik kennzeichnenden Ausweitung der Außenmoral, die seines Erachtens von den Reformatoren bekräftigt wurde.

Eine überblicksartige Darstellung vom Aufstieg und Niedergang des christlichen Zinsverbots vom Altertum bis ins 19. Jahrhundert wird vom Rechtshistoriker *Hans-Jürgen Becker* angeboten. Die synthetische Kraft dieses Beitrags ist exemplarisch für den Referenzcharakter, den der Sammelband ohne Zweifel dauerhaft genießen wird. Die rechtshistorischen Ausführungen Beckers lassen sich gut um *Joachim Wiemeyers* Analyse der Translation des herkömmlichen Zinsverbots in die christliche Sozialethik des 19. und 20. Jahrhunderts ergänzen. Tatsächlich verweist der gelernte Volkswirt und Theologe auf die Bemühungen etwa von Oswald v. Nell-Breuning (1890–1991), die neue Kategorie des »Sozialwuchers« einzuführen. Demnach ergibt sich Wucher aus gestörten gesellschaftlichen Machtverhältnissen, z. B. Wettbewerbsbeschränkungen auf dem Markt durch Kartellierung oder Monopolbildung. Unberührt bleibt die Frage, inwieweit die katholische Soziallehre durch diese neue Kategorie in der Nachkriegszeit zur moralischen Rechtfertigung der Wirtschaftsordnung auf europäischer Ebene beigetragen hat. Aufschlussreich sind Wiemeyers Überlegungen zur aktuellen

* MATTHIAS CASPER, NORBERT OBERAUER, FABIAN WITTECK (Hg.), Was vom Wucher übrigbleibt. Zinsverbote im historischen und interkulturellen Vergleich, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, VI, 195 S., ISBN 978-3-16-152768-5

Relevanz der Diskussion über Wucherzinsen, etwa bezüglich der Kreditvergabe in Entwicklungsländern. Der Ansicht Karl Homanns über den heuristischen Wert stark werthaltiger Kategorien folgend, sieht der Autor den Begriff »Wucher« als Indiz für moralisches Fehlverhalten, das dann aber einer präzisen ökonomischen Analyse bedarf, bevor die Situation als unfair beurteilt wird.

Zumindest vorübergehend wird von Experten des Islam Finance nicht erwartet, das Zinsverbot grundlegend umzudenken. Nach Ansicht des Unternehmensberaters *Philipp Wackerbeck* ist das Wachstumspotenzial für Sharia-konforme Kredit- und Versicherungsveranstaltungen geradezu unbegrenzt. Allerdings obliegt den Sachverständigen im Bereich Islamic Banking die schwere Aufgabe, das Spannungsverhältnis zwischen den teilweise entgegengesetzten Zielstreben von Wirtschaft, Religion und Recht überbrücken zu helfen. Aus dem von *Osman Sacarcelik* ausgeführten Fallbeispiel der islamischen Zertifikate (*sukuk*) ergibt sich, dass sich Friktionen zwischen den Erwartungen der Marktteilnehmer und den religiös inspirierten wirtschaftsethischen Prinzipien kaum vermeiden lassen. Dem »Profit-Loss-Sharing-Principle« gemäß fordert der Islam eine möglichst paritätische Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien: Allein aufgrund angemessener Risikoübernahme sind Gewinne erlaubt. Trotzdem wünscht sich der Markt ein sicheres Fremdkapitalinstrument, das feste Renditen abwirft und mit einer Kapitalgarantie ausgestattet ist. Diesbezüglich hätte sich ein Vergleich mit der teilweise von *Becker* behandelten 5%-Kontroverse (*contractus trinus*) in der christlichen Moraltheologie und Kanonistik der frühen Neuzeit empfohlen.

Wertvolle Erkenntnisse über Inhalt und Reichweite des *riba*-Verbots können dem Beitrag des Juristen und Islamwissenschaftlers *Norbert Oberauer* entnommen werden. Im Hinblick auf die zunehmende Kluft zwischen Ideal und Wirklichkeit im islamischen Kreditgeschäft warnt er implizit vor der Gefahr einer zynischen Gesamtevaluation. So sehr die Utopie durch die zahlreichen Umgehungsgeschäfte unterminiert wird, als normatives Ideal bleibt die Austauschgerechtigkeit im Islamic Banking wenigstens bestehen. Dem-

entsprechend bleibt ein Grundbewusstsein der Fragwürdigkeit von bestimmten Finanztechniken im Ansatz gewährleistet. In ähnlicher Weise bemerkt Oberauer m. E. zu Recht, dass die Bereitschaft, wirtschaftlichen Phänomenen, die sich nicht eliminieren lassen, durch kompromisshafte Konstruktionen einen rechtlichen Raum zu gestatten, wenigstens dazu führt, dass ein gewisser Grad an moralischer Kontrolle am Leben erhalten wird. Diese Überlegungen ließen sich problemlos auf die Beurteilungen der wirtschaftsethischen Bemühungen der spanischen Spätscholastiker, die im Sammelband übrigens vernachlässigt wurden, übertragen.

Selbst wenn man diesen Band uneingeschränkt anpreisen kann, dürfte der Leser das Fehlen eines Schlusskapitels, in dem die Erkenntnisse zusammengeführt werden, bedauern. Dabei hätte es reichlich Vergleichspotenzial zwischen dem Phänomen des Islamic Banking in der Gegenwart und dem kreativen Versuch der Herausbildung einer christlichen Wirtschaftsordnung im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit gegeben. Anregende Ansätze zu einer Gesamtreflection über Relevanz bzw. Irrelevanz des Zinsverbots werden immerhin von *Fabian Wittreck* am Ende des dritten Beitrags im Sammelband angeboten. Der Autor stellt nur geringe Einflüsse der Wucherdebatte auf das geltende Recht in Deutschland fest. Wie beispielsweise aus dem Beitrag von *Matthias Casper* hervorgeht, liegen dem aktienrechtlichen Zinsverbot keine moralischen Vorstellungen, sondern rein wirtschaftliche Motive zu Grunde. Außerdem verspricht die Konfrontation christlicher und islamischer Zinsverbote seiner Meinung nach nur einen unbefriedigenden Beitrag zum besseren kognitiven und emotionalen Verständnis des heutigen islamischen Kreditgeschäfts. Nicht zuletzt deutet er auf die Gefahr der Folgefrage hin (68), »ob dies nicht nur ein weiteres Anschauungsobjekt zum Beleg der beliebten These ist, der Islam habe diesbezüglich Nachholbedarf in Sachen Modernisierung bzw. Säkularisierung – das Christentum habe das Zinsverbot ja auch abgestreift ...«



Harald Maihold

Ich sündige, also bin ich!

Das spanische Drama als Probebühne für moralische Experimente*

Literatur- und Rechtsgeschichte haben bisher, jenseits der »Law and Literature«-Bewegung, kaum Berührungspunkte. Dass literarische Quellen aber einen reichen Fundus an moralischen Vorstellungen bereithalten, der eine rechtshistorische Würdigung verdiente, zeigt eine neue theaterwissenschaftliche Studie. Anknüpfend an ihr 2007 erschienenes Buch »Conscience on Stage«, geht Hilaire Kallendorf dem Sündenbegriff in frühneuzeitlichen spanischen Komödien nach, von denen sie, unterstützt durch eine digitale Edition, mehr als 800 Stücke auswertet, ergänzt durch Hinweise auf das englische Renaissancedrama und auf Bildmaterial. Strukturiert, lebendig und oft mit einem Augenzwinkern, ohne ihre Leser mit Zusammenfassungen der Stücke zu langweilen, zeigt die Autorin, in welcher Weise die spanischen Dramen die traditionellen moraltheologischen Organisationskategorien, d. h. die Todsündenlehre und die Zehn Gebote, einem kritischen Transformationsprozess unterwarfen.

Auf die Wurzeln des Theaters als moralischen Spiegels weist Kallendorf immer wieder hin. Doch bemüht sie auch die Marxistische Begriffswelt, wenn sie die Kategorien der Sündenlehre als »komplexe Moralökonomie« verstanden wissen will, in der Vorstellungen gehandelt, getauscht und ersetzt werden (5). Nach einleitenden Bemerkungen über die Methode und das untersuchte Archivmaterial stellt Kallendorf kurz den Forschungsstand dar, wonach die mittelalterliche Lehre von den sieben Todsünden in der frühen Neuzeit zunehmend durch den Rückgriff auf den Dekalog abgelöst worden sei und dies den Übergang von einer kollektivistischen zu einer individualistischen Sichtweise markiere (6 f.). Die Untersuchung gliedert sich in acht Kapitel – und (die bekannte Einteilung Raymond Williams' aufgreifend) in drei Blöcke –,

die den sieben Todsünden und den Zehn Geboten gewidmet sind.

Der erste Block (15–94) zeigt, dass Hochmut, Habgier und Wollust in der frühen Neuzeit ihren Stellenwert als moralische Ordnungskategorien weitgehend beibehielten. Kallendorf führt dies darauf zurück, dass wichtige Gebote des Dekalogs diesen Sünden entsprachen: Im Fall des Hochmuts waren es die Verbote von Idolatrie und Blasphemie, im Fall der Habgier, die in den verschiedensten Varianten thematisiert wird, das Diebstahlsverbot und im Fall der Wollust das Verbot des Ehebruchs, die für einen reibungslosen Übergang vom Todsünden- zum Dekalogschema sorgten. Zugleich habe sich als Alternative zu religiösen Sündenlehren im Fall des Ehebruchs ein verstärkt säkularer Bezugsrahmen angeboten.

Im zweiten Block (97–151) werden Differenzierungen angesprochen, die die Todsündenlehre durch die Inkorporation des Dekalogschemas erfuhr: Faulheit, Völlerei und Hass waren im Katalog der Zehn Gebote nicht mehr direkt enthalten (aber indirekt die Faulheit und die Völlerei im Gebot der Feiertagsheiligung mit Fastengebot, der Hass im Tötungsverbot). Sie erwiesen sich deshalb in den Komödien als weniger stabil und erfuhren partiell sogar eine positive Umdeutung: Müßiggang und gutes Essen waren in der höfischen Gesellschaft Spaniens für die Edelleute weniger eine Sünde als vielmehr Pflicht und (auch im Jenseits!) verdienter Lohn, und auch der Zorn wurde als Attribut Gottes nicht mehr geächtet, sondern, innerhalb gerechter Bahnen, als nachahmungswürdig empfunden (diskutiert wurde in den Dramen etwa die Tötung der ehebrecherischen Frau durch ihren Ehemann, die vom weltlichen Recht erlaubt wurde). Indem die Tötung in einen juristischen Kontext gestellt wurde, machte sich gegenüber der

* HILAIRE KALLENDORF, *Sins of the Fathers. Moral Economies in Early Modern Spain*, Toronto u. a.: University of Toronto Press 2013. XIII, 446 S., ISBN 978-1-4426-4458-8

Sündenlehre auch hier ein verstärkt säkularer Bezugsrahmen bemerkbar; der Zorn verwandelte sich von einer Sünde zur Leidenschaft.

Der dritte Block ist den Brüchen mit der Todsündenlehre gewidmet. Kallendorf zeigt, wie der Neid (155–173), der in den letzten beiden Geboten des Dekalogs fortlebte, in der höfischen Kultur ubiquitär wurde, als Sündenkategorie aber verschwand. Angesichts der spanischen Erfolge in der Neuen Welt bestand Kallendorf zufolge kein Objekt mehr für einen Neid der Spanier außer auf sich selbst. An seine Stelle traten positiv bewertete Eigenschaften wie Ansporn, Mitleid und (National-)Stolz, der insbesondere im niederen Landadel materielle Not kompensieren half. Zwei der zehn Gebote, die im Todsündenkatalog noch keine Entsprechung fanden, traten nach Kallendorf in das entstandene moralische Vakuum (174–201) ein: In der höfischen Kultur eines zunehmend verarmten Spaniens sei die Erziehung zum Gehorsam gegenüber den Eltern ein wichtiges immaterielles Erbe gewesen. Übertragene Bedeutungen des Gebotes hätten durchaus subversive Züge getragen, etwa indem Gott als himmlischer Vater gegenüber den irdischen Eltern ausgespielt wurde oder die Haftung der Söhne für die Sünden der Väter deren schlechtes Beispiel erst offenbarte. Das Verbot des falschen Zeugnisses war in den Dramen Anlass für eine generelle Debatte um Wahrheit und Lüge. Die in der höfischen Gesellschaft allgegenwärtige Intrigue verlor ihren Charakter als Sünde, an ihre Stelle traten säkulare Debatten um den Beweis der Wahrheit vor Gericht.

So unterstützt Kallendorfs Studie die These von der Ersetzung der Todsündenlehre durch den Dekalog als moralischer Organisationskategorie in der frühen Neuzeit, zieht allerdings auch die problematische Gleichsetzung des Todsündenschemas mit kollektivistischen und des Dekalogs mit individualistischen Vorstellungen in Zweifel.¹ Im Schlusswort (209–211) wendet sich die Autorin gegen bisherige Deutungen, die Entwicklung einseitig als Siegeszug des Dekalogs oder der Todsündenlehre zu begreifen. Stattdessen betont sie die individualistischen Aspekte beider Schemata. Die

Auseinandersetzung mit den Sünden auf der Bühne, die das Theater zur Probestühne für moralische Experimente gemacht habe, habe in der Spanischen Gesellschaft zu einem Prozess der Selbsterkenntnis und der Subjektivierung geführt. Umfangreiche Endnoten, eine Bibliographie sowie Verzeichnisse runden das Buch ab.

