

Daniel Damler

Am Anfang war das Wort*

Über kaum einen Gegenstand wissen wir so wenig wie über die Wirklichkeit des juristischen Denkens. Am besten sind wir noch – dank Richard Posner (»How Judges Think« – Cambridge, MA / London 2008) und anderer (überwiegend) anglo-amerikanischer Autoren – über die Untiefen und Irrläufe richterlicher Entscheidungsfindung informiert. Rechtswissenschaft und Rechtspolitik werden hingegen nach wie vor nur selten in kognitiven Kategorien vermessen.

Diese Ignoranz mag in der Natur der Sache liegen – denn immerhin steht die Akzeptanz der Rechtsordnung auf dem Spiel – ist aber aus Sicht einer Rechtswissenschaft, die mehr sein will (und muss) als eine um sich selbst drehende Rechtsanwendungslehre, nicht akzeptabel. Umso größere Freude bereitet die Lektüre der Potsdamer Dissertation von Jörg Michael Schindler, die sich der Bedeutung metaphorischen Denkens für Recht und Rechtswissenschaft widmet.

Es handelt sich um keine rechtshistorische Arbeit im engeren Sinne. Der Verfasser folgt erkennbar primär einem theoretischen Interesse. Der erste Teil (29–176) ist denn auch mit »Theorie« überschrieben und setzt sich ausführlich mit den verschiedenen Spielarten der Metaphertheorie seit der Antike auseinander. Es sind die »klassischen«, prägenden Autoren und ihre Werke, die zunächst im Mittelpunkt stehen: Aristoteles, Kant, Blumenberg, Arendt, Lakoff und Johnson (29–88). So wird der Leser behutsam an das eigentliche Sujet herangeführt, also an die Frage, welchen Beitrag eine Metaphorologie im Bereich des Rechts leisten kann. Referiert wird – in einem eigenen Abschnitt – der Stand der Diskussion innerhalb der Rechtswissenschaft seit Anfang des 19. Jahrhunderts (88–118). Erwähnung finden Jacob Grimm, Heinrich Triepel, Karl Engisch, Winfried Hassemer, Arthur

Kaufmann, Fritjof Haft, Hubert Rottleuthner und Susanne Baer sowie Klaus F. und Hans Christian Röhl. Wie aus der Aufzählung ersichtlich, fehlen die Werke ausländischer, vor allem amerikanischer Juristen, doch ist diese Beschränkung angesichts der Weite des Themas und des Umfangs der zu bewältigenden Aufgaben gut vertretbar.

Im Anschluss daran versucht sich der Verfasser an »eine(r) kleine(n) philosophisch-anthropologischen Grundlegung für eine Rechtsanthropologie«. Das Ergebnis ist ein Theoriecocktail, der nicht immer überzeugt (119–176). Lesenswert sind aber in jedem Fall die Ausführungen zum Verhältnis der Metaphorologie zur Paradigmenlehre Kuhns und zur »Ästhetik« (169–176).

Der Leser verlässt nun die »Theorie« und setzt über in die blühende, bunte Welt der »Praxis« (177–333), muss sich aber, sofern ihn die rechtshistorische Praxis interessiert, noch ein wenig gedulden. Zunächst nämlich (177–216) befasst sich der Verfasser mit drei »vorfindlichen metaphorologischen Analytiken« (Jain, Lobenstein-Reichmann, Lüdemann) und der »Theorie und Analyse institutioneller Mechanismen« (TAIM), um sich »ein Instrumentarium, ein »Operationsbesteck« zusammenzustellen, »derer sich rechtswissenschaftliche Forschung je nach Situation angemessen bedienen kann« (177). Die Lektüre dieser und ähnlicher »Anleitungen« der Sprach-, Kultur- und Sozialwissenschaften ist hier und dort anregend, der Ertrag für Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte indes meist überschaubar.

Im letzten Kapitel – »Ausblick auf eine methodische Metaphorologie der »Grundrechte« – (217–333) findet der Verfasser dann tatsächlich den Weg in die Rechtsgeschichte. Indem er den metaphorischen Gehalt des Wortbestands »Grund« ernst nimmt, lenkt er die Aufmerksamkeit auf bislang

* JÖRG MICHAEL SCHINDLER, *Rechtsmetaphorologie – Ausblick auf eine Metaphorologie der Grundrechte. Eine Untersuchung zu Begriff, Funktion und Analyse rechtswissenschaftlicher Metaphern* (Schriften zur Rechtstheorie 281), Berlin: Duncker & Humblot 2016, 380 S., ISBN 978-3-428-14758-8

kaum beachtete Aspekte der deutschen Verfassungsgeschichte. In einer metaphorisch reflektierten Geschichte, wie sie der Verfasser anstrebt, kommt den »Grundrechten« der Grundherrschaft, der Einheit von Dominium und Imperium, eine ungleich größere Bedeutung für die Entwicklung der Freiheits- und Partizipationsrechte zu als in den konventionellen Verfassungsnarrativen, die die begriffliche Doppelbödigkeit meist völlig ausblenden.

Wenig Beachtung gefunden hat ferner bislang die Präsenz der Baumetaphorik in den Reden und Schriften der Revolutionszeit 1848/49. Die Spur führt zu den Symbolen und Praktiken der Freimaurerlogen, die ihre Wurzeln in den Zusammenschlüssen der Steinmetzzünfte hatten. Es war ein Freimaurer, der Abgeordnete Jacob Venedy, der 1848 den Begriff »Grundrechte« in seiner bis heute maßgeblichen Bedeutung in die politische Sprache einführte (218, 261–269). Den Blick für Alternativen schärft das Kapitel über »metaphorologische Konkurrenzen« (294–333), in dem sich der Verfasser mit den Metaphern der »sozialistischen Gerechtigkeit« in der DDR, den »libertés publiques« der französischen Rechtstradition und der (post-)modernen Netzwerkmetapher beschäftigt.

Den einen oder anderen Gedanken müsste man gewiss noch vertiefen, aber von der Hand zu weisen sind die Belege und Überlegungen des Verfassers nicht. Vor allem ist der Ansatz richtig, ausgehend von der in der Rechtssprache gespiegelten lebensweltlichen Erfahrungswelt tradierte Zuschreibungen und Deutungsmuster zu hinterfragen. Diese Erkenntnis hat sich der Verfasser Stück für Stück erarbeitet. In dem hervorragenden Schlusskapitel (334–339), das die manchmal hypertrophe Theoriebildung des ersten Teils hinter sich lässt und sich auf das Wesentliche konzentriert, werden die Argumente, die für eine meta-

phorische Analyse des Rechts sprechen, in hinreichender Deutlichkeit formuliert: »Ein entsprechend informiertes grundsätzliches Bewusstsein, dass Rechtswissenschaft nicht zuletzt die Entwicklung von und Arbeit mit Metaphern ist, erhöht die Freiheit. Ansonsten droht eine Gesellschaft die Metaphern in ihren Dienst stellt, zu einer Gesellschaft im Dienste von Metaphern zu mutieren« (337).