Trotz der interdisziplinären Zusammenhänge der Thematik bleibt Kallendorfs Studie eindimensional auf die spanischen Dramen beschränkt. Künstlerische Überzeichnungen in den Dramen werden von der Autorin durchaus in Rechnung gestellt, ein interdisziplinären Ansprüchen genügender Vergleich der literarischen mit rechts- bzw. theologiehistorischen Quellen wird jedoch nicht einmal angedacht. Die reiche moraltheologische Literatur der frühen Neuzeit, die zur Zeit der untersuchten Komödien von der Spanischen Spätscholastik getragen wird, wird leider nicht unmittelbar berücksichtigt. Auch von der Sekundärliteratur, die sich sowohl mit den moraltheologischen Ordnungskriterien als auch mit der Kategorie der »Vaterstrafe« ausführlich beschäftigt hat, wird nur eine kleine Auswahl, namentlich die Untersuchung Elena del Río Parras zu den spanischen Beichtsummen (*Cartografías de la conciencia española en la Edad de Oro*, 2008), herangezogen. Die großen Namen dieser Zeit – Vitoria, Covarrubias, Soto, Vázquez, Molina und Suárez – werden, wie auch die Sündenspezialisten des Mittelalters – Abelard, Gratian, Hostiensis, Panormitanus, Raymundus von Peniaforte – nicht einmal erwähnt, ja sogar Thomas von Aquin taucht nur einmal auf. Das muss als Versäumnis in einer Arbeit verbucht werden, die andererseits neben Michel Foucault, Max Weber und Jacques Derrida auch Gerhard Schröder, Brad Pitt und Speedy Gonzalez einer Erwähnung für wert hält. Denn tragfähige Aussagen über die untersuchten Transformationsprozesse lassen sich eigentlich nur erzielen, wenn die Deutungsmuster der Sünde in den spanischen Dramen mit den Anschauungen der Zuständigen der Zeit, und das waren die Moraltheologen und Kanonisten aus dem Umfeld der Spanischen Spätscholastik, in ein Verhältnis gesetzt werden. So

1 Der Dekalog in Exodus 20 ist mit seinen einleitenden Worten, in denen die Sünden der Väter bis ins dritte und vierte Glied verfolgt werden, keinesfalls Ausdruck einer rein individualistischen Moral, dazu auch

HARALD MAIHOLD (2005), Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre, Köln u. a., 277 ff.

wäre es interessant zu erfahren, ob die von Kallendorf vorgenommenen Verknüpfungen der Todsünden mit den Zehn Geboten auch von den Moraltheologen so gezogen wurden. Der Stellenwert der einzelnen Todsünden hätte näher untersucht werden können (in den Beichtsummen löste die Habgier den Hochmut als schwerste Sünde ab). Auch hätten weitere Ordnungskategorien wie die Sakramente, die vier Kardinaltugenden oder die Werke der Barmherzigkeit, die in den moraltheologischen Werken ebenfalls eine große Rolle spielen, in die Untersuchung aufgenommen werden können. Dass diese Aufgabe von einer einzelnen Unter-

suchung wie der vorliegenden nicht geleistet werden kann, versteht sich von selbst und gereicht Kallendorf nicht zum Vorwurf. Doch auf die Perspektiven einer interdisziplinären Weiterführung der Studie hätte hingewiesen werden müssen. Trotz oder gerade wegen dieses Versäumnisses sollte die Beschreibung der Sündenlehre in den spanischen Dramen für unsere Zunft weder Anlass für Neid noch Faulheit sein, sondern zum Ansporn, das dargelegte Material einer rechtshistorischen Würdigung zuzuführen.



Wim Decock

Papsttreu bis zum Tode*

Zu der herkömmlichen Vorstellung des Verhältnisses von Kirche und Staat im frühneuzeitlichen Frankreich gehört, dass Fürsten wie Ludwig XIV. die externe Bevormundung der französischen Kirche durch den Bischof von Rom zugunsten der Formierung einer nationalen Sonderkirche endgültig eingedämmt haben. Dementsprechend sind die 1682 unter Leitung von Jacques Bénigne Bossuet verfassten gallikanischen Artikel klassischer Bestandteil des französischen Selbstverständnisses in Sachen Politik und Religion geworden. Sie gelten als das natürliche Ergebnis einer logischen Entwicklung hin zur Verstetigung der Machtansprüche der lokalen weltlichen und geistlichen Machthaber dem Papst gegenüber, die spätestens mit der 1438 durch Karl VII. verabschiedeten Pragmatischen Sanktion von Bourges ihren ersten großen Erfolg feierte. Dass diese Errungenschaft nicht unumkämpft war, belegt nun allerdings die Dissertation von Cyrille Dounot über den äußerst papsttreuen Juristen Antoine Dadine d'Auteserre (1602–1682). Eine reichlich dokumentierte Biographie dieses Zivilrechtlers der Universität

Toulouse, die teilweise auf bisher unerforschte Archivmaterialien zurückgeht, bietet der Autor im ersten Teil seiner Arbeit an.

Aufgrund einer gründlichen Analyse vor allem des kanonistischen Schrifttums Dadines zeigt der Autor anschließend im zweiten Teil seines Buches auf, was für eine bissige Auseinandersetzung es im Frankreich der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts zwischen Gallikanern und Ultramontanen gegeben hat. Dadine wurde 1661 von der französischen Bischofskonferenz damit beauftragt, das gallikanische Traktat über den weltlichen Rekurs gegen Missbrauch der kirchlichen Gewalt (*l'appel comme d'abus*) vom burgundischen Rechtsanwalt Charles Fevret zu widerlegen. Bekanntlich spielten historische Argumente in dieser Auseinandersetzung eine bedeutende Rolle (es sei z. B. auf das 2009 erschienene Heft über den Gallikanismus in der *Revue de l'Histoire des Religions* verwiesen). Dementsprechend setzte Dadine dem gallikanischen Idealmodell der alten Afrikanischen Kirche das gregorianische Reformmodell entgegen. Er betonte die Superiorität des Römischen Rechts und des päpst-

* CYRILLE DOUNOT, *L'œuvre canonique d'Antoine Dadine d'Auteserre (1602–1682). L'érudition au service de la juridiction ecclésiastique*, Toulouse: Presses de l'Université 2013, 757 S, ISBN 978-2-36170-055-3

lichen Dekretalenrechts im Vergleich zum Gesetzesrecht der französischen Fürsten. Für Dadine war klar, dass die Zurückdrängung der Offizialate zugunsten der weltlichen Gerichtsbarkeit gegen die Bibel und die Grundlagen des kanonischen Rechts verstoße. Darüber hinaus warnte er davor, dass mit den steigenden Machtansprüchen der weltlichen Obrigkeit eine erhebliche Steigerung des Steuerdrucks einhergehen würde (*quod non capit Christus, capit fiscus*).

Wie Dounot im dritten Teil seiner Arbeit detailliert ausführt, war Dadine der Auffassung, dass sich die universelle kirchliche Jurisdiktionsgewalt nicht nur gegen weltliche Angriffe, sondern auch gegen Einzelinteressen lokaler Bischöfe, besonders in Frankreich, durchsetzen müsse. Kernanliegen seiner Bemühungen war letztendlich die Wiederbelebung einer von dem *Dictatus Papae* Gregors VII. und den Dekretalen Innozenz' III. geleiteten Welt, die eigentlich schon lange untergegangen war. Um dies zu erreichen war Dadine bereit, sogar die *communis opinio* der zeitgenössischen Kanonistik zu umgehen. Seine maßlose Bewunderung für die päpstliche *plenitudo potestatis* hinderte ihn beispielsweise daran, die Fälschung der pseudoisidorischen Dekretalen, insbesondere der konstantinischen Schenkung, anzuerkennen. Dabei galt Dadine eigentlich als der Cujas des Kirchenrechts, weil er das *Decretum Gratiani* einer tiefgehenden philologischen Kritik unterzogen hatte. Offenbar machten ihn seine ideologischen Bestrebungen manchmal dann doch ein wenig blind.

Dadine ist relativ kurz nach seinem Tod in Vergessenheit geraten. Die *Prolegomena* Van Hoves erwähnen nur noch kurz seine Kommentare zu den Dekretalen des Papstes Innozenz III. und den Klementinen. Dabei hatte Dadine ein umfangreiches und recht variiertes Œuvre geschaffen, mit – neben dem oben erwähnten Traktat zur kirchlichen Jurisdiktionsgewalt – grundlegenden Werken über die Fiktionen im Recht, das französische Feudalrecht, die Institute Justinians, die Ursprünge des Mönchtums und Dissertationen zu kirchenrechtlichen Spezialthemen. Deutsche Juristen wie Johann Schilter, Johan Georg Estor, Johann Friedrich Eisenhardt und Friedrich von Glück haben im Verlauf des 18. Jahrhunderts sogar Neudrucke von Teilen seines Œuvres veranlasst. Allerdings war das Denken Dadines von Beginn an zu rückwärts gewandt, als dass es eine dauerhafte Wirkung hätte entfalten können. Dadine vertrat seine Ideen in lateinischer Sprache, gerade in dem Moment, als das Französische den Status einer Weltsprache erreichte. Er predigte die Rückkehr des Römischen Rechts, auch wenn dieses schon seit einem Jahrhundert durch eine nationale französische Rechtskultur ersetzt worden war. Und er strebte eine Form von Ultramontanismus an, der selbst zu Lebzeiten Gregors VII. utopisch gewirkt hätte. Fünf Monate nach der Veröffentlichung der vier gallikanischen Artikel starb er. Es dürfte nicht nur aufgrund seines hohen Alters gewesen sein.



Sylvia Kesper-Biermann

Der aufgeklärte Tod auf Raten*

Die Todesstrafe gehört zu den in den Medien regelmäßig wiederkehrenden Themen, über ihre Recht- und Zweckmäßigkeit wird auf nationaler wie internationaler Ebene kontrovers diskutiert. Diese Debatten lassen sich mittlerweile über 200

Jahre zurückverfolgen: Mitte des 18. Jahrhunderts setzten in Europa die Auseinandersetzungen darüber ein, ob die Strafe am Leben als obrigkeitliche Sanktion grundsätzlich beizubehalten sei. Das Großherzogtum Toskana schaffte mit seinem Straf-

* GERHARD AMMERER, Das Ende für Schwert und Galgen? Legislativer Prozess und öffentlicher Diskurs zur Reduzierung der Todesstrafe im Örtlichen Verfahren unter Joseph II.

(1781–1787), (Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs, Sonderband 11), Wien: Österreichisches Staatsarchiv 2010, 633 S., 32 Abb., ISBN 978-3-7065-4935-6

gesetzbuch von 1786 (»Leopoldina«) als erster Staat weltweit die Todesstrafe ab; das »Allgemeine Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung« (»Josephina«) folgte nur kurze Zeit später, Anfang 1787, für die Erbländer der Habsburgermonarchie. Trotz ihrer Vorreiterrolle hat die deutschsprachige (rechts-)historische Forschung beide Kodifikationen jedoch bis in die jüngste Zeit nur am Rande beachtet. Diese Forschungslücke ist jetzt durch eine kommentierte Übersetzung der Leopoldina¹ sowie die umfangreiche Studie von Gerhard Ammerer über das Josephinische Strafgesetzbuch geschlossen worden.

Ammerer geht zwar von der (Abschaffung der) Todesstrafe aus und stellt sie in den Mittelpunkt seiner Analyse, ordnet sie aber breit in den Zusammenhang der Gesetzgebungsarbeiten zwischen 1781 und 1787 ein, so dass er mit seiner Salzburger Habilitationsschrift die erste detaillierte Studie über die Strafrechtskodifikation insgesamt vorlegen kann. Das hängt zum einen mit seinem einer »integralen Rechtsgeschichte« verpflichteten methodischen Ansatz zusammen, anhand der Untersuchung der Entstehung des Gesetzbuches Aufschluss über Ideen, Argumente, Einflussfaktoren sowie die Interessen und das Zusammenwirken unterschiedlicher Akteure im legislativen Prozess zu erhalten. Zum anderen liegt der Arbeit ein bislang noch nicht ausgewerteter Aktenbestand aus dem Umfeld der Gesetzgebungskommission zugrunde, der die bisherige schlechte, durch breite Verluste gekennzeichnete Quellenlage deutlich verbessert. Ein Teil dieser Dokumente ist im Anhang (437 ff.) auf über 100 Seiten ediert. Darüber hinaus hat der Verfasser die weitere verstreute archivalische Überlieferung sowie die reichhaltige zeitgenössische Broschürenliteratur umfassend berücksichtigt.

Die teilweise recht kleinteilige Gliederung besteht aus sechs auf die Einleitung folgenden und überwiegend chronologisch angeordneten Hauptkapiteln. Zunächst wird die Ausgangslage in den 1770er und 1780er Jahren beschrieben (Kap. 2), wobei die *Constitutio Criminalis Theresiana* von 1768/69 als Rechtsgrundlage sowie die beginnende öffentliche Auseinandersetzung um die Legitimi-

tät der Todesstrafe im Mittelpunkt stehen. Darauf folgt die Betrachtung des Jahres 1781, als ein kaiserlicher Auftrag die behördliche Diskussion über die Reform des Strafrechts in Wien in Gang setzte (Kap. 3). Der nächste Abschnitt widmet sich dem Strafrechtsdiskurs zwischen 1781 und 1788, verstanden als publizistische Debatte »zwischen Experten und Funktionsträgern [...] einerseits und der Bevölkerung, vor allem dem gebildeten Bürgertum andererseits« (185), die in Form bildlicher Darstellungen, vor allem aber in Broschüren und Romanen erfolgte. Der detaillierten Schilderung der verschiedenen, bislang im Einzelnen noch nicht bekannten Etappen des Gesetzgebungsprozesses innerhalb der Bürokratie ist Kapitel fünf gewidmet. Sechstens geht es um das verabschiedete »Allgemeine Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung« von 1787, dessen Inhalt, Bewertung und Auswirkungen. Dabei wird deutlich, dass die Verabschiedung der Kodifikation im Zusammenhang mit weiteren Rechtsreformen, nämlich der Gerichtsverfassung (Organisationspatent 1787) und des Strafverfahrens (Allgemeine Kriminal-Gerichtsordnung 1788) stand. Die weitere Entwicklung des habsburgischen Strafrechts bis zum Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen von 1803, das die Josephina ablöste, erläutern die folgenden Ausführungen im Überblick (Kap. 7).

Im Fazit (429–435) gruppiert Ammerer seine knapp zusammengefassten Erkenntnisse um die drei Aspekte Verlauf und Akteure des Gesetzgebungsprozesses, Ziele und Motive der Strafrechtsreform sowie Abschaffung der Todesstrafe. Die Entstehung der Strafrechtskodifikation von 1787 erscheint *erstens* als ein langwieriger und komplexer Prozess des »Aushandelns von Normen und Inhalten« (431) zwischen verschiedenen Akteuren, wobei dem Kaiser und der sog. Kompilationshofkommission, dem zentralen Gesetzgebungsgremium, die größte Bedeutung zukam. Besonders bemerkenswert ist das persönliche Interesse und Engagement des Monarchen, bis in einzelne Formulierungen hinein selbst mitzuwirken. Auf der Basis von drei Grundsatzgutachten erarbeitete die Kommission bis 1783 einen ersten Entwurf des

1 HANS SCHLOSSER, Die »Leopoldina«. Toskanisches Strafgesetzbuch vom 30. November 1786, Berlin/New York 2010.

Gesetzbuches, der in mehreren Revisions- und Überarbeitungsschritten schließlich bis 1787 fertiggestellt und publiziert wurde. Daran hatten weitere Behörden wie etwa die Appellationsgerichte und auch Einzelpersonen, etwa der für die Redaktion zuständige Joseph von Sonnenfels, Anteil; zudem lassen sich – nicht näher spezifizierte – Wechselwirkungen zwischen »innerem Entscheidungsfindungsvorgang« und »öffentlichem Diskurs« in Broschüren und Druckschriften feststellen (83). Die Beteiligung der gebildeten Öffentlichkeit erfüllte für den Monarchen zu weiten Teilen eine Legitimationsfunktion für die neue Gesetzgebung (183).

Auch wenn sich die Kompilationshofkommission in einigen Punkten gegenüber dem Monarchen durchsetzen konnte, spiegelte das Gesetzbuch von 1787 nach Ansicht des Verfassers im Ergebnis *zweitens* vor allem die »persönlichen Strafvorstellungen Josephs II.« (361) wider. Diese seien in erster Linie durch Utilitarismus und generalpräventive Abschreckung, nicht jedoch durch humanitäre Überlegungen geprägt (z. B. 278), was unter anderem an der Beibehaltung entehrender und sehr harter Strafen wie der Brandmarkung, der öffentlichen Züchtigung oder der schärfsten Form der Kettenstrafe (»Anschmiedung«) deutlich wird. Insbesondere in diesen Punkten widersprach die Kodifikation den Forderungen der strafrechtlichen Aufklärung, und sie gehörten zu den ersten Bestimmungen, die der Nachfolger Josephs II. 1790 abänderte. Die Gesamtbilanz fällt jedoch differenziert aus: In anderen Belangen erfüllte das Gesetzbuch nämlich aufklärerische Postulate, etwa in der egalitären, auf die Durchsetzung der staatlichen Souveränität im Rechtswesen und die Schaffung eines einheitlichen Untertanenverbandes gerichteten Zielsetzung, im Aufbau und in der Sprache, aber auch darin, dass eine Reihe von Sexual- und Religionsdelikten nun gar nicht mehr strafrechtlich oder deutlich milder geahndet wurden. Sie fanden sich nun im zweiten Teil der Kodifikation, die neben den Kriminal- auch die sog. »politischen Verbrechen«, also das Polizeystrafrecht, umfasste.

Wie sehr Berechtigung und Zwecke staatlichen Strafens als zentrales Thema die gebildete Öffentlichkeit beschäftigten, zeigen die ausgewerteten Broschüren. Sie setzten sich neben allgemeinen Fragen des Kriminalrechts auch konkret mit dem 1787 publizierten Gesetzbuch auseinander. Es stieß überwiegend auf solche Kritik, dass der Wiener Polizeidirektor 1790 die »schwerwiegende Unzu-

friedenheit in der Bevölkerung« und ein »wachsendes Misstrauen an der Monarchie« wesentlich auf die Missbilligung der neuen Kodifikation zurückführte (372). Tatsächlich hatten sich zu diesem Zeitpunkt schon einige Lücken und Probleme bei der Anwendung gezeigt.

Die Todesstrafe gehört schließlich *drittens* zu den in der Publizistik, aber auch innerhalb der Bürokratie besonders umstrittenen Punkten. Im Strafsystem der Theresiana von 1768/69 hatte die Sanktion noch eine »beherrschende Rolle« gespielt: Sie war auf 42 Delikte angedroht, wurde jedoch vergleichsweise selten vollzogen; für die 1770er Jahre geht man von etwa 30 Hinrichtungen jährlich in den Erbländen aus (43). Bei den Reformarbeiten der 1780er Jahre herrschte Einigkeit über eine Reduktion der todeswürdigen Verbrechen, doch war deren Ausmaß umstritten. Die Abschaffung der Strafe am Leben verfügte dann der Kaiser persönlich Ende 1783/Anfang 1784 – vermutlich unter dem Einfluss der Arbeiten an der toskanischen Leopoldina. Im verabschiedeten »Allgemeinen Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung« gab es die Todesstrafe dementsprechend im ordentlichen Verfahren nicht mehr; sie wurde lediglich für das bei »Aufruhr und Tumult« anzuwendende Standrecht beibehalten (§§ 20, 53).

Der letztgenannte Punkt bildet ein Argument für die überzeugende zentrale These des Verfassers, die Kodifikation von 1787 habe nicht das Ende der Todesstrafe in Österreich bedeutet (383–401). Vielmehr sei diese nicht nur auf dem »legislativen Umweg« über das standrechtliche Verfahren bei bestimmten politischen Verbrechen, sondern auch durch die besonders grausamen Strafen des Schiffziehens, der Brandmarkung und der schweren Kettenstrafe beibehalten worden. Diese Sanktionen wurden vom Kaiser als Äquivalente für die Strafe am Leben angesehen, weil sie entweder den baldigen Tod des Delinquenten oder – im Fall der Brandmarkung – die »soziale Tötung« bewusst in Kauf nahmen. Die Sanktionen hätten zudem zu einer wesentlich höheren Sterblichkeit geführt als die Hinrichtungen unter der Theresiana – allein für das Schiffziehen nennt die Studie eine Zahl von rund 100 Todesopfern pro Jahr (390). Der »episodenhafte Charakter« der Josephina (425) in der Strafrechtsgeschichte der Habsburgermonarchie zeigte sich insofern nicht nur an der kurzen Geltungsdauer des Gesetzbuches, sondern auch daran, dass die Wiedereinführung der Todesstrafe im ordentlichen Verfahren für sieben Delikte 1803

mit einer äußerst geringen Vollstreckungsfrequenz von rund 12 Todesurteilen jährlich bis zur Jahrhundertmitte einherging (427).

Der eingangs bereits hervorgehobene Vorzug der Studie, die Gesetzgebungs- und Diskursgeschichte der Todesstrafe in der Habsburgermonarchie im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts in größere Zusammenhänge einzuordnen, bringt jedoch auch Nachteile mit sich. So lässt sich keine eindeutige Schwerpunktsetzung feststellen, die einzelnen Bereiche der Darstellung wirken eher locker unter dem Dach der Strafe am Leben verbunden. Das zeigt sich beispielsweise im Hinblick auf die Ausführungen zu den Strafanstalten: Zwar sind die Freiheitsstrafen als alternative Sanktionen zur Todesstrafe grundsätzlich für das Thema von Bedeutung, doch nehmen die detaillierten Ausführungen über Gefängnisse, Zucht- und Arbeitshäuser für einen Fokus auf die Todesstrafe bzw. die

Gesetzgebungsgeschichte zu großen Raum ein. Hier kann der Verfasser auf seine umfangreichen Forschungen zur Strafvollzugsgeschichte aufbauen. Andererseits hätte man sich, wie beim expliziten Bezug auf die Leopoldina geschehen, einen Vergleich des habsburgischen Falls mit weiteren europäischen Ländern oder anderen Territorien des Alten Reichs gewünscht. Dann wäre über die Einordnung der Kodifikation von 1787 in die österreichische Strafrechtsgeschichte hinaus noch deutlicher geworden, in welchen Punkten Gemeinsamkeiten und Unterschiede und damit Spezifika der Wiener Entwicklung bestanden. Insgesamt zeichnet die Studie auf breiter Quellenbasis ein differenziertes Bild der josephinischen Strafrechtsreform und füllt damit eine Forschungslücke.



Vera Finger

Am Morgen singen die Vögel*

Paul Schlesinger alias SLING ist zur Gründungslegende der deutschen Gerichtsreportage geworden. Ohne ihn gäbe es den modernen Gerichtsbericht als »Kunstwerk« nicht – Sling habe diese stilistische Form erst erfunden, so war sich Gabriele Tergit, ihres Zeichens selbst Gerichtsreporterin der 1920er Jahre und Kollegin von Sling in Berlin-Moabit, sicher. Gerhard Mauz, der SPIEGEL-Gerichtsreporter der Bonner Republik, wird mit der Selbstverneinung zitiert, Sling sei der einzig wirklich legendäre Gerichtsberichterstatter Deutschlands.¹ Zur Legendenbildung tragen dato Ferdinand von Schirach oder Hans Holzhaider von der Süddeutschen Zeitung bei. Vormalst taten Gustav Radbruch und Robert Kempner das Ihrige: Zusammen besorgten sie 1929 eine erste Sammelausgabe der Gerichtsreportagen, die zwischen 1921

und 1928 in der Vossischen Zeitung veröffentlicht worden waren. Radbruch gab dieser Sammlung ein Vorwort und Kempner gab sie 1969, neu kommentiert, noch einmal heraus. Der Tenor dieser Stimmen gleicht sich: Slings Texte würden das »pralle Leben« der Weimarer Republik zeigen, wie es im Berliner Straßengerichtssaal erschienen war. Sie zeichneten sich durch genaue Beobachtung, feinen Humor und einfühlsamen Humanismus aus. Sachlichkeit und Menschenwürde literarisch kunstvoll vereint – haben die Gerichtsreportagen von Sling deshalb ein solch legendäres Gewicht?

Wer nach Antworten sucht, kann seit letztem Jahr zu der bisher umfassendsten Sammelausgabe der »Berichte aus dem Gerichtssaal« greifen. Ihr Herausgeber, Axel von Ernst, schreibt damit eine

* SLING (PAUL SCHLESINGER), Der Mensch, der schießt. Berichte aus dem Gerichtssaal, hg. von AXEL VON ERNST, Düsseldorf: Lilienfeld Verlag 2013, 400 S., ISBN 978-3-940357-27-4

1 FERDINAND VON SCHIRACH, Die Bühne der Weimarer Republik, in: Der Spiegel 33/2011, 138.

Tradition fort: Die Publikationskonjunktur der gesammelten Sling'schen Gerichtsreportagen bestimmt sich nach Krisen- und Reformzeiten (1929, 1969, 1977, 1989 noch als DDR-Ausgabe, 2013). Ist ihre Veröffentlichung ein Indiz für vermehrte Spannungen im politischen Verhältnis von Strafjustiz, Presse und Öffentlichkeit? Vielleicht bieten die beobachtenden und humanistischen Texte gerade in Umbruchszeiten der Demokratie eine besinnliche Lektüre und sind deswegen so legendär.