Nicht zu übersehen ist freilich, dass »Metapher« das Phänomen, welches der Verfasser im Blick hat, nicht adäquat beschreibt, schon deshalb, weil der Begriff trotz seiner beachtlichen Unschärfe sich nicht dazu eignet, bildwissenschaftliche und verwandte Ansätze, die ein Denken jenseits der Sprache zum Gegenstand haben, zu integrieren. Und genau darum geht es ja: um nicht weniger als das Denken schlechthin, um ein essentielles »kognitives Funktionsprinzip des Menschen« (335).

Wer es darauf anlegt, findet bekanntlich immer ein Haar in der Suppe. Schindlers Schrift ist in formaler Hinsicht nicht vollkommen. Gemessen an der glatt geschliffenen Summa-cum-laude-Massenware in ihrer anämischen Perfektion weist die Arbeit eine Reihe von »Mängeln« auf. Der Verfasser selbst hat sie u. a. in seinem »Vorwort« reflektiert und offen angesprochen: Stilwechsel, Brüche, offene Fragen, Unwucht und Inkonsistenzen in der Auswahl der Forschungsliteratur, unabgeschlossenes Quellenstudium usw. Dem ist nichts hinzuzufügen, nur eben, dass solche Mängel gar keine Mängel sind, wenn sie die Bedingungen und Voraussetzung für ein Vorhaben bilden, das echte (und nicht jene inszenierte, fadenscheinige) Innovation hervorbringt. Ein ausgezeichnetes, gedankenreiches, vielseitiges, engagiertes Buch.



Philipp Sahm

Das Unbehagen an der Rechtsdogmatik*

1. »PREKÄRE« RECHTSDOGMATIK – Oberflächlich betrachtet, scheint man sich über die Natur der Rechtsdogmatik und ihre Funktion im Wesentlichen einig zu sein, denn eine Debatte über Rechtsdogmatik im Sinne einer kritischen Auseinandersetzung mit verschiedenen Dogmatikkonzeptionen findet nicht statt. Doch dieser Eindruck täuscht. Das zeigt sich nicht nur daran, dass das alte Interesse der Rechtstheorie an der Rechtsdogmatik in jüngster Zeit einen erneuten Aufschwung erfahren hat.¹ Darüber hinaus besteht ein Unbehagen an der Rechtsdogmatik, das sich verschiedentlich äußert. Trotz der weit verbreiteten Einigkeit darüber, dass die Rechtsdogmatik ihre Berechtigung hat, weil sie das geltende Recht für seine Anwendung aufbereitet, indem sie es begrifflich durchdringt, systematische Zusammenhänge ermittelt und herstellt, Regelungslücken identifiziert und schließt, wird die Rechtsdogmatik als heikel empfunden. So wird häufig betont, dass der »emotional besetzte«² Begriff der Dogmatik noch immer nicht hinreichend geklärt und verstanden sei.³ »Die Frage, was Dogmatik ist, ist gar nicht so einfach zu beantworten.«⁴ Manche diagnostizieren gar Blockaden durch nicht verarbeitete Spannungen im Selbstbild der Rechtsdogmatik.⁵ Vereinzelt wird daraus die Konsequenz gezogen, der Begriff der Dogmatik müsse aufgegeben werden.⁶ Ferner wird Dogmatik mit allerlei ominösen Beschreibungen versehen und etwa als »fragwürdig«,⁷ »geheimnisvoll und schwer aufhellbar«,⁸ »peculiar«⁹ und »prekär«¹⁰ bezeichnet. Die Definitionsversuche der Rechtsdogmatik sind daher unbefriedigend und rechtfertigen es, dass der Rechtsdogmatik erstmals nach der Studie von Harenburg¹¹ und der begriffs-

geschichtlichen Untersuchung von Herberger¹² wieder eine ganze Monographie gewidmet wird. Dieser Aufgabe hat sich nun Christian Bumke in seinem Buch »Rechtsdogmatik« angenommen. Weitere Monographien zur Rechtsdogmatik sind dem kurz darauf gefolgt.¹³

2. SELBSTVERSTÄNDNISSE DER RECHTSDOGMATIK – Als Antwort auf das Unbehagen an der Rechtsdogmatik untersucht Bumke eine Vielzahl möglicher Selbstverständnisse rechtsdogmatischen Denkens und arbeitet beispielhaft die rechtsdogmatische Arbeitsweise Friedrich Carl von Savignys heraus. Bumkes Arbeit gliedert sich in zwei Teile, von denen der erste die Rechtsdogmatik im Allgemeinen in den Blick nimmt und der zweite die rechtsdogmatischen Arbeiten Savignys untersucht. Beiden Teilen ist eine kurze Einführung vorangestellt, in der Bumke im Hinblick auf die Rechtsdogmatik weitgehenden Forschungsbedarf konstatiert und über seine Methodik Rechenschaft ablegt. Über die Dogmatik liege trotz ihrer Allgegenwärtigkeit im juristischen Alltag nur »implizites Wissen« vor, sodass sie einer »Black Box« gleiche (2). Bumke will dieses implizite Wissen explizieren und wählt dazu die Perspektive eines beobachtenden Teilnehmers. Er beschränkt sich auf die von der Rechtswissenschaft betriebene Dogmatik, sodass sich die umstrittene Frage nach der Wissenschaftlichkeit der Rechtsdogmatik für ihn nicht stellt (11, 122 ff.). Die Studie soll die Konturen der Rechtsdogmatik herausarbeiten, indem sie systematisch die Vielfalt der rechtsdogmatischen Selbstverständnisse untersucht. Seine Arbeit will in exemplarischer Weise zeigen, wie die Rechtsdogmatik untersucht werden kann und nimmt so

* CHRISTIAN BUMKE, Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, Tübingen: Mohr Siebeck 2017, 296 S., ISBN 978-3-16-155239-7

1 Das konstatieren auch: JESTAEDT (2014) 1; GOLDMANN (2014) 373, 390.
2 RÜTHERS/FISCHER/BIRK (2016) 195.
3 SCHNEIDER (1968) 47; ZWEIGERT (1969) 444; SELB (1983) 605; ALEXI (1983) 307; ROTTLEUTHNER (2015)

212; HONSELL/MAYER-MALY (2015) 22, 78; HORAK (1984) 275; vgl. KLATT (2015) 469, 470, 488; LASSAHN/STEENBREKER (2015) 553.

4 BADURA (1996) 160.

5 PÖCKER (2006) 151.

6 NAUCKE (1996) 17; MEYER-CORDING (1973).

7 ENGISCH (1988) 262.

8 VOSSKUHL (2012) 112 spricht ebda. vom »Geheimnis ihrer [der Dogmatik] Klugheit«.

9 PECZENIK (1969) 32, 64.

10 JANSEN (2005) 750, 755; JANSEN (2011); LEPSIUS (2012) 45; JESTAEDT (2014) 1, 8.

11 HARENBURG (1986).

12 HERBERGER (1981).

13 LENNARTZ (2017) und FLOHR (2017).

Pioniercharakter in Anspruch (2). Schließlich soll an den rechtsdogmatischen Hauptschriften von Savigny das von Bumke entwickelte Instrumentarium zur Untersuchung der Rechtsdogmatik an einem konkreten Beispiel erprobt werden. Die Wahl seines Beispiels begründet Bumke damit, dass mit Savigny das rechtsdogmatische Denken einen Sprung vollzogen und dieser nachhaltigen Einfluss auf die rechtsdogmatische Arbeitsweise ausgeübt habe (8).

Der erste Teil der Arbeit beginnt mit einem Rückblick auf die Entwicklung der Rechtsdogmatik im 20. Jahrhundert (16–43). Anschließend stellt Bumke die verschiedenen Aufgaben der Rechtsdogmatik dar, wobei er neben den Aufgaben der Ordnungsbildung, Ermöglichung der Rechtsanwendung und der Erlernbarkeit des Rechtsstoffes auch das Vorhalten von normativem Erfahrungswissen als Aufgabe der Dogmatik anführt und so das bekannte Terrain verlässt. Bumke beschreibt diese Aufgabe wie folgt: »Gegenstand ist die Sammlung, Aufbereitung, Ordnung und das Beirhalten des impliziten und expliziten Wissens über die rechtlichen Erzeugungs- und Veränderungsprozesse.« Dem stellt er jedoch einen Vorbehalt voran: »Dieser Aufgabe fehlt es an einem klaren Profil. Unsicher sind auch die Instrumente, um sie zu bewältigen.« (54) Ob man bei der Sammlung normativen Erfahrungswissens von einem konstitutiven Element der Rechtsdogmatik sprechen könne, »ist eine Frage des rechtsdogmatischen Selbstverständnisses« (55).

Im nächsten Schritt untersucht Bumke das Verhältnis der Dogmatik zum positiven Recht. Bumke ist überzeugt, dass nach den »Elementen oder Eigenschaften des Rechts [...], über die sich nicht disponieren lässt«, gefragt werden muss, weil sie »unhinterfragbare Haltepunkte für das rechtsdogmatische Denken und Arbeiten bilden sollen« (65). Diese die Dogmatik prägenden Hintergrundvorstellungen über das Recht, nennt Bumke Präterminanten. Auf der Suche nach Präterminanten aus dem »gegenständlich-ontologischen Untergrund« wird das Verhältnis von Recht, Natur und Moral behandelt (66–76). Anschließend betrachtet Bumke mögliche Präterminanten, die sich aus der gesellschaftlichen Praxis ergeben können (78 ff.). Die Suche nach den rechtsontologischen Präterminanten endet mit einem negativen Ergebnis: »Für die natürlichen oder normativen Grundgegebenheiten lässt sich festhalten, dass sie sich nicht in einer Weise erschließen lassen, die zu

inhaltlichen Festlegungen auf dem Feld der Rechtsdogmatik zwingt.« (76). Aus der Untersuchung praktischer Präterminanten hingegen zieht Bumke für die Rechtsdogmatik konkrete Konsequenzen. Die Rechtsdogmatik müsse einen Anspruch auf inhaltliche Richtigkeit erheben, da das Recht notwendigerweise mit einem Anspruch auf inhaltliche Richtigkeit auftrete (89). Ferner müsse die Rechtsdogmatik die spezifischen Funktionen des Rechts ihrer Arbeit zugrunde legen. Unter dem Begriff der »juridischen Funktionen« fasst Bumke die Ordnungs-, Orientierungs-, Stabilisierungs- und Ermöglichungsfunktion des Rechts zusammen (90 ff.).

Bumke untersucht ferner das Verhältnis der Rechtsdogmatik zur Rechtspraxis (101 ff.) und zum Parlamentsgesetz (107 ff.) und differenziert jeweils verschiedene idealtypische Haltungen, die in der rechtsdogmatischen Arbeit in Bezug auf die Rechtsprechung und Gesetzgebung in je unterschiedlichem Ausmaß eingenommen werden können. Auch im Hinblick auf die Arbeitsweise der Rechtsdogmatik unterscheidet er verschiedene mögliche Zugänge. So könne ein erheblicher Unterschied zwischen einer rechtsaktbezogenen und einer verhaltensbezogenen Betrachtungsweise festgestellt werden. Weiterhin könnten unterschiedliche Wahrnehmungsschwerpunkte ergebnisbezogener oder prozessbezogener Rechtsdogmatik identifiziert werden (117 f.). Der Autor untersucht sodann den Status rechtsdogmatischer Sätze. Die Antwort auf diese Frage hänge ebenfalls vom rechtsdogmatischen Selbstverständnis ab, wobei mehrere Sichtweisen möglich seien: »Zusammenfassend lässt sich somit festhalten: Auch als eine wissenschaftliche Ansprüche erhebende Disziplin muss die Rechtsdogmatik normative Sätze in dem skizzierten Sinne nicht aus ihrer Arbeit ausgrenzen. Umgekehrt sollte man jedoch vorsichtig mit der Aussage sein, dass Normativität ein disziplinäres Charakteristikum darstellt. Notwendig ist dies nicht; vielmehr handelt es sich um eine Frage des disziplinären Selbstverständnisses. Wissenschaftlich verlässliche Aussagen lassen sich über die richtige Lösung einer schwierigen Rechtsfrage gewöhnlich nicht treffen. Doch auch bezüglich dieser Einschätzung lässt sich ein gegenteiliger Standpunkt einnehmen« (138).

Daran schließen sich Darstellungen einzelner rechtsdogmatischer Instrumente an, die zur Bildung rechtsdogmatischer Sätze herangezogen werden können. Bumke unterscheidet dazu Rechts-

prinzipien, Rechtsinstitute, rechtsdogmatische Figuren, juristische Theorien, den Typusbegriff, Leitbilder und juristische Begriffe (138 ff.). Es handelt sich dabei um eine skizzenhafte Darstellung, da die einzelnen Instrumente teilweise nur sehr knapp beschrieben werden und eine scharfe Abgrenzung oft nicht möglich ist. Unter dem Abschnitt zur Bildung rechtsdogmatischer Sätze werden die Frage ihrer Maßstäbe und Falsifikation sowie die Frage der Rezeption außerjuristischen Wissens behandelt (145–160).