Ihr Autor Sling schrieb sie zu einer Zeit, in der Zeitungen das Hoch als konkurrenzlose Informationsquellen erreicht hatten. Der Rundfunk oder gar das Fernsehen hatten die Blütezeit als allgemein zugängliche Medien erst noch vor sich; der Durchschnittsbürger griff kaum zu Literatur und Büchern – die Zeitung hingegen gehörte ebenso in seine Hand wie das Bierglas.² Die Vossische Zeitung, die publizistische Heimat von Sling, bediente von jeher das akademische, intellektuelle Publikum der liberal-progressiven, bürgerlichen Schicht und zählte zu den überregionalen und einflussreichen Schwergewichten der deutschen Tagespresse. Von dieser publizistischen Baumkrone aus schrieb Sling weithin sichtbar über die Strafprozesse in Berlin-Moabit.

Sein Stil war präzise und bildhaft, seine Texte sind von gestochen scharfer Sprache und zugleich hinreißend lebendig. Gegen den Vorwurf überschießender Phantasie wusste Sling sich zu wehren: »Eine Objektivität gibt es nicht. Weder in der Wissenschaft noch am Richtertisch« (21). Seine Haltung zu Objektivität und Subjektivität, Sachverhalt und Phantasie entsprang allerdings keiner kleinen Stilkunde oder Taschenphilosophie für Journalisten. In seiner Haltung kam die Kunst zum Tragen. Sie muss für Sling, den Kabarettisten, Kinderbuchautoren und Dramaturgen, der erst mit 40 Jahren zum Gerichtsreporter wurde, ein Lebenselement gewesen sein. Seine Beobachtungen und Beschreibungen der Menschen im Gerichtssaal vereinen Motive der Neuen Sachlichkeit und des Expressionismus. »Weil er [...] ein Künst-

ler blieb, darum hat er den Erfolg seines Lebens ernten dürfen«, ³ betrauerte man Sling nach seinem frühen Tod 1928.

Die von ihm so bildhaft ausgemalten Szenen der Wirklichkeit sind aber mehr als literarische Kunstgriffe, wenn man sie als Gerichtsreportagen kontextualisiert. Über was schrieb Sling? Die *Causés célèbres* der Berliner Gesellschaft waren für ihn ein Gegenstand seines journalistischen Interesses – ein Gegenstand unter vielen weiteren: Sling verstand sich und seine Texte nicht als »Leitmedium der Sensation«. ⁴ Er schrieb über den Alltag vor Gericht, über »kleine Sünden« und »die ganze Welt«. Einen Skandal wie den »Reigen-Prozess« (264 ff.) um Arthur Schnitzler's pornographieverdächtigtes Theaterstück ließ er ebenso wenig aus wie die »Steglitzer Schülertragödie« (72 ff.; 382 ff.). Ebenso gut schrieb er aber auch über den Studienreferendar Dr. Schreiber, der sich durch den Totschlag seiner Ehefrau hervor getan hatte: »Fast unvermittelt ragt in das behagliche Schlemmerleben des kleinen Mannes die furchtbare Tat: die einzige seines Lebens« (39). Erst durch Slings Augen entfaltete sich die ganze Tragik eines Postbeamten, den seine Midlife-Crisis vor den Strafrichter geführt hatte: »Ein kleiner, unansehnlicher Mann, schüchtern, dürrig, sorgenbeladen [...], erklärte seiner Frau, er müsse sich sofort von ihr scheiden lassen, denn nun habe er gefunden, was ihm immer gefehlt. [...] Seinen Dienst versah er tadellos, aber er verkaufte fast den ganzen Haushalt, um der Geliebten willen. Am Ende fälschte er eine [...] Postanweisung« (197 ff.). Die Berliner Eierhändler hingegen betrogen gleich kistenweise: »Wir verhandeln immer über die Kiste und was draufstand. Aber was für Eier wirklich in der Kiste waren, weiß kein Mensch«, gab Sling einen ihrer Strafverteidiger wieder (120). Auch der Beleidigungsprozess zwischen einem Großschlachtmeister und einem Tierarzt folgte eher verborgenen Kriterien: »Hosentrompeter! [...] Es hat sich während der ganzen Verhandlung nicht der geringste Anhaltspunkt dafür ergeben, was etwa der Sinn dieses Wortes

2 Dazu ERIC A. JOHNSON, *Urbanization and Crime, Germany 1871–1914*, Cambridge 1995, 55 ff.; 56.

3 Nachruf auf SLING, in: Beilage zur Vossischen Zeitung, Nr. 241 vom Mittwoch Abend, 23. Mai 1928.

4 Dies war aber die Funktion der Berliner Lokalzeitungen; so PHILIPP

MÜLLERS bis 1914 reichender Befund: Auf der Suche nach dem Täter. Die öffentliche Dramatisierung von Verbrechen im Berlin des Kaiserreichs, Frankfurt am Main 2005, 362.

sei. Ich weiß es nicht, der Herr Staatsanwalt weiß es nicht – das Gericht weiß es vermutlich auch nicht« (163 ff.).

Die Texte von Sling, ob über Skandal oder Alltag, verloren sich nicht in Anekdoten. Das konnte nur gelingen, weil Sling stets eine Vorstellung vom Ganzen mit sich führte: In Berlin-Moabit sah er nicht nur den einzelnen Angeklagten, Zeugen, Menschen, dessen »mit wenigen Strichen hingeworfenes Miniporträt« (Hans Holzhaider im Nachwort, 397) auf Anhieb alle Aufmerksamkeit fängt. Er sah mehr. Das deutete er mit typologisierten Richterporträts (»Der Jurist«, »Der Beamte«, »Der große Richter«, »Der Leidende«, »Der Strafrichter«; 359 ff.) an. Auf abstrakter Ebene setzte sich Sling auch mit dem Zweck der Strafe auseinander. Präzise und knapp schrieb er unter dem Titel »Der Mensch, der schiesst« (1926; 13 ff.) eine Art theoretisches Bekenntnis nieder: »[...] noch blieb ein Strafzweck übrig: die Abschreckung. Seitdem strafen wir Unschuldige, um [...] abzuschrecken, [...] lassen wir die explodierenden Unschuldigen für uns sterben.« Der Verbrecher ist derjenige, der »für die Menschheit auf dem Schafott verblutet« (1925; 35). Das Strafrecht, das Sling in Berlin-Moabit beobachtete, war also eines der Gesellschaft. Dem präventiven, repräsentativen und symbolischen »Für-uns-Sterben« begegnete man mit Gleichmut oder Mitleid – beides sind

Anwendungen von nur kurzer Dauer, die durch »Gottes höchstes Gut«, das »miserable Gedächtnis«, gnädigerweise wieder im Nebel versinken dürfen. Von Berlin-Moabit aus versuchte Sling damit auch an Bequemlichkeit und Betroffenheit, den Festungen des Bürgertums, zu rütteln: »Ist jemand für uns gestorben, haben wir eine schlaflose Nacht verbracht – am Morgen singen die Vögel.«

Das Strafrecht lebt als Recht davon, dass es »unausgeglichene Widersprüche [...] hinter dem Harnisch der Korrektheit« (19) zu verbergen sucht – das gelang in Slings Augen aber nicht. In Berlin-Moabit sah er zwei solitäre Welten bestehen: »Versteinerte« und »allegorische« »Nüchternheit, Ereignislosigkeit, Sachlichkeit« »neben dem lebendigsten Strom des Leides«. Als Gerichtsreporter versuchte Sling immer wieder, diese zwei Welten und damit auch die Kluft, die sich zwischen ihnen mit dem modernen Strafrecht aufgetan hatte, aufzuzeigen. Slings Texte bieten mehr als zeithistorische, humanistische oder besinnliche Lektüre. Seine Gerichtsreportagen sind veritable Gegenerzählungen zum modernen Recht – sprachlich, inhaltlich, funktional. In dieser Zeitlosigkeit liegt ihre stärkste Kraft.







Karl Härter, Tina Hannappel, Conrad Tyrichter, Thomas Walter

Terrorismus für die Rechtsgeschichte?

Neuerscheinungen zur Geschichte politischer Gewalt im 19. und 20. Jahrhundert*

Post 9/11 haben Forschungen zur Geschichte des »Terrorismus« weltweit Konjunktur. Kaum eine neuere Überblicksdarstellung zur Geschichte der politischen Gewalt und der Staatsverbrechen kommt ohne »Terrorismus« und den Referenzpunkt »9/11« aus, darunter die auf einer älteren Monographie basierende, 2012 publizierte und auf den universitären Unterricht bzw. ein breiteres Lesepublikum zielende *Introduction to Political Crime* von Jeffrey Ian Ross,¹ der 2011 erschienene historische Überblick über die Geschichte der *Crimes Against the State. From Treason to Terrorism* von Michael Head² oder die von mehreren französischen Autoren 2010 verfasste Darstellung historischer Terrorismusphänomene *Terrorismes: Histoire et Droit*.³ Im Gegensatz zu älteren Darstellungen erscheint »Terrorismus« inzwischen als zentraler Zugang zur Geschichte politischer Gewalt, auch im Hinblick auf die grenzübergreifenden und internationalen Dimensionen sowie die rechtlichen und polizeilichen Gegenmaßnahmen des *counter-terrorism*.⁴ Allerdings konzentrieren sich die historische Forschung wie die Politik- und Rechtswissenschaft auf den modernen zeitgenössischen »Terrorismus« seit dem Ersten Weltkrieg und diskutieren Erscheinungsformen, Ursachen sowie Strategien zu dessen Bekämpfung und Bewältigung.⁵ Nur wenige der in den letzten Jahren erschienenen, teils auch neu aufgelegten Gesamtdarstellungen gehen zeitlich weiter zurück und

beziehen die Zeit nach der Etablierung des »Terrorismusbegriffs« durch die Französische Revolution mit ein oder greifen gar bis zur Antike aus. So beginnt Randall D. Law seine 2009 publizierte Geschichte des Terrorismus mit dem Kapitel *Terror and Tyrannicide in the Ancient World*, gefolgt von Abschnitten über das Mittelalter und die Frühe Neuzeit.⁶ Antike und Mittelalter nur kurz streifend, sucht Martin A. Miller dagegen die *Foundations of Modern Terrorism* in der politischen Gewalt des frühneuzeitlichen Europa, deren Ursprünge er insbesondere in den konfessionellen Konflikten verortet.⁷

Bereits dieser kursorische Überblick macht deutlich, dass die historische Forschung unter »Terrorismus« sowohl hinsichtlich der zeitlichen Dimension als auch bezüglich der darunter gefassten Phänomene ein weites Feld bearbeitet. Zu diesem existieren allerdings kaum neuere Forschungsüberblicke, die sich umfassender mit der Frage beschäftigen, ob sich die »Terrorismusgeschichte« historisch vor den modernen Terrorismus des 20. Jahrhunderts ausdehnen lässt und welche Ansätze und Konzepte hierbei verwendet werden könnten. Einen ersten Überblick über den aktuellen Stand der geschichtswissenschaftlichen Terrorismusforschung hat Sylvia Schraut vorgelegt. Ausgehend von der zeitgeschichtlichen Forschung (vor allem zur RAF) nennt sie die folgenden Perspektiven, um terroristische Gewalt zumindest bis zur

* BACH JENSEN, RICHARD, *The Battle against Anarchist Terrorism. An International History, 1878–1934*, Cambridge: Cambridge University Press 2014, 424 S., ISBN 978-1-107-03405-1
Gewalt ohne Ausweg? Terrorismus als Kommunikationsprozess in Europa seit dem 19. Jahrhundert, hg. von KLAUS WEINHAUER und JÖRG REQUATE, Frankfurt a. M.: Campus Verlag 2012, 317 S., ISBN 978-3-593-39770-2
An International History of Terrorism. Western and Non-Western Experiences, hg. von JUSSI M. HANHIMÄKI and BERNHARD BLUMENAU,

London: Routledge 2013, 336 S., ISBN 978-0-415-63541-7
Radikale Milieus. Das soziale Umfeld terroristischer Gruppen, hg. von STEFAN MALTHANER und PETER WALDMANN, Frankfurt a. M.: Campus Verlag 2012, 390 S., ISBN 978-3-593-39599-9
Terrorism and Narrative Practice, hg. von THOMAS AUSTENFELD, DIMITER DAPHINOFF and JENS HERLTH, Wien: LIT Verlag 2011, 248 S., ISBN 978-3-643-80082-4
Terrorismus und Geschlecht. Politische Gewalt in Europa seit dem 19. Jahrhundert, hg. von CHRISTINE HIKEL und SYLVIA SCHRAUT, Frank-

furt a. M.: Campus Verlag 2012, 326 S., ISBN 978-3-593-39635-4

1 ROSS (2012).

2 HEAD (2011).

3 LAURENS/DELMAS-MARTY (2010).

4 DE GRAAF (2011).

5 SPENCER/KOCKS/HARBRICH (2011).

6 LAW (2009).

7 MILLER (2013).

Französischen Revolution historisch fruchtbar erforschen zu können: eine Einbettung in die Geschichte der (politischen) Gewalt; eine Kultur- und Mediengeschichte von Terrorismus als Teil der Erinnerungskultur und der Entwicklung von Medien, Kommunikation und Deutungsmustern sowie die Schnittstellen zur historischen Genderforschung. In dieser Perspektivierung würden sich »Kernelemente des Terrorismus für eine (transnational) vergleichende Analyse eignen«.⁸ Eine verstärkte transnationale Analyse und Berücksichtigung von Diskursen fordern auch Christopher Daase und Alexander Spencer in ihrem umfassenden politikwissenschaftlichen Forschungsüberblick, um unterschiedliche Formen politischer Gewalt zu untersuchen.⁹ Deutlich wird dabei jedoch, dass dies für eine vor die Zeitgeschichte zurückgehende historische Analyse mit Schwierigkeiten und Ambiguitäten im Hinblick auf die kontroverse Definition des »Terrorismusbegriffs« insbesondere hinsichtlich der rechtlichen und historischen Tragfähigkeit einhergeht. Denn rechtshistorische Ansätze – die rechtlichen Reaktionen auf politische Gewalt und deren Bearbeitung als politische Kriminalität wie die Funktion von Recht und Justiz als ein Feld des Austrags und der Regulierung der entsprechenden Konflikte – werden kaum als ein Kernelement in die historische Terrorismusforschung bzw. den Terrorismusbegriff integriert, zumal wenn die einschlägigen Neuerscheinungen von aktuellen Ereignissen wie »9/11« ihren Ausgangspunkt nehmen.