Der zweite Teil der Arbeit widmet sich der Rechtsdogmatik Savignys. Denn: »Um zu einem deutlichen Bild der rechtsdogmatischen Arbeitsweise zu gelangen, wird man deshalb rechtsdogmatische Werke unterschiedlichster Couleur daraufhin untersuchen, auf welche Weise vorgegangen wurde, welche Instrumente benutzt und welche Ziele dabei verfolgt wurden.« (161) In einem ersten Schritt analysiert der Verfasser die Denkweise Savignys und betrachtet Prädeterminanten für Savignys rechtsdogmatische Arbeiten, indem er sein methodisches Grundverständnis, sein Rechtsverständnis und sein Wissenschaftsverständnis analysiert (163–185). In einem zweiten Schritt wird die sehr abstrakte dogmatische Arbeitsweise Savignys behandelt, mit der dieser das damals geltende römische Recht bearbeitet habe. Bumke rekonstruiert dazu ein komplexes begriffliches Gebäude, das sich aus fünf Kategorien zusammensetzt, nämlich der Rechtsregel, dem subjektiven Recht, dem Rechtsinstitut, dem Rechtsverhältnis und der juristischen Tatsache (187). Im Anschluss daran wird durchleuchtet, wie Savigny rechtsdogmatische Begriffe konstruiert. Bumke unterscheidet institutionelle Rechtsbegriffe (z. B. den Besitz) von allgemeinen Rechtsbegriffen (z. B. Willenserklärungen) und strukturierenden Rechtsbegriffen (198–216). Er resümiert schließlich, dass es dem savignyschen Systemgedanken als heuristisches Werkzeug ge-

lingt, das organisch gewachsene Recht erklärbar zu machen. Diese erfolgreiche Methode, nicht jedoch sein Rechtsbegriff, sei daher mit heutiger rechtsdogmatischer Arbeit kompatibel, was die enorme Prägestkraft Savignys für die Rechtsdogmatik erkläre (220 f.). Das Buch endet mit einem Ausblick auf eine mögliche Theorie der Rechtsdogmatik in sieben Punkten.

3. VIELFALT DER RECHTSDOGMATIKEN – Bumkes »Rechtsdogmatik« ist jedem an Rechtsdogmatik interessierten Leser zu empfehlen, weil sie die gängige Sichtweise auf die Rechtsdogmatik als eine monolithische Einheit durch eine Vielfalt der Rechtsdogmatiken ersetzt, die bislang nicht in den Blick genommen wird. Trotz ihrer Komplexität bleibt die mit knapp 230 Textseiten kurze Arbeit gut lesbar.¹⁴ Um die Studie mit Gewinn zu lesen, muss man sie als Exploration mit dem Blick auf mögliche *Binnendifferenzierungen* der Rechtsdogmatik verstehen, die eine Vielzahl weiterer Fragestellungen eröffnet. Insofern schließt Bumkes Beitrag zu einer Theorie der Rechtsdogmatik nicht an die bisherigen Betrachtungsweisen der Rechtsdogmatik an, die unter Ausblendung möglicher Binnendifferenzierungen die Disziplin insgesamt betrachten. Vielmehr steht die pluralistische Sichtweise Bumkes quer zur bisherigen Diskussion und kann so die bislang ausgebliebene kritische Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Dogmatikkonzeptionen anregen. Sie ermöglicht es, das Verständnis der Rechtsdogmatik zu verfeinern, indem diese nicht mehr nur global etwa im Gegensatz zur Rechtspraxis oder Rechtstheorie betrachtet wird. Will man, wie Bumke, verschiedene Arten von Rechtsdogmatik voneinander unterscheiden, ist in der Tat die Untersuchung konkreter rechtsdogmatischer Beispiele indiziert. Bumke geht mit gutem Beispiel voran und seziert dazu die Rechtsdogmatik Savignys. Die Systematisierung, die Savigny mit dem damaligen römi-

14 Einige redaktionelle Fehler trüben den Gesamteindruck: vgl. etwa Seite 99. Auf Seite 209 werden vier Unterpunkte aa)–dd) angekündigt, es folgen aber nur drei Punkte a)–c). Missverständlich sind auch die Ausführungen Bumkes zu seinem Maßstab zur Untersuchung der Rechtsdogmatik und ihrer Arbeitsweise: »Dieses Ziel ist nicht maßstabslos zu verwirklichen. Rationalität bildet das

Fundament. Sie speist sich einerseits aus dem Recht bzw. der Rechtsordnung mit ihrem Anspruch, rational zu sein, und andererseits aus dem Anspruch, wissenschaftlich zu arbeiten. Das Verhältnis ist nicht spannungsfrei. Doch entscheidend sind nicht die beiden Seiten, sondern die Überzeugung des Untersuchenden, dass sich die Rechtsdogmatik als eine rationale Praxis begreifen und sie sich

mit Hilfe von Rationalitätsstandards rekonstruieren lässt. Das kritische Potenzial ist deshalb begrenzt: Für das Irrationale und Inkonsistente ist kaum Platz. Ansonsten werden im Folgenden aber auch Positionen analysiert, erklärt und geordnet, die den eigenen rechtsdogmatischen Überzeugungen widersprechen.« (11, ohne Fußnoten).

schen Recht vorgenommen hat, führt Bumke an Savignys Rechtsdogmatik durch. Allerdings verursacht die Lektüre trotz dieser unbestrittenen Differenzierungsgewinne ihrerseits neues Unbehagen. Die Bedenken betreffen einerseits einen Widerspruch in der Sache und andererseits die Methodik.

a) KONTINGENZ DES RECHTS – Zum Widerspruch lädt die Arbeit im Hinblick auf den Richtigkeitsanspruch der Rechtsdogmatik ein. Für Bumke »kann die Rechtsdogmatik das positive Recht nicht als kontingenten Stoff begreifen« (58, 95 f.). Ein relativistischer Standpunkt, der »den Charakter des Rechts als ›Menschenwerk‹« (66), den historischen Wandel und die kulturelle Vielfalt der verschiedenen bekannten Rechtsordnungen betone, sei daher für die Rechtsdogmatik ausgeschlossen. Als Gegenposition zum Relativismus versteht Bumke realistische Verständnisweisen, die eine inhaltliche Determiniertheit des Rechts annehmen, wobei verschiedene Begründungen dieser inhaltlichen Notwendigkeiten vorstellbar seien (67 ff.). Das Recht nehme für sich inhaltliche Richtigkeit in Anspruch. Dieser Richtigkeitsanspruch begegne zwar diversen Problemen und entziehe sich einer näheren Bestimmung, weil ein allgemein akzeptiertes Richtigkeitskriterium nicht gefunden werden könne (85). Dennoch hält Bumke fest: »Als Einsicht in das rechtsdogmatische Denken darf festgehalten werden, dass der Richtigkeitsanspruch zu den konstitutiven Grundelementen dieses Denkens zählt. Insoweit ist ein relativistischer Standpunkt ausgeschlossen.« (89)¹⁵ Dass Recht mit einem Richtigkeitsanspruch auftritt, soll nicht bestritten werden. Allerdings folgt daraus weder in der Rechtsdogmatik noch in anderen juristischen Disziplinen, dass das Recht als inhaltlich determiniert begriffen werden muss. Die von Bumke zur Plausibilisierung seiner realistischen Position angeführten Beispiele (Inzestverbot / Folterverbot, 67, 73) vermögen jedenfalls in Anbetracht der großen Menge inhaltlich nicht notwendiger Regelungen (etwa das Rechtsfahrgebot des § 2 Abs. 2 StVO) nicht zu überzeugen. Jedenfalls in quantitativer Hinsicht befasst sich die Rechtsdogmatik überwiegend mit kontingenten Normen. Nur insoweit die

Dogmatik das Recht als kontingenten Stoff begreift und es nicht als inhaltlich richtig voraussetzen muss, kann sie zur Rechtsfortbildung beitragen und ihre kritische Funktion ausüben, die auch Bumke beibehalten will (229).

b) FERNGLAS ODER MIKROSKOP? – Ein weiterer Kritikpunkt betrifft Bumkes Methodik. Seine Herangehensweise ist philosophisch-nachdenklich, da er sowohl Unsicherheiten als auch seine Skepsis offenlegt und sich nicht davor scheut, auch negative Ergebnisse festzuhalten. Der Nachteil daran ist jedoch, dass er sich oft mit einem flauen Fazit begnügen muss. Am Ende seines historischen Überblicks kommt Bumke zu dem Schluss, dass es viele Weisen gebe, Rechtsdogmatik zu betreiben und es folglich keinen Sinn ergebe, von »der« Rechtsdogmatik zu sprechen (42). Der Befund wird aber dahingehend relativiert, dass es dennoch einen gemeinsamen Kern im Sinne einer disziplinären Identität gebe (42, 226). Was jedoch diesen Kern ausmacht, bleibt bei Bumke offen. Oftmals heißt es in der Arbeit, zu einer Fragestellung seien verschiedene rechtsdogmatische Selbstverständnisse möglich. Über den Inhalt des rechtsdogmatischen Richtigkeitsanspruches sagt er beispielsweise, dieser stehe unterschiedlichen Ausdeutungen offen, »über die man im Rahmen rechtsdogmatischer Arbeit geteilter Auffassung sein kann.« (90). Bumke ist skeptisch, was die Möglichkeit wissenschaftlicher Aussagen über die richtige Lösung schwieriger Rechtsfragen angeht, schränkt dies jedoch sofort ein, denn »auch bezüglich dieser Einschätzung lässt sich ein gegenteiliger Standpunkt einnehmen« (138). Damit bleibt letztlich vage, wie die Hintergrundvorstellungen und Selbstverständnisse das rechtsdogmatische Denken und Arbeiten prägen: »Mal mag es um Nuancen gegen, mal um kategoriale Differenzen« (99). Oft sind die entwickelten Unterscheidungen so subtil, dass ihr heuristischer Mehrwert rein theoretisch zu bleiben droht. Es stellt sich nämlich die Frage, wie es sich auf konkrete rechtsdogmatische Arbeit auswirkt, dass sie dem einen oder anderen Selbstverständnis anhängt – beispielsweise eher einer rechtsaktbezogenen als einer verhaltensbezogenen Sichtweise

15 Er meint damit nicht die Behauptung, dass das Recht eine richtige Antwort auf jede Rechtsfrage beinhalte im Sinne der ›right answer thesis‹ Ronald Dworkins (133, Fn. 404).

entspringt. Bumke bleibt eine Antwort darauf schuldig und der Erklärungswert der Differenzierung unklar.

Folglich lässt sich die Arbeit auch nicht auf eine prägnante These zur Rechtsdogmatik herunterbrechen. So kann Bumke trotz der Vielzahl differenzierter Selbstverständnisse nur wenig darüber aussagen, was Rechtsdogmatik allgemein ausmacht, obwohl dies auch ein Ziel seiner Arbeit sein soll (225). Denn wenn etwa in Bezug auf die Einstellung der Rechtsdogmatik zur Rechtspraxis und zum Gesetz verschiedene Haltungen möglich sind, ist zweifelhaft, ob diesen möglichen Selbstverständnissen *rechtsdogmatische* Relevanz zukommt. Vielmehr fehlt ihnen im Hinblick auf die Rechtsdogmatik gerade der disziplinprägende Charakter. Die kontingenten Selbstverständnisse können zu der abstrakten Frage nach dem Proprium der Disziplin und der Ursache des Unbehagens an der Rechtsdogmatik wenig beitragen. In diesem Sinne erweist es sich auch als problematisch, dass Bumke einerseits davon ausgeht, dass auch außerhalb der akademischen Rechtswissenschaft Dogmatik betrieben wird, andererseits diese aber bewusst ausklammert. Für seine Fragestellung untersucht Bumke die Rechtsdogmatik aus zu großer

Nähe, weil man vor lauter Varianten die Dogmatik als Ganzes aus dem Blick verliert. Bumke benutzt ein Mikroskop für eine Fragestellung, die nach einem Fernglas verlangt: Für eine Theorie der Rechtsdogmatik (2) oder eine Meta-Rechtsdogmatik (12) sind die Differenzierungen unterschiedlicher rechtsdogmatischer Selbstverständnisse auf einem nicht sachgemäßen Abstraktionsniveau angesiedelt. Ihre Vielfalt verdeckt die Frage nach dem gemeinsamen Kern aller Rechtsdogmatiken, den auch Bumke nicht aufgeben will (226). So erfolgreich die Nahbetrachtung für die Beleuchtung der rechtsdogmatischen Vielfalt ist, so ungeeignet erscheint sie für die Frage nach den allgemeinen Charakteristika der Rechtsdogmatik. Findet man innerhalb dieser Disziplin verschiedene mögliche Selbstverständnisse vor, interessieren im Hinblick auf die gesamte Rechtsdogmatik vor allem die Gemeinsamkeiten der von Bumke kartographierten Zugänge. Statt nach möglichen wäre nach notwendigen Selbstverständnissen zu fragen und statt der Binnendifferenzierungen die gesamte Disziplin aus der Vogelperspektive zu betrachten.



Bibliographie

- ALEXY, ROBERT (1983), *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main
- BADURA, PETER (1996), Die Dogmatik des Staatsrechts im Wandel von Bismarckreich über die Weimarer Republik zur Bundesrepublik, in: BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG, WILFRIED BRUGGER (Hg.), *Entstehen und Wandel verfassungsrechtlichen Denkens*, 133–165
- ENGISCH, KARL (1988), Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken [1972], in: ROELLECKE, GERD (Hg.), *Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie?*, Darmstadt, 262–288
- FLOHR, MARTIN (2017), *Rechtsdogmatik in England*, Tübingen
- GOLDMANN, MATTHIAS (2014), Dogmatik als rationale Rekonstruktion: Versuch einer Metatheorie am Beispiel Völkerrechtlicher Prinzipien, in: *Der Staat* 53,3, 373–399
- HARENBURG, JAN (1986), *Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis. Ein Beitrag zur Theorie der Rechtsdogmatik*, Stuttgart
- HERBERGER, MAXIMILIAN (1981), *Dogmatik – Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, Frankfurt am Main
- HONSELL, HEINRICH, THEO MAYER-MALY (2015), *Rechtswissenschaft – Eine Einführung in das Recht und seine Grundlagen*, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg
- HORAK, FRANZ (1984), Dogma und Dogmatik, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung* 101, 275–293
- JANSEN, NILS (2005), Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht, in: *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 2005,4, 750–783
- JANSEN, NILS (2011), Rechtsdogmatik im Zivilrecht, in: ANDERHEIDEN, MICHAEL, MARIETTA AUER, THOMAS GUTMANN (Hg.), *Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie*, Online-Publikation <http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/neue-beitraege/19-beitraege/98-rechtsdogmatik-im-zivilrecht> (zuletzt abgerufen am 19.05.2018)
- JESTAEDT, MATTHIAS (2014), Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, in: *Juristenzeitung* 69, 1–12
- KLATT, MATTHIAS (2015), Integrative Rechtswissenschaft. Methodologische und wissenschaftstheoretische Implikationen der Doppelnatur des Rechts, in: *Der Staat* 54,4, 469–499
- LASSAHN, PHILIPP, THOMAS STEENBREKER (2015), Gedanken zur Rechtsdogmatik, in: *Juristische Rundschau* 2015,11, 553–560
- LEPSIUS, OLIVER (2012), Kritik der Dogmatik, in: KIRCHHOF, GREGOR, STEFAN MAGEN, KARSTEN SCHNEIDER (Hg.), *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?* Tübingen, 39–62