Im Folgenden soll anhand einiger ausgewählter Neuerscheinung gefragt werden, inwiefern »Terrorismus« auch für die Rechtsgeschichte der politischen bzw. Staatsverbrechen vor der Etablierung des »modernen« zeitgeschichtlichen Terrorismus Erträge und Einsichten liefern kann. Angesichts der großen Diversität der in den letzten Jahren erschienenen Darstellungen, die teils sehr unterschiedliche Phänomene politisch motivierter Gewalt über verschiedene Epochen und Gesellschaftsformationen zum Gegenstand haben, können die Bewertungs- und Vergleichskriterien kaum aus einer historischen Phänomenologie abgeleitet werden. Vielmehr werden im Folgenden drei strukturierende Schwerpunkte gesetzt, anhand derer sechs

exemplarische Neuerscheinungen vorgestellt und besprochen werden:

- die Konzeptualisierung und Anwendung eines historischen Terrorismusbegriffs, verbunden mit der generellen Frage der rechtlichen, politischen und historischen Definition von »Terrorismus« als spezifische Form politisch motivierter, performativer Gewalt, die sich auf politisch-symbolische Ziele und ubiquitär auf unbeteiligte Opfer richten kann, um eine öffentliche Wirkung – allgemeine Angst und staatliche Reaktionen – zu erreichen;
- die Rolle der Massenmedien und Diskurse, die sowohl die performative und kommunikative Dimension terroristischer Gewalt als auch die entsprechenden staatlichen und gesellschaftlichen Reaktionen vermittelten, verstärkten oder womöglich erst erzeugten und damit auf politische Gewalt, staatliche Sicherheitspolitik und Sicherheitsempfinden zurückwirken konnten;
- die Gegenmaßnahmen der betroffenen Staaten, wobei insbesondere nach rechtlichen Reaktionen (Strafrecht/Strafjustiz, Ausnahmegesetzgebung/Ausnahmestand), Sicherheitspolitik und den grenzübergreifenden, trans- und internationalen Dimensionen gefragt werden soll.

Diese Schwerpunktsetzung gründet sich sowohl auf neuere Ansätze der rechtshistorischen Forschung – vor allem im Hinblick auf die Geschichte des politischen Verbrechens und der Formierung transnationaler Strafrechtsregime¹⁰ – als auch auf allgemein in der historischen Forschung und den hier besprochenen Werken erkennbare Forschungsinteressen, die sich aus der historischen Kriminalitätsforschung, der Medien- und Geschlechtergeschichte, der historischen »Sicherheitsforschung« oder der transnationalen Geschichte speisen. Der zeitliche Fokus wird dabei weniger auf den modernen zeitgenössischen Terrorismus gelegt, sondern es wird vor allem nach der Tragfähigkeit eines zumindest bis ins 19. Jahrhundert zurückreichenden historischen Terrorismusbegriffs gefragt. Insofern sind auch die in den rezensierten Werken vorgenommenen Periodisierungen von Interesse, weil mit Aussagen über den vermeintlichen »Beginn des (modernen) Terrorismus« auch Stellungnahmen zur Qualität der beschriebenen

8 SCHRAUT (2011) 118.

9 DAASE/SPENCER (2011); vgl. auch DAASE (2013).

10 HÄRTER/DE GRAAF (2012); DE BENE-DICTIS/HÄRTER (2013); HÄRTER (2011); HÄRTER (2013).

zeitgenössischen Formen politischer Gewalt bzw. politischer Kriminalität und deren Wandel einhergehen. Erkennbar wird daran aber auch die Grundschwierigkeit, angesichts disparater Phänomene politischer Gewalt »Terrorismus« in historischer Perspektive operationalisierbar zu machen. Mit den modernen Begriffen »Terrorismus« und »politische Kriminalität« verbundene Konzepte und Wertungen lassen sich nicht zwangsläufig auf historische Phänomene übertragen. Grundsätzlich müsste hierfür insbesondere die Bedeutung von »politisch« näher bestimmt werden, die sowohl den Staat als kriminellen Akteur (»crimes by the state«) als auch Staat oder Gesellschaft als Ziel oder die spezielle Motivation von Gewalt (»crimes against the state«) bezeichnen kann.¹¹ Die Mehrzahl der hier besprochenen Werke geht von dem letztgenannten Bedeutungsgehalt aus und untersucht die von »zivilen« Akteuren verübten, öffentlichkeitswirksamen Gewalthandlungen, die Angst verbreiten und die staatliche Ordnung destabilisieren wollen. »Der Staat« fungiert dabei sowohl als Opfer bzw. Ziel politischer Gewalt wie auch als der zentrale Akteur, der polizeilich und strafrechtlich auf Terrorismus antwortet und Sicherheit gewährleistet. Einige Arbeiten betonen diesbezüglich auch die Rolle des Rechts als staatliches Mittel zur Unterdrückung politischer Dissidenz oder sozialer Bewegungen mittels »politischer Justiz«,¹² das über deren Kriminalisierung überhaupt erst das Deliktfeld der politischen Kriminalität geschaffen habe.¹³

Hinsichtlich des Zusammenhangs von Terrorismus und Recht und des definitorischen Zugangs wirkt der Band *Terrorismes. Histoire et droit* folglich vielversprechend, da er die Kategorie »Recht« in das Zentrum rückt.¹⁴ Die Zielsetzung des dem Sammelband zugrunde liegenden Kolloquiums am Collège de France, Synthesen aus historischen und rechtswissenschaftlichen »analyses et réflexions autour du terrorisme« zu bilden,¹⁵ wird allerdings kaum eingelöst. Vielmehr liegen zwei disziplinär getrennte, inhaltlich nahezu unverbundene Teile vor, von denen der rechtswissenschaftliche ausschließlich gegenwartsbezogen ist. Die drei Aufsätze der historischen Sektion gehen dagegen von einer Minimaldefinition von Terroris-

mus aus, die diesen als »violence d'origine politique exercée contre un État et / ou une société de la part d'un acteur que l'on peut considérer comme non-étatique, même s'il peut disposer, par ailleurs, d'un soutien étatique externe au pays considéré« versteht.¹⁶ Henry Laurens stellt in seinem Überblicksaufsatz »Le terrorisme comme personnage historique« verschiedene politische Gewaltphänomene seit dem 19. Jahrhundert vor, Hamit Bozarslan die »Comitadjilik«, eine transnationale, nationalistische Bewegung auf dem Balkan im frühen 20. Jahrhundert, Barbara Lambauer Partisanenbewegungen und »Konterterrorismus« in nationalsozialistisch besetzten Gebieten während des 2. Weltkrieges. Auf phänomenologischer Ebene sind die Beiträge zwar durchaus anregend, konzeptionell erbringen sie allerdings wenig für eine systematische Geschichte des Verhältnisses von Terrorismus und Recht.

Dagegen erweist sich die performative und kommunikative Dimension politischer Gewalt in der neueren historischen Terrorismusforschung als fruchtbarere Perspektive. Ubiquitäre terroristische Gewalt, die sich gegen Repräsentanten eines politischen Systems, unbeteiligte Dritte oder infrastrukturelle Einrichtungen richtete, intendierte die öffentliche Inszenierung und mediale Kommunikation, um wesentliche Ziele wie die Vermittlung einer politischen Botschaft, die Erzeugung allgemeiner Angst und die Destabilisierung eines politischen Systems zu erreichen, auch indem dadurch weitere »terroristische« Aktivitäten initiiert oder Obrigkeiten und Staaten zu einer repressiven Politik »verleitet« werden sollten. Dieser Zusammenhang ist auch aus rechtshistorischer Perspektive, insbesondere im Hinblick auf Reaktionen von Bedeutung, die auf die Ausdehnung polizeilicher Kontrolle und die Vorverlagerung der Strafbarkeit zielten und dabei einzelne »Terrorakte« zum Anlass nahmen, wie die bekannten historischen Beispiele der »Karlsbader Beschlüsse« oder des »Sozialistengesetzes« zeigen. Terrorismus und politische Gewalt werden folglich nicht als statische Phänomene betrachtet, sondern vielmehr als Konstruktion zeitgenössisch spezifischer soziopolitischer, kriminalistischer oder rechtlicher Diskurse verstanden, wozu auch obrigkeitlich-staatliche Reaktionen zählen

11 Vgl. z. B. Ross (2012) 1 f., 9.

12 HEAD (2011) 3 f., 12.

13 HAUPT/WEINHAEUSER (2011) 176.

14 LAURENS/DELMAS-MARTY (2010).

15 JABER (2010) V.

16 LAURENS (2010) 11.

konnten, die ebenfalls medial inszeniert und kommuniziert wurden.¹⁷

Die Autoren des Bandes *Terrorism and Narrative Practice* spüren in 15 Fallstudien mit Schwerpunkt auf Mittel- und Osteuropa und den Reaktionen auf 9/11 terroristischer Gewalt als Thema unterschiedlicher (Massen-)Medien, Diskurse und narrativer Praktiken seit der Französischen Revolution nach.¹⁸ Philipp Schweighauser zeigt, dass der Begriff »Terror« bereits in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in der Literatur auftauchte und durch die Französische Revolution in den politischen Diskurs einging; wie sich daraus allerdings der davon erheblich abweichende Begriff des modernen Terrorismus als Form politischer Gewalt entwickelte, bleibt unklar. Beginnend mit dem *terreur* der Französischen Revolution behandelt der Beitrag von Siegfried Weichlein kommunikative, propagandistische Strategien als zentrales Element der politischen Gewalt anarchistischer Gruppen und nationaler Bewegungen des 19. Jahrhunderts, die sich im Hinblick auf zielgerichtetes Handeln (nationale Autonomie) wesentlich von der modernen ideologischen Globalisierung des Terrorismus unterscheiden würden. Dagegen betont Christian Giordano im Hinblick auf die Phänomenologie und literarische Tradition politischer Gewalt die Kontinuitäten populärer Narrative wie insbesondere der Konspirationstheorien. Diese finden sich auch für den frühesten »terroristischen Akt«, der in dem Band behandelt wird, den englischen *Gunpowder Plot* von 1605, dessen literarische Wirkung Dimiter Daphinoff aufzeigt: Überzeugend legt er dar, dass der *Gunpowder Plot* nicht nur das Bild von Terrorismus in der englischen Literatur bis heute nachhaltig geprägt hat, sondern als terroristische politische Gewalt interpretiert werden kann, die ihre eigene Ikonographie und Diskurse selbst kreiert und damit die terroristische Strategie der Erzeugung von kollektivem Misstrauen und Furcht etabliert (wenn nicht geschaffen) hat. Einen weiteren räumlichen und zeitlichen Schwerpunkt bilden vier Fallstudien zu Osteuropa und dem russischen Terrorismus vor dem Ersten Weltkrieg: Stephan Rindlisbacher behandelt anhand der russischen Attentäterinnen und Exilschriftstellerinnen Vera Finger und Vera Zasulich

die Bedeutung von Literatur für das radikale Milieu; Claudia Verhoeven zieht aus der Figur des Terroristen in der russischen Literatur Rückschlüsse auf die Zeitlichkeit terroristischen Handelns und die »rhythms of terrorist daily life«;¹⁹ Anatoly Korchinsky untersucht russische Literatur zwischen 1860 und 1914 auf die Glorifizierung von Terrorismus oder die Kritik daran; Jens Herlth arbeitet die Darstellung von Terrorismus in einer Novelle (*Plomienie*) des polnischen Philosophen Stanisław Brzozowski heraus. Methodisch zielen die Beiträge folglich primär, wie auch Guido Vergauwen einleitend darlegt, auf die Manifestationen von »Terrorismus« bzw. entsprechender Narrative in Literatur und Philosophie, die überwiegend anhand einzelner Autoren und Werke nachvollzogen werden. Die Bedeutung und Funktion dieser Diskurse für terroristische politische Gewalt oder gar die entsprechenden obrigkeitlich-staatlichen Reaktionen werden dagegen nicht systematisch behandelt und kommen bestenfalls punktuell zur Sprache. Zudem liegt dem Band kein systematisches historisches Terrorismuskonzept zugrunde, sondern er kompiliert sehr unterschiedliche Erscheinungsformen von »Terrorismus«, zu denen die gesellschaftlichen und literarischen Debatten in den USA zu 9/11 – mit vier Beiträgen von Michael C. Frank, Birgit Däwes, Thomas Austenfeld und Michael Ziser ein zweiter Schwerpunkt des Bandes –, die terroristische Kultur des Gettos Litzmannstadt (Nigel Rapport) oder der von Israel 1982 begonnene Libanonkrieg (Arthur Bradley) zählen. Der Band unterstreicht sicherlich die Bedeutung historischer Narrative von Terrorismus in literarischen Medien und gesellschaftlichen Diskursen für die Geschichte politischer Gewalt. Es mangelt ihm jedoch insgesamt an einem konzisen historischen Modell von »Terrorismus« und der Einbeziehung der obrigkeitlich-staatlichen Reaktionen hinsichtlich der Unterbindung, Kontrolle oder Beeinflussung der Medien, Kommunikationen und Narrative. Insofern kann er den auch für die Geschichte des Terrorismus wesentlichen Zusammenhang zwischen den kommunikativ-propagandistischen Strategien politischer Gewalt, den nachgelagerten medialen Narrativen und Diskursen und den entsprechenden obrigkeitlich-staatli-

17 Vgl. hierzu HÄRTER (2014).

18 AUSTENFELD/DAPHINOFF/HERLTH (2011).

19 VERHOEVEN (2011) 124.

chen Reaktionen letztlich nicht systematisch historisch aufhellen.