- LENNARTZ, JANNIS (2017), *Dogmatik als Methode*, Tübingen
- MEYER-CORDING, ULRICH (1973), *Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?* Tübingen
- NAUCKE, WOLFGANG (1996), *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 3. Aufl., Neuwied
- PECZENIK, ALEKSANDER (1969), *Empirical Foundations of Legal Dogmatics*, in: *Logique et Analyse* 12,45, 32–64
- PÖCKER, MARKUS (2006), *Unaufgelöste Spannungen und blockierte Veränderungsmöglichkeiten im Selbstbild der juristischen Dogmatik*, in: *Rechtstheorie* 37,4, 151–169
- ROTTLEUTHNER, HUBERT (2015), *Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft*, in: HILGENDORF, ERIC, HELMUTH SCHULTZE-FIELITZ (Hg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Tübingen, 207–222
- RÜTHERS, BERND, CHRISTIAN FISCHER, AXEL BIRK (2016), *Rechtstheorie*, 9. Aufl., München
- SCHNEIDER, EGON (1968), *Kommentar*, in: *Deutsche Richterzeitung*, 47–48
- SELB, WALTER (1983), *Dogmen und Dogmatik, Dogmengeschichte und Dogmengeschichte in der Rechtswissenschaft*, in: CANARIS, CLAUS-WILHELM (Hg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, München, 605–614
- VOSSKUHLE, ANDREAS (2012), *Was leistet Rechtsdogmatik? Zusammenführung und Ausblick in 12 Thesen*, in: KIRCHHOFF, GREGOR, STEFAN MAGEN, KARSTEN SCHNEIDER (Hg.), *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?* Tübingen, 111–116
- ZWIEGERT, KONRAD (1969), *Rechtsvergleichung, System und Dogmatik*, in: BETTERMANN, KARL AUGUST (Hg.), *Festschrift für Eduard Bötticher zum 70. Geburtstag am 29. Dezember 1969*, Berlin, 443–450

Frank L. Schäfer

The Ivory Tower Meets Everyday Life*

We live in the age of commentaries. When I was a law student at Heidelberg University and wrote a take-home exam on private law in the mid-1990s, I had to survey eight commentaries on the German Civil Code. Today, students have to check twice as many commentaries, among them whoppers like the Historical-Critical Commentary and the Beck »Grand« Online-Commentary, the latter still in progress with more than 400 individual contributors – not paragraphs. Publishers and editors must use all kinds of incentives to lure new authors onto their juridical treadmills. Nobody needs an oracle to predict that most of the commentaries without a digital interface will soon vanish – sometimes to the relief of their authors, who are deeply frustrated by the lack of citations in textbooks and court cases. There is no need for the Club of Rome to issue a paper on the limits of legal commentaries. Despite all this intertextual Darwinism, the commentaries call to mind a kind of legal oasis with plenty of resources. The desert beyond buries

the few remaining »grand« textbooks that traditionally developed legal principles and legal system. The commentaries can provide no guidance on these points. Their focus lies on practical details, not overarching structures. It is no wonder that mainstream contemporary German legal writing on private law is unable to master the overwhelming number of changes in the German Civil Code introduced over the last two decades.

Since I write comments for various sections of the German Civil Code in the Munich Commentary and the Historical-Critical Commentary, my own role is unusual, perhaps even cynical: here I'm commenting on a monograph on commentaries in which I also contribute commentaries. Dr David Kästle-Lamparter, a junior researcher at the University of Münster, has composed a book on legal commentaries. His dissertation has received many awards: the Johannes-Zilkens-Doctoral Award of the renowned German Scholarship Foundation, the Ernst-Rabel-Prize of the Society

* DAVID KÄSTLE-LAMPARTER, *Welt der Kommentare: Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart* (Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bd. 30), Tübingen: Mohr Siebeck 2016, 416 p., ISBN 978-3-16-154142-1

for Comparative Law and the Prize of the University of Münster. After the Faculty of Law in Münster painstakingly had to investigate plagiarism in other award-winning dissertations – to the embarrassment of the national jurist community – such prizes no longer automatically indicate academic merit. However, there is no reason for hyperventilation in Münster. A thorough inspection of the book reveals that Dr Kästle-Lamparter has indeed delivered an innovative and independent masterpiece.

Dr Kästle-Lamparter tells the tales of legal commentaries through the lenses of history and theory. He divides his thesis into four parts, the first three reflecting legal history and the last legal theory: first, a brief history of commentaries in Europe from ancient Rome to the world wide web; second, the ancient commentaries of the Bologna Law School, canon law, and domestic German law; third, the rise of commentaries in Germany during the 19th and 20th centuries; and fourth, an analytical part called »Phenomenology Attempted«. Needless to say, the thesis does not cover all legal subjects, but rather focuses on the most important and most advanced: private law and its history. Thus, Dr Kästle-Lamparter not only delivers a history of legal commentaries, but also a profound overview of the history of private law.

Some minor details demand discussion. Dr Kästle-Lamparter blames several legal historians for wrongly citing or wrongly spelling David Mevius's commentary on the law of Lübeck. He claims the only and true title of the commentary was *Commentarius in Ius Lubecense*. This might be true from the 2nd edition (1664) on. However, the beginning of the first edition (1642/43) bears only the main title, *Commentarii in Ius Lubecense*, without reference to any *libri quinque*. Mevius added those latter words from the second edition on. Far more dubious is Dr Kästle-Lamparter's comparison of the Nazi commentaries to the »Alternative Commentaries«, edited by the renowned court president Rudolf Wassermann and written by social-liberal and progressive scholars from Bremen Law School and other reform universities. Dr Kästle-Lamparter identifies in a footnote on page 88 »certain structural parallels« between Nazi commentaries and the »Alternative Commentaries«. Such a strong accusation using the so-called »Nazi truncheon« requires more than a simple footnote; indeed, it requires a very elaborate explanation! Readers must figure out on their own

whether Wassermann's contribution to a nationalist essay collection called *Die selbstbewusste Nation* informs Dr Kästle-Lamparter's accusation. As always in German dissertations, the academic sniping is well hidden in the footnotes, whereas American and British scholars prefer an open debate in the main text, with the footnotes merely providing references. Clearly, we should learn to follow the American and British example. What else is there to highlight in the other two following historical parts? The next chapter on the glossators and their successors tries to decipher the literary sources of Accursius's *Glossa Ordinaria*. Dr Kästle-Lamparter has done some independent research here, but the result is no match for Horst Heinrich Jakobs's excellent monograph, *Hugolinusglossen im accursischen Apparat zum Digestum vetus* (2017).

The last historical section, concerning the specific history of the commentaries in Germany during the 19th and 20th centuries, is a major contribution to the general history of private law and maybe the best part of the thesis. Despite all merits, a very important question remains unsolved. Dr Kästle-Lamparter underestimates the depths, intensity and range of the interaction between a commentator and his readers (legal practitioners plus legal scholars, including other commentators) during the course of several consecutive editions of a commentary. Things get even more complicated if one considers federal judges participating in commentaries. Dr Kästle-Lamparter introduces several examples in tort law (section 823 civil code) to analyse how the commentaries interpreted the German Civil Code during the first decades of its existence. He refers to the two major, predominant commentaries, namely Planck and Staudinger. He skims through several editions of each commentary and is able to trace some formal development in the commentaries. However, by far the most important task is what he does not examine in full detail, but only peripherally: the question of how one commentator should react to a competing commentary, other literature and the latest court cases. Should a commentator change his comments after the latest edition of a competing commentary or a contradictory case? And how can he influence other commentaries and case law? This interaction is most important for the development of law because professional commentators try to reflect and influence ongoing legal discourse. Since Dr Kästle-Lamparter – like so many other legal historians – has not yet joined the ranks of the

commentators on current law, his omissions are understandable.

What remains is a marvellous book on the most important genre of legal literature. Unlike progressive scholars (e. g. Peter Derleder), Dr Kästle-Lamparter does not condemn the daily business of the commentators. Rather, he reveals the practical and theoretical boundaries of commentaries as a me-

dium of communicating about law and within the realm of law. The thesis covers an impressive range of literature, eras and theories without losing its sense of direction. The author of this review learned quite a lot about his own business. Other readers might profit from Dr Kästle-Lamparter's contribution as well.



Gerd Bender

Living with the Past*

»Sozialwissenschaftlich aufschlussreich sind für mich nicht Zustände, sondern Verläufe – oder Zustände nur im Zusammenhang von Verläufen. Theorien, die Strukturen oder Ereignisse als freistehende Unikate in einem feststehenden Ereignis- und Möglichkeitsraum behandeln, können fundamental in die Irre führen. Alles Soziale spielt sich in der Zeit ab, entfaltet sich mit der Zeit und wird in und mit ihr sich selber ähnlicher. Was wir heute sehen, können wir nur verstehen, wenn wir wissen, wie es gestern ausgesehen hat und auf welchem Weg es sich befindet. Alles, was vorfindlich ist, ist immer auf einem Entwicklungspfad unterwegs. Auf diesen kommt es entscheidend an.«

Dieses Plädoyer für historische Vertiefung, für ein entschiedenes »history matters« findet sich in Wolfgang Streecks »Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus«, einem der einflussreichen Werke der zeitgenössischen Politikwissenschaft (Berlin 2013, 11 f.). Es markiert den Aufstieg des »Historischen Institutionalismus«, einer Blickveränderung, die dazu beitragen soll, die Sozialwissenschaften von präsentistischen Selbstfesselungen zu befreien. Natürlich geht es dabei um bessere Analysen, nicht zuletzt aber auch um eine erhöhte Prognosefähigkeit als Anschlussstelle für irgendwie gelingende Steuerung.

Der krisenwissenschaftliche Dreischritt Auguste Comtes wird gleichsam aufgeladen mit historischer Sensibilität, zum Wohle einer politischen Wissenschaft, die den Herausforderungen einer immer turbulenteren Welt entspricht.

The Oxford Handbook of Historical Institutionalism führt den Leser in dieses Konzept, das die Politikwissenschaft der Globalisierungszeit bewegt, in fast schon akribischer Weise ein. Es knüpft an das einige Jahre zuvor erschienene *The Oxford Handbook of Comparative Institutional Analysis*¹ an, das in Teil I fundamentale Beiträge zum Thema im Angebot hatte, vor allem aber den wiederum von Streeck verfassten Epilog »Institutions in History. Bringing Capitalism Back In«. Im aktuellen Handbook bieten die Herausgeber in Teil I (3 ff.) eine informative Einführung in den Aufstieg des Konzepts mit einer Reminiszenz (7) an den wichtigen, 1992 erschienenen Titel *Structuring Politics: Historical Institutionalism in Comparative Analysis*,² der die Debatte darüber angestoßen hatte, »how temporal processes and events influence the origin and transformation of institutions that govern political and economic relations« (3).

Die Teile III, IV und V enthalten eine wahrlich große Anzahl von Einzelstudien zu »American Politics«, »European Politics« und unter »Compar-

* ORFEO FIORETO, TULIA G. FALLETTI, ADAM SHEINGATE (eds.), *The Oxford Handbook of Historical Institutionalism*, Oxford: Oxford University Press 2016, XV, 676 p., ISBN 978-0-19-966281-4

1 GLENN MORGAN, JOHN L. CAMPBELL, COLIN CROUCH, OVE KAJ PEDERSEN, RICHARD WHITLEY (ed.), Oxford 2010.

2 SVEN STEINMO, KATHLEEN THELEN, FRANK LONGSTRETH (ed.), Cambridge 1992.

ative Politics« Studien zu Länder- und Sachgruppen, etwa zu »Durable Authoritarianism« (Levitsky / Way), »The Development of State Capacity« (Soifer) oder – von großem transnationalen Belang – zu »Labor in Developing and Post-Communist Countries« (Caraway). Für den disziplinfremden Leser ist Teil II zu »Foundations« sicherlich am wichtigsten. Hier finden sich mit Peter A. Hall, Kathleen Thelen, James Mahoney, Giovanni Capoccia, Sven Steinmo und Paul Pierson Autoren, die für die Debatte der vergangenen 20 Jahre stehen und unser Wissen über Pfadabhängigkeit, über die Macht der Geschichte und über deren Grenzen maßgeblich beeinflusst haben. Drei Beiträge seien wenigstens kurz erwähnt: Gemeinsam mit James Conran entfaltet Thelen im Beitrag »Institutional Change« fast so etwas wie eine kurze Geschichte der institutionalistischen Wende, ihrer Ausgangspunkte und der Kontroversen, die in sie eingelagert waren, ein besonders für jeden Nicht-Insider ungemein informativer und nützlicher Text. Mahoney, gemeinsam mit Khairunnisa Mohamedali und Christoph Nguyen (»Causality and Time in Historical Institutionalism«, 71–88) systematisieren die verschiedenen Formen des Wandels: die Konstellation der starken Pfadabhängigkeit, des graduellen bzw. inkrementellen Wandels oder spektakulärer Rupturen im Umfeld von »critical junctures«, ein basales Konzept im begrifflichen Kontext von »crisis«, »turning point« und »unsettled times«, das der Beitrag Capoccias (89–106) eindrucksvoll auffächert.