Die zentrale Bedeutung von Massenmedien, Kommunikation und Diskursen untersucht auch der von Klaus Weinbauer und Jörg Requate herausgegebene Sammelband *Gewalt ohne Ausweg*, der »Terrorismus als einen Kommunikationsprozess« über symbolische, auf Außenwirkung abzielende politische Gewalt versteht, der sich in Europa seit dem 19. Jahrhundert beobachten lasse und sich in den entstehenden Massenmedien vollziehe. Dabei wird auch danach gefragt, ob Kommunikation und Medien eine spezifische Funktion hinsichtlich der Befriedung terroristischer Gewalt zukomme. Der Band erinnert zudem an das Konzept des »radikalen Milieus«,²⁰ führt aber über dieses hinaus und thematisiert auch die Rolle des Staates in solchen Kommunikationsprozessen. In ihrer Einleitung schlagen die Herausgeber vor, ausgehend von der Kommunikation über politische Gewalt »nicht nur die Eskalation, sondern auch die Deeskalation terroristischer Gewalt [zu] analysieren oder gar [zu] untersuchen, wie und warum es möglich wurde, terroristische Gewalt zu beenden.« In diesen Prozessen sei etwa zu denken an den Einsatz »transnational agierender ziviler Mediatoren« oder an die Förderung moderater bzw. »deeskalativer Tendenzen und Kräfte« der entsprechenden »sympathisierenden Milieus«. Die Rolle des Staates wird nicht als lediglich repressiv konzeptualisiert, sondern die Strafjustiz als eine »wichtige Rahmenbedingung für die Befriedung terroristischer Gewalt« benannt.²¹ Den Beginn des modernen Terrorismus verorten die Herausgeber im Zusammenhang mit der parallelen Entwicklung der Massenmedien im späten 19. Jahrhundert und unterscheiden ausgehend von einer Phänomenologie politischer Gewalt fünf Phasen des anarchistischen und nationalistischen (bis 1914), rechten und nationalistischen (Zwischenkriegszeit), antikolonialen (nach 1945), sozialrevolutionären (nach 1968) sowie des religiös motivierten Terrorismus seit den 1980er Jahren. Die Mehrzahl der zwölf Beiträge widmet sich allerdings zeitgeschichtlichen und sehr unterschiedlichen Phäno-

menen terroristischer politischer Gewalt wie der nationalistischen Bewegung im Baskenland, dem Nordirlandkonflikt und der IRA, der bundesrepublikanischen RAF, den italienischen Roten Brigaden und dem Linksterrorismus nach 1968. Für das 19. Jahrhundert (frühere Zeiträume werden nicht berücksichtigt) untersuchen lediglich Lutz Häfner und Jörg Requate am Beispiel von Frankreich und Russland den Zusammenhang von Medien, Staat und Terrorismus insbesondere im Hinblick auf den Wandel und das Nachlassen terroristischer Gewalt. Requate betont in seinem Beitrag zur *Faszination anarchistischer Attentate*, dass der Zusammenhang von Terrorismus und dessen Darstellung in den Massenmedien keine Einbahnstraße sei, sondern ein interdependentes Verhältnis darstelle. Medialer Erfolg war somit zwar auch »ein Anreiz dafür, die Attentate zu verüben«; im massenmedialen Diskurs mussten – so Requate – anarchistische Attentate aber zugleich gegenüber »radikalen Milieus« zu rechtfertigen sein. Die in Zeitungsartikeln festzustellende fehlende Unterstützung habe schließlich den Wandel terroristischer Gewalt selbst bewirkt. Die bei Requate noch offene Frage, welche Rolle Staat bzw. Recht in diesem Prozess spielten und wie die »Terroristen« überhaupt zu der Beurteilung kamen, Gewalt sei eher kontraproduktiv (etwa durch »effektive« Maßnahmen der Polizei bzw. Strafjustiz oder durch mangelnde Erfüllung ihrer politischen Forderungen), versucht Häfner für Russland zu beantworten. Er erklärt den langfristigen Rückgang terroristischer Gewaltakte nicht allein mit der nachlassenden populären Unterstützung, sondern auch mit der Kanalisierung politischer Konflikte durch politische Reformen.

Medien und Diskurse stehen auch in dem von Christine Hikel und Sylvia Schraut herausgegebenen Sammelband *Terrorismus und Geschlecht* im Zentrum. Die Einleitung bemüht sich zunächst um eine historische Operationalisierung des Terrorismusbegriffs und versteht Terrorismus als »gewaltbereite Politikstrategie«, die auf die »Delegitimierung von Herrschaft und Sympathiegewinnung bei der Bevölkerung« abziele und eng mit

20 Siehe dazu unten die Besprechung von MALTHANER/WALDMANN (2012a).

21 WEINHAUER/REQUATE (2012b) 11, 19 und 44.

dem Aufkommen der bürgerlichen Gesellschaft seit dem 18. Jahrhundert verbunden sei.²² Damit würden sich strukturelle Grundvoraussetzungen ausbilden, die spezifische politische Gewaltphänomene vergleichbar machen: eine durch staatstragende Mehrheiten legitimierte Herrschaft, die durch terroristische Gewalt überhaupt erst bedroht werden könnte, gleichzeitig aber auch an der Garantie von Sicherheit und Freiheitsrechten gemessen würde; und ein öffentlicher, kommunikativer Raum, in dem über die Legitimität des Staates und über die terroristischen Akte selbst diskursiv verhandelt werden könne. Die Stärke des Zugangs liegt in seiner klaren periodischen Einhegung, die das Untersuchungsfeld für terroristische Phänomene maßvoll bis in das späte 18. Jahrhundert ausdehnt und zugleich vor einer antiquarischen und undifferenzierten Vermengung von politischen Gewaltphänomenen in historischer Langzeitperspektive schützt. Anregend und fruchtbar – besonders in rechtshistorischer Perspektive – ist, dass weniger auf Terrorismus als Gewaltphänomen, sondern als diskursives Konstrukt abgezielt wird. Durch die Betrachtung von Terrorismusdiskursen entstehen auch Zugänge zu breiteren gesellschaftlichen Aushandlungsprozessen, wie »zur Legitimität des Regierungssystems, zu Sicherheitsvorstellungen, Konzepten politischer Partizipation und Regularien des Umgangs mit politischen Minderheiten oder Außenseitern«.²³ Dieser Ansatz soll in Verbindung mit Fragestellungen der Gender-Forschung angewendet und Geschlechterkonstruktionen und -bilder in Terrorismusdiskursen untersucht werden. Der Band geht folglich von einer großen Schnittmenge zwischen Geschlecht und Terrorismus bzw. Geschlechterkonstruktionen und Deutungen politischer Gewalt und Terrorismus aus, die anhand der kommunikativen Dimension terroristischer Gewalt und der durch sie hervorgerufenen Reaktionen in Form von »Erinnerungskultur« in drei Themenbereichen untersucht werden: Fünf Beiträge bearbeiten die *Wissensproduktion* über Terrorismus durch Wissenschaft, Sicherheitsbehörden, aber auch die terroristischen Akteure selbst; vier weitere Autoren thematisieren die *Deutung und Tradierung* des Wissens über Terrorismus anhand von Aus-

einandersetzungen über die Rezeption, Interpretation und performative Nutzung konkreter terroristischer Phänomene durch staatliche und nicht-staatliche Akteure; die letzten vier Beiträge bearbeiten Beispiele der medialen *Repräsentation* von Erinnerung an Terrorismus in Literatur, Museen, Film und Kunst. Insgesamt fällt auf, dass trotz der differenzierten periodischen und thematischen Erweiterung des Untersuchungsfeldes überwiegend bereits als »terroristisch« erforschte Phänomene und Gruppen behandelt werden. So beschäftigen sich jeweils drei Fallstudien mit der Rolle von Geschlechterkonstruktionen im Zusammenhang mit dem Anarchismus und Nihilismus des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts, dem Linksterrorismus der 1970er Jahre in Deutschland, Österreich und der Schweiz und verschiedenen europäischen nationalistischen Bewegungen des 20. Jahrhunderts. Behandelt werden aber auch die Rezeption der mittelalterlichen Assassinenlegende und der Erzählung von den 72 Jungfrauen im Zusammenhang mit der gegenwärtigen Auseinandersetzung mit dem islamistischen Terrorismus oder der Zusammenhang von Weiblichkeit, Feminismus und Gewalt in der zeitgenössischen Kunst. Umfassend wendet lediglich Sylvia Schraut das einleitend entwickelte Analysemodell auf das Attentat des Studenten Karl Ludwig Sand auf den Schriftsteller August von Kotzebue an. Überzeugend arbeitet sie anhand des »medialen Meinungskampfes« um das Attentat für die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts strukturelle Ähnlichkeiten zu »aktuellen Mediendebatten um terroristisches Geschehen« und zugleich die Bedeutung von »geschlechterspezifischen Charakterisierungen [...] in Politik und Gesellschaft« heraus.²⁴ Zwar können auch die anderen Fallbeispiele Relationen von Terrorismus und Geschlechterdiskursen aufzeigen, insgesamt ergeben sie jedoch kein stringentes Modell eines strukturellen historischen Entwicklungszusammenhangs zwischen Terrorismus- und Geschlechterkonstruktionen. Als ein zentrales Ergebnis kann vielmehr hervorgehoben werden, dass Wissen über Terrorismus vor allem durch staatliche und wissenschaftliche Reaktionen und Reflexionen erzeugt wird und als flexible Projektionsfläche öffentlich debattierter Ängste oder als Anti-

22 SCHRAUT (2012a) 12–14.

23 SCHRAUT (2012a) 15.

24 SCHRAUT (2012b) 165.

these gesellschaftlicher Ordnungs- und Sicherheitsvorstellungen fungiert. In das Spektrum dieser Reflexionen und Reaktionen fallen dabei auch ausdrücklich rechtliche Reaktionen, wie etwa das Beispiel der medialen Aufarbeitung der Hinrichtung Karl Ludwig Sands zeigt.

(Rechts-)Historisch interessante Perspektiven für das Problemfeld des staatlichen Umgangs mit Terrorismus bietet auch der oben bereits behandelte Band von Weinbauer und Requate. Für Russland verdeutlicht Häfner zunächst die Nutzung polizeilicher Maßnahmen (Ausnahmestand) zur Bekämpfung terroristischer Gewaltakte, wobei der Autor aufgrund des zeitgenössisch nicht eindeutig definierten Terrorismusbegriffs die stark willkürlichen Tendenzen der staatlichen Akteure betont. Häfner bleibt dann aber bei den polizeilichen Maßnahmen stehen und lässt die Strafjustiz außen vor. Requate hingegen analysiert für Frankreich auch die konfliktregulierende Funktion der Strafjustiz, etwa wenn über »milde [...] Urteile und Freisprüche dafür gesorgt [werde], die Gemüter zu beruhigen und zu einer Deeskalierung beizutragen.«²⁵ Die medial-kommunikativen Funktionen der Strafjustiz im Hinblick auf »Terrorismus als Kommunikationsprozess« kann auch Beatrice de Graaf in ihrem Beitrag zu Terrorismusprozessen als kommunikative Fortsetzung der Regulierung und Deutung terroristischer Gewalt analytisch stärker durchdringen. Denn grundsätzlich seien »Terrorismus-Prozesse ein Beispiel dafür, wie Recht als Kommunikationsbasis dienen« könne.²⁶ Von den Interaktionspartnern – Angeklagte und Justiz – ausgehend, entwickelt sie eine Typologie von »Terrorismusprozessen«, die sie je nach Akzeptanz der zu Grunde gelegten Rechtsnormen und nach Aneignung divergierender Rechts- und Gerechtigkeitsvorstellungen unterscheidet. »Terrorismusprozesse« als Kommunikationsforum – so ein wichtiges Ergebnis – bergen daher für die staatlichen Akteure (Polizei, Justiz, Politik) politische Risiken, weil sie »die Fronten verhärten« und den Konflikt verlängern oder gar eskalieren können (z. B. durch entsprechende Reaktionen der Anhänger). Mit der

Gewährung einer milden Behandlung der Angeklagten und mit einer Orientierung an Rechtsstaatlichkeit kommunizieren sie andererseits aber auch »Botschaften«, welche letztlich die staatliche Ordnung stabilisieren können.

Die historische Analyse rechtlich-staatlicher Reaktionen auf politische Gewalt sollte nicht allein bei den jeweiligen Normen und Maßnahmen stehen bleiben, sondern kann über die unmittelbaren Akteure hinaus das soziale Umfeld politischer Gewalt mit einbeziehen. Einen solchen Ansatz verfolgen Stefan Malthaner und Peter Waldmann, mit dem Konzept des »radikalen Milieus«.²⁷ Darunter verstehen sie ein Beziehungsnetzwerk zwischen politischen Gewaltakteuren und ihrem engeren Umfeld, aus dem sie notwendige Unterstützung erfahren. Diesem »inneren Beziehungsgefüge« steht die Auseinandersetzung mit den staatlichen Repressionsmaßnahmen entgegen. In der Auseinandersetzung mit dem politischen Gegner und seinen Repressionsmaßnahmen formiere sich ein spezifisches Milieu, innerhalb dessen Handlungslogiken, Strategien, aber auch die Grenzen politischer Gewalt stetig neu verhandelt würden.²⁸ Die Unterstützung durch das Milieu wird als unabdingbare Voraussetzung für terroristische Gewaltakte verstanden, die die Entstehung, Entwicklung und das Verschwinden spezifischer terroristischer Gewalt maßgeblich beeinflussen. Damit wird das Milieu als *missing link* in der Terrorismusforschung betrachtet, in dem nicht nur das Beziehungsgeflecht terroristischer Strukturen offengelegt wird, sondern das nach Alex P. Schmid auch Erklärungen darüber liefern kann, warum einige terroristische Gruppen langlebiger sind als andere.²⁹ Dies geschieht anhand von elf überwiegend zeithistorisch und gegenwartsorientierten Fallstudien, die das soziale Umfeld des modernen Terrorismus nach 1945 anhand der bundesrepublikanischen RAF, radikalen nationalistischen Bewegungen in Spanien bzw. im Baskenland (ETA) und Nordirland (IRA), der Hizb Allah im Libanon und islamistischer Gruppen in den Niederlanden und der Bundesrepublik sowie den Rechtsterrorismus untersuchen. Lediglich zwei Beiträge nehmen eine

25 REQUATE (2012) 111.

26 DE GRAAF (2012) 298.

27 MALTHANER/WALDMANN (2012a).

28 MALTHANER/WALDMANN (2012b) 24–27.

29 SCHMID (2012).

dezidiert historische Perspektive ein, wobei zentrale Beispiele des 16. bis 19. Jahrhunderts fehlen: So will Thomas Scheffler am Fallbeispiel des »messianischen Terrors« im antiken Judentum das Konzept des »radikalen Milieus« für die Antike fruchtbar machen. Unbeantwortet bleibt jedoch die Frage nach der historischen Vergleichbarkeit von staatlichen Ordnungen und Sanktionsmechanismen in der Antike und modernen Nationalstaaten. Dagegen überprüft Fabian Lemmes das Konzept »radikalen Milieus« anhand einer Fallstudie des terroristischen französischen Anarchismus des 19. Jahrhunderts. Die beiden eher disparat wirkenden Beiträge machen folglich das methodische Problem deutlich, ein historisch operationalisierbares Konzept von Terrorismus zu entwickeln, welches das vielfältige »Umfeld« systematisch einschließt und auch den untersuchten Gruppen und Formen politischer Gewalt wie den staatlich-rechtlichen Reaktionen gerecht wird. Letztlich kann das Konzept des »radikalen Milieus« nur für die phänomenologische Beschreibung der Strukturen des sozialen Umfeldes des modernen Terrorismus überzeugen, auch wenn diesbezüglich einige wenige historische Wurzeln zur Sprache kommen. Dagegen wird der historische Zusammenhang zwischen staatlicher Verfolgung und sozialem Umfeld und die damit verbundene Ausweitung polizeilicher und strafrechtlicher Maßnahmen auf das »radikale Milieu« kaum systematisch eindringender entfaltet. Der Band bleibt daher bei – durchaus zutreffenden – Einzelbeobachtungen, die aber keine (rechts-)historische Einordnung oder Deutung erfahren.

Aus rechtshistorischer Perspektive von Interesse sind ebenfalls die staatlichen Reaktionen auf terroristische Gewalt und das »radikale Milieu«, die sich auf die Figur des Ausnahmezustands stützen. Bereits im 19. Jahrhundert reagierten Staaten auf einzelne Attentate mit einer Intensivierung polizeilicher Maßnahmen und einer Ausdehnung des Strafrechts, oft mittels zeitlich befristeter Ausnahmegesetzgebung, um Verfassung und Staat zu schützen und die »innere Sicherheit« zu gewährleisten. Diesem historischen Zusammenhang zwischen politischer Gewalt/Terrorismus und Aus-

nahmestand gehen die Sammelbände *Le regole dell'eccezione* und *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency* nach, die an dieser Stelle zumindest erwähnt werden sollen.³⁰ Schwerpunkte der 13 bzw. 14 Beiträge der Bände liegen auf der Zeit nach 1945, den Auswirkungen von 9/11, trans- und internationalen Entwicklungen, der juristischen Konzeptualisierung des Ausnahmezustands und der Beeinträchtigung von Rechtsstaat und Menschenrechten. Dennoch thematisieren einige Autoren auch weiter zurückliegende historische Phänomene und belegen die allmähliche historische Entstehung von Ausnahmezustand und Ausnahmegesetzgebung aus den rechtlich-polizeilichen Reaktionen auf politische Gewalt.

Von aktuellen Entwicklungen ausgehend, hat sich die neuere Forschung ebenfalls den grenzübergreifenden Dimensionen terroristischer Gewalt und den staatlichen Reaktionen auf der trans- und internationalen Ebene zugewandt,³¹ die bezüglich der historischen Entwicklungen allerdings noch kaum erforscht sind. Dies gilt insbesondere für die Entstehung und Ausdifferenzierung eines rechtlich-polizeilichen Instrumentariums, das im Hinblick auf Auslieferung, Asyl, Rechtshilfe, Polizei Kooperation und internationales Strafrecht ein lohnenswertes Forschungsfeld für die Rechtsgeschichte bildet. Zwei neue Publikationen widmen sich diesen Aspekten: ein Sammelband zur *International History of Terrorism* und die Monographie *The Battle against Anarchist Terrorism* von Richard Bach Jensen.³² Letztere behandelt die Geschichte transnationaler diplomatischer, rechtlicher und polizeilicher Reaktionen auf den Anarchismus zwischen 1878 und 1934. Methodisch verbindet der Autor dabei die transnationale mit der nationalen Ebene und verfolgt ausgehend von den lokalen Phänomenen anhand diplomatischer und polizeilicher Quellen die Entwicklung von Polizei Kooperationen, Rechtsnormen oder auch die mediale Darstellungen von Attentaten in einem grenzübergreifenden Zusammenhang. Damit gelingt ihm eine Darstellung der internationalen Reaktionen auf politische Gewalt, die über lokale Fallstudien hinausgeht; deutlich zeigt sich jedoch

30 MECCARELLI/PALCHETTI/SOTIS (2011); MASFERRER (2012). Eine Rezension ist hier nicht möglich, da ein Rezensent an den Bänden bzw. Projekten mitgewirkt hat.

31 Vgl. z. B. DAASE/OFFERMANN/RAUER (2012).

32 BACH JENSEN (2014).

auch die generelle Schwierigkeit einer rudimentären räumlich-politischen Ausgewogenheit. Der eindeutige Fokus auf europäische Staaten ist allerdings dem Untersuchungsgegenstand geschuldet, denn Bach Jensen weist nach, dass die zeitgenössisch etablierten Verfahrensweisen, Methoden und Rechtsnormen der Bekämpfung politischer Gewalt ihren Ursprung in europäischen Initiativen hatten. Einen Schwerpunkt der Untersuchung bilden die internationalen Konferenzen zur Bekämpfung des Anarchismus, anhand derer der Autor die dichten und oft konfliktreichen transnationalen Aushandlungsprozesse nachzeichnet. Dabei berücksichtigt er zu Recht auch die in der Forschung häufig übersehenen gescheiterten diplomatischen Initiativen einer Erweiterung polizeilicher Zusammenarbeit in den 1890er und 1900er Jahren. Einerseits lassen sich daran ebenfalls die Positionen, Probleme und Konflikte – gerade im Hinblick auf transnationale Normen und Verfahren – ablesen, andererseits konnten auch solche Interaktionen langfristig praktische und normative Wirkungen entfalten. Im Ergebnis kommt Bach Jensen zu der These, dass gerade das repressivere Vorgehen der staatlichen Akteure auf der letztlich nur gering verrechtlichten transnationalen Ebene den Anarchismus eher radikalisiert habe. Allerdings hätte die Analyse der transnationalen rechtlichen Interaktionen und Normen insbesondere für die Bereiche der Auslieferung (bzw. der Auslieferungsverträge) und des politischen Asyls im Vergleich zu den eingehend behandelten polizeilichen Maßnahmen noch vertieft werden können. Dennoch entfaltet das Buch einen auch für die Rechtsgeschichte gewinnbringenden Ansatz, wie vor dem Hintergrund grenzübergreifender Bedrohungsszenarien terroristischer politischer Gewalt auf der trans- und internationalen Ebene die Ausformung staatlicher und rechtlicher Reaktionen, praktische Polizeimaßnahmen und auch die Entstehung und das Aushandeln von Normen zusammenhängend untersucht werden können.

Die grenzübergreifende Bekämpfung politischer Gewalt bildet auch den Schwerpunkt des von Jussi M. Hanhimäki und Bernhard Blumenau herausgegebenen Bandes zur internationalen Geschichte des Terrorismus.³³ Die 16 Beiträge beschränken sich nicht nur auf Europa oder die westliche Welt, sondern vier Aufsätze beleuchten

den bengalischen Terrorismus in Indien, den Bürgerkrieg im Tschad, die amerikanische Interventionspolitik in Libyen und die South-West Africa People's Organisation. Die anderen Beiträge behandeln die Anti-Terrorismus-Politik einzelner Staaten (Frankreich, Italien, Deutschland) nach 1968, einzelne Terrorakte (Flugzeugentführung), die staatliche Unterstützung terroristischer Organisationen sowie den islamischen Terrorismus und die Politik der USA nach 9/11. Lediglich vier Autoren greifen historisch weiter zurück: Richard Bach Jensen untersucht die internationalen Reaktionen auf anarchistische Gewalt zwischen 1905 und 1914 als erstes globales Terrorismusphänomen; Charles Townsend behandelt Genese, Inhalt und Scheitern der 1937 vom Völkerbund erarbeiteten »Konvention zur Verhütung und Bekämpfung des Terrorismus«; Florian Graß stellt Aktivitäten und Strukturen anarchistischer »Gewaltgemeinschaften« und die staatlichen Gegenmaßnahmen in Barcelona zwischen 1890 und 1914 dar. Abschließend entfaltet David C. Rapoport sein Modell der vier historischen Wellen des Terrorismus im Hinblick auf die internationale Dimension. Beginnend mit dem russischen Terrorismus der 1880er Jahre geht er dabei aber ausschließlich von den jeweiligen als terroristisch eingestuften Phänomenen aus und endet mit der Rückkehr des religiös motivierten Terrorismus und 9/11. Der Schwerpunkt des Bandes liegt folglich auf zeithistorischen und aktuellen Phänomenen, wobei methodisch meist ein einzelner Staat oder ein terroristisches Phänomen den Ausgangspunkt bilden und weniger die trans- und internationalen Aktivitäten insgesamt untersucht werden. Zudem behandeln die Autoren sehr unterschiedliche Phänomene wie staatliche Terrorismusfinanzierung, Bürgerkriege und Interventionspolitik als »terroristisch«, während im Hinblick auf die staatlichen Reaktionen die politischen, militärischen und polizeilichen Aktivitäten dominieren und rechtliche Dimensionen kaum systematischer thematisiert werden. Insofern bietet der Band nur wenig für die rechtshistorische Perspektivierung trans- und internationaler Reaktionen auf terroristische politische Gewalt, versammelt aber reichhaltige empirische Fallstudien, die durchaus wichtige Bereiche des internationalen Terrorismus wie der staatlichen Anti-Terror-Politik abdecken. Deutlich wird auch,

33 HANHIMÄKI/BLUMENAU (2013a).

dass die internationale Geschichte politischer Gewalt und staatlicher Reaktionen nicht ohne die Einbeziehung der »non-western experiences« auskommt. Auf das Problem, inwieweit sich diese historisch zurückverfolgen lassen und welches historische Konzept von »Terrorismus« dabei zugrunde liegen könnte, lässt sich aus den methodisch sehr unterschiedlich ausgerichteten Beiträgen des Bandes keine übergreifende Antwort destillieren. Einfache Verlaufsmodelle wie das der »four waves of modern terror« reichen hierfür kaum aus, zumal sie lediglich auf die als terroristisch eingestuften Phänomene rekurrieren. Um die in der Einleitung zutreffend gestellte Forschungsfrage nach den »responses of states, international organizations and the international community at large«³⁴ weiter zu verfolgen, bedarf es fortführender methodisch-theoretischer Überlegungen, welche die historische Entwicklung der trans- und internationalen staatlichen und rechtlichen Reaktionen auf politische Gewalt (neben den jeweiligen Terrorismusphänomenen) als zentrale Dimension in ein historisches Terrorismuskonzept integrieren.

Bilanziert man abschließend knapp im Hinblick auf die Frage: »Terrorismus für die Rechtsgeschichte?«, so fällt zunächst auf, dass die besprochenen Werke rechtliche Aspekte kaum systematisch behandeln und diese meist nur im Rahmen der staatlichen Reaktionen auf Terrorismus (mit dem Schwerpunkt auf Gesetzgebung und Polizei) oder im Kontext von Medien und Kommunikation (Justiz als öffentliches Forum) thematisiert werden. Dies resultiert auch aus dem Problem des häufig ubiquitären Terrorismusbegriffs und des überwiegend phänomenologischen Vorgehens der meisten Fallstudien, die sehr unterschiedliche historische Ereignisse und Entwicklung unter »Terrorismusgeschichte« behandeln, die »Staatsterrorismus«, »messianischen Terror« im antiken Judentum oder radikale Milieus einschließen. Dabei werden teilweise Konzepte des modernen zeitgenössischen Terrorismus übertragen und gelegentlich scheint bei einzelnen Studien auch das Ziel durch, aus historischen Erkenntnissen über »erfolgreiches« Vorgehen gegen Terrorismus praktische Folgerungen für aktuelle Versuche einer repressiven oder friedlichen Regulierung politischer Gewalt bzw. Konflikte abzuleiten: Derart konzi-

piert, erscheint Terrorismus als Forschungskonzept für die Rechtsgeschichte wenig erfolgversprechend. Dennoch machen der inzwischen erreichte, ausdifferenzierte Forschungsstand der historischen Terrorismusforschung und die hier exemplarisch besprochenen Arbeiten deutlich, dass einige der verwendeten Ansätze für weitere rechts- und gemeinhistorische Forschungen Bedeutung gewinnen können. Voraussetzung wäre allerdings, dass der Terrorismusbegriff in historischer Perspektive durch eine Fokussierung auf zentrale Elemente und Grundstrukturen heuristisch operationalisierbar gemacht und noch stärker auf spezifische Formen der gegen eine »Obrigkeit« und »legitime Ordnung« gerichteten Gewalt und deren Wahrnehmung und Regulierung als politische Kriminalität begrenzt wird, was keineswegs religiöse Aspekte, aber »Staatsterrorismus« ausschließt. Ausgehend von einem so konzipierten Terrorismusbegriff könnten im Rahmen der obrigkeitlichen staatlichen Reaktionen Recht, Normsetzung/Gesetzgebung, juristische Diskurse, Strafjustiz, gerichtliche und auch andere damit zusammenhängende Formen der Konfliktregulierung (Mediation, Gnade) sowie allgemein polizeiliche und soziale Kontrolle als zentrale Felder der (rechts-) historischen Forschung konzeptualisiert und systematisch analysiert werden. Dies schließt das soziale Umfeld politischer Gewalt, deren medial-kommunikative Dimensionen und die trans- und internationalen Vernetzungen ein, die sich auch hinsichtlich der hier exemplarisch rezensierten Werke als fruchtbare Ansätze für eine Geschichte des Terrorismus als spezifischer Form politischer Gewalt erwiesen haben. So zeigt die Untersuchung der Interdependenzen zwischen politischer Gewalt und Medien, Kommunikationsprozessen und Diskursen, dass diese zur Radikalisierung, aber auch zur Befriedung und Konfliktregulierung beitragen konnten, insbesondere wenn sie sich in rechtlichen Kontexten vollzogen oder sich entsprechender Argumentationen und Modi bedienten. »Terrorismus als Kommunikationsprozess« sollte folglich Recht und Justiz als zentrale Diskurse und Foren einbeziehen, in denen politische Gewalt gedeutet, konzeptualisiert, reguliert und medial vermittelt wurde und die eigene medial-kommunikative Strategien (von der Zensur bis zur aktiven Mediennutzung) entwickelten. Dies gilt ebenso für die Rolle

34 HANHIMÄKI/BLUMENAU (2013b) 3.

des Rechts bei der Ausformung eines transnationalen Instrumentariums, aber auch umgekehrt für die zunehmende Bedeutung grenzübergreifender politischer Gewalt, welche die nationalen Rechtssysteme irritierte und das Problem der Verrechtlichung transnationaler staatlicher Reaktionen evozierte. Hinsichtlich der Periodisierungsproblematik würde dies allerdings bedeuten, dass sich historische Terrorismusforschung nicht allein an einer (wie immer zu konzeptualisierenden und zu definierenden) Phänomenologie politischer Gewalt ausrichten kann. Erst die in der Frühen Neuzeit einsetzende allmählichen Ausdifferenzierung juristischer Konzepte von politischer Kriminalität und

Staatsverbrechen, die Nutzung von Kommunikation und Medien durch Gewalttäter/»Terroristen« und Staat/Justiz zur Deutung und Regulierung des politischen Konflikts und die ebenfalls seit Ende des 18. Jahrhunderts an Bedeutung gewinnende transnationale Dimension politischer Gewalt wie der rechtlichen Reaktionen insgesamt formierten einen historischen »Terrorismus«, den auch die Rechtsgeschichte gewinnbringend untersuchen kann. ■

Bibliographie

- AUSTENFELD, THOMAS, DIMITER DAPHINOFF, JENS HERLTH (Hg.) (2011), *Terrorism and Narrative Practice*, Wien
- BACH JENSEN, RICHARD (2014), *The Battle against Anarchist Terrorism. An International History, 1878–1934*, Cambridge
- DAASE, CHRISTOPHER (2013), Terrorismus, in: BIRGIT ENZMANN (Hg.), *Handbuch Politische Gewalt. Formen – Ursachen – Legitimation – Begrenzung*, Wiesbaden 2013, 335–348 http://dx.doi.org/10.1007/978-3-531-18958-1_15
- DAASE, CHRISTOPHER, ALEXANDER SPENCER (2011), Stand und Perspektiven der politikwissenschaftlichen Terrorismusforschung, in: SPENCER/KOCKS/HARBRICH (2011) 25–47
- DAASE, CHRISTOPHER, PHILIPP OFFERMANN, VALENTIN RAUER (Hg.) (2012), *Sicherheitskultur. Soziale und politische Praktiken der Gefahrenabwehr*, Frankfurt a. M.
- DE BENEDICTIS, ANGELA, KARL HÄRTER (Hg.) (2013), *Revoluten und politische Verbrechen zwischen dem 12. und 19. Jahrhundert. Rechtliche Reaktionen und juristisch-politische Diskurse / Revolts and Political Crime from the 12th to the 19th Century. Legal Responses and Juridical-Political Discourses*, Frankfurt am Main
- DE GRAAF, BEATRICE (2011), *Evaluating counterterrorism performance. A comparative study*, London
- DE GRAAF, BEATRICE (2012), Terroristen vor Gericht: Terrorismusprozesse als kommunikative Fortsetzung des Kampfes um Recht und Gerechtigkeit, in: WEINHAUER/REQUATE (2012a) 281–298
- HANHIMÄKI, JUSSI M., BERNHARD BLUMENAU (Hg.) (2013a), *An International History of Terrorism. Western and Non-Western Experiences*, London
- HANHIMÄKI, JUSSI M., BERNHARD BLUMENAU (2013b), Introduction, in: HANHIMÄKI/BLUMENAU (2013a) 1–13
- HÄRTER, KARL (2011), Die Formierung transnationaler Strafrechtsregime: Auslieferung, Asyl und grenzübergreifende Kriminalität im Übergang von gemeinem Recht zum nationalstaatlichen Strafrecht, in: *Rechtsgeschichte* 18, 36–65
- HÄRTER, KARL (2013), Security and Cross-border Political Crime: The Formation of Transnational Security Regimes in 18th and 19th Century Europe, in: ZWIERLEIN, CORNEL, BEATRICE DE GRAAF (Hg.), *Historical Social Research* 38, Special Issue: Security and Conspiracy in History, 16th to 21st Century, 96–106
- HÄRTER, KARL (2014), Political crime in early modern Europe: Assassination, legal responses and popular print media, in: *European Journal of Criminology* 11, 142–168 <http://dx.doi.org/10.1177/1477370813494740>
- HÄRTER, KARL, BEATRICE DE GRAAF (Hg.) (2012), *Vom Majestätsverbrechen zum Terrorismus: Politische Kriminalität, Recht, Justiz und Polizei zwischen Früher Neuzeit und 20. Jahrhundert*, Frankfurt a. M.
- HAUPT, HEINZ-GERHARD, KLAUS WEINHAUER (2011), Terrorism and the state, in: BLOXHAM, DONALD, ROBERT GERWARTH (Hg.), *Political Violence in Twentieth-Century Europe*, Cambridge 2011, 176–209
- HEAD, MICHAEL (2011), *Crimes Against the State. From Treason to Terrorism*, Farnham
- HIKEL, CHRISTINE, SYLVIA SCHRAUT (Hg.) (2012), *Terrorismus und Geschlecht. Politische Gewalt in Europa seit dem 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M.
- JABER, HANA (2010), Présentation, in: LAURENS/DELMAS-MARTY (2010) V–IX
- LAURENS, HENRY (2010), Le terrorisme comme personnage historique, in: LAURENS/DELMAS-MARTY (2010) 9–66
- LAURENS, HENRY, MIREILLE DELMAS-MARTY (Hg.) (2010), *Terrorismes. Histoire et droit*, Paris
- LAW, RANDALL D. (2009), *Terrorism. A History*, Cambridge
- MALTHANER, STEFAN, PETER WALDMANN (Hg.) (2012a), Radikale Milieus. Das soziale Umfeld terroristischer Gruppen, Frankfurt a. M.
- MALTHANER, STEFAN, PETER WALDMANN (2012b), Radikale Milieus: Das soziale Umfeld terroristischer Gruppen, in: MALTHANER/WALDMANN (2012a) 11–42

- MASFERRER, ANICETO (Hg.) (2012), *Post 9/11 and the State of Permanent Legal Emergency. Security and Human Rights in Countering Terrorism*, New York <http://dx.doi.org/10.1007/978-94-007-4062-4>
- MECCARELLI, MASSIMO, PAOLO PALCHETTI, CARLO SOTIS (Hg.) (2011), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata
- MILLER, MARTIN A. (2013), *The Foundations of Modern Terrorism: State, Society and the Dynamics of Political Violence*, New York
- REQUATE, JÖRG (2012), Die Faszination anarchistischer Attentate im Frankreich des ausgehenden 19. Jahrhunderts, in: WEINHAUER/REQUATE (2012a) 99–120
- ROSS, JEFFREY IAN (2012), *An Introduction to Political Crime*, Bristol
- SCHMID, ALEX P. (2012), Vorwort, in: MALTHANER/WALDMANN (2012a) 7–9
- SCHRAUT, SYLVIA (2011), Terrorismus und Geschichtswissenschaft, in: SPENCER/KOCKS/HARBRICH (2011) 99–122
- SCHRAUT, SYLVIA (2012a), Terrorismus – Geschlecht – Erinnerung: Eine Einführung, in: HIKEL/SCHRAUT (2012) 7–23
- SCHRAUT, SYLVIA (2012b), »Wie der Hass gegen den Staatsrath von Kotzebue, und der Gedanke, ihn zu ermorden, in Sand entstand«: Ein politischer Mord und seine Nachwirkungen, in: HIKEL/SCHRAUT (2012) 145–168
- SPENCER, ALEXANDER, ALEXANDER KOCKS, KAI HARBRICH (Hg.) (2011), *Terrorismusforschung in Deutschland*, Wiesbaden <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-531-93040-4>
- VERHOEVEN, CLAUDIA (2011), Oh Times, There Is No Time (But the Time that Remains): The Terrorist in Russian Literature (1863–1913), in: AUSTENFELD/DAPHINOFF/HERLTH (2011) 117–135
- WEINHAUER, KLAUS, JÖRG REQUATE (Hg.) (2012a), *Gewalt ohne Ausweg? Terrorismus als Kommunikationsprozess in Europa seit dem 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M.
- WEINHAUER, KLAUS, JÖRG REQUATE (2012b), Terrorismus als Kommunikationsprozess: Eskalation und Deeskalation politischer Gewalt in Europa seit dem 19. Jahrhundert, in: WEINHAUER/REQUATE (2012a) 11–47