Für die Rechtsgeschichte handelt es sich bei der – laut OUP-typisch selbstbewusstem Klappentext – »authoritative and accessible state-of-the-art-analysis of the historical institutionalism research tradition in Political Science«, die das Handbook bietet, um ein respektables Angebot, bei dem ein näheres Hinsehen auch dann lohnen sollte, wenn man nicht jede Seite des Wälzers umdrehen möchte. Forschung zu Institutionen, mit den Herausgebern verstanden als »rules, norms, and practices that organize and constitute social relations«, zählt

zum Kerngeschäft der Rechtsgeschichte. Konstellationen der normativen Stasis trotz großen Veränderungsdrucks, markante Bruchstellen, aber auch und gerade Formen des inkrementellen Wandels, für die sich die »Institutionalisten« in besonderer Weise interessieren, sind für unsere Disziplin nicht minder belangvoll und Theorien sozialwissenschaftlicher Provenienz können inspirierend sein. Zugleich steht außer Frage, dass die Rechtsgeschichte im Geflecht der Institutionenforschung ihrerseits etwas einzubringen hat: als Rechtswissenschaft ihre besondere Expertise für Normativität, als Geschichtswissenschaft ihre besondere Sensibilität für Komplexitäten. Sie hängt nicht, jedenfalls nicht so sehr, wie es auch noch bei den Autoren des Historischen Institutionalismus erkennbar der Fall ist, an den Herausforderungen der Gegenwart und deren Bewältigung. Anders gesagt: Sie ist von Hause aus nicht auf die realisierten Möglichkeiten fokussiert. Auch die nicht realisierten Möglichkeiten, die ins Gedächtnis der Gesellschaft abgelegt wurden und ihrer Aktualisierung harren, ja sogar die vermeintlich toten Äste der sozialen Evolution zählen als Gegenstand der Forschung.

Gerade von dieser Sensibilität könnten speziell die unter den institutionalistischen Vorzeichen zur »Vergangenheit« Bekehrten profitieren. Und es könnte noch besser kommen: Für Juli 2018 ist ein weiteres Oxford Handbook angekündigt, diesmal zu »Legal History«. Man wird sehen, ob sich die transdisziplinären Perspektiven, die der Band zu den historisierten Institutionen zu erkennen gibt, durch diese Neuheit im Kosmos der Oxford Handbooks weiter fundieren lassen. Zu wünschen wäre es allemal. Denn wie man zu dem Format im Einzelnen auch steht, zu seinem Anspruch, der manchmal etwas laut und präpotent daherkommen mag: Die Handbooks sind den weltgesellschaftlichen Sozial- und Humanwissenschaften unserer Zeit ein wesentliches Forum ihrer Kommunikation.



Gerd Schwerhoff

Kriminalitätsgeschichte schreiben*

Das Genre der Einführungsliteratur in historische Epochen und Subdisziplinen hat Konjunktur. Dabei existieren mindestens zwei verschiedene Spielarten. Da wären zum einen jene bequem portionierten Überblicke, die offenbar durch das Studieren im Zeitalter von Bologna erforderlich geworden sind. Sie sollen – gleichsam als niedrigschwellige Angebote für Studieneinsteiger – gut abruf- und prüfbares Wissen vermitteln. Gerade wegen des Zwangs zur Kürze können dabei durchaus hervorragend komprimierte Darstellungen herauskommen, die auch dem Fachpublikum neue Einsichten vermitteln. Allerdings weichen sie der Darstellung von Forschungskontroversen systematisch aus und verzichten auf einen wissenschaftlichen Apparat und damit auf die Vermittlung wissenschaftlicher Grundstandards.

Aber es gibt auch anspruchsvollere Einführungen. Im Zeichen eines schärferen Methoden- und Theoriebewusstseins entstanden Reihen, die – meist an fortgeschrittene Studierende, den wissenschaftlichen Nachwuchs oder auch direkt an die Kollegen gerichtet – detailliertere Durchblicke auf die jeweilige historiographische Konstellation geben wollen und lustvoll die wissenschaftliche Kontroverse in den Mittelpunkt stellen. Dazu gehört jene Reihe (»Writing History«), in der das vorliegende Buch erschienen ist. Sie zielt nach den programmatischen Aussagen der Reihenherausgeber besonders »on the practical application of theory in historical writing«. Als eine Einführung in die Kriminalitätsgeschichte besitzt Kneppers Darstellung im englischsprachigen Bereich Pionierstatus, während es in der deutschsprachigen Verlagslandschaft vergleichbare Vorläufer gibt.¹

Die Geschichte eines systematisch bestimmten Arbeitsgebietes zu schreiben, konfrontiert den Autor mit schwierigen Herausforderungen. Sie betreffen nicht zuletzt die Gliederung und die Struk-

turierung. In diesem Fall entschied sich der Verfasser für eine Darstellung, die in acht Kapiteln jeweils ein bestimmtes historiographisches Feld präsentiert, wobei dieses Feld entweder methodisch-konzeptuell oder thematisch bestimmt sein kann. Die Abfolge der Kapitel ist insgesamt (und meist zugleich auch jeweils in sich) grob chronologisch geordnet, beginnend mit der älteren Rechtsgeschichte und endend mit postkolonialen Perspektiven. Dabei korrespondieren mit den jeweiligen historiographischen Ansätzen bestimmte thematische Schwerpunktsetzungen, sodass sich allmählich – in einer Art von historiographischem Patchwork – ein immer dichter gewebtes Gesamtbild entwickelt.

Aber machen wir es konkret. Das Auftaktkapitel zur Rechtsgeschichte (1) zeigt, wie die zunächst dominant juristischen Sichtweisen nach und nach durch sozial- und kulturgeschichtliche Perspektiven angereichert wurden. Der folgende Abschnitt über »Statistiken, Trends und Techniken« (2) hat einen methodischen Schwerpunkt und thematisiert, wie nach anfänglichem Enthusiasmus wachsende Skepsis und Kritik das Feld eroberten. Mit langfristigen Entwicklungen bzw. Entwicklungstheorien wie z. B. der Zivilisationstheorie von Norbert Elias beschäftigt sich das Kapitel »Evolution und Psychoanalyse« (3); thematisch dreht es sich vor allem um Gewaltkriminalität. Ein eigenes Kapitel ist den britischen Marxisten (4) wie Eric Hobsbawm und E. P. Thompson, Douglas Hay und Peter Linebaugh gewidmet; ihnen verdankt die Kriminalitätsgeschichte zentrale Studien zum »social crime« ebenso wie heftige Debatten über den Klassencharakter der englischen Gesetzgebung. Das Kapitelthema »Die Stadt und ihre Kriminellen« (5) erlaubt es Knepper, sowohl die kriminelle Unterwelt zu beleuchten wie auf die Polizei als zentrale staatliche Institution im Feld der

* PAUL KNEPPER, *Writing the History of Crime*, London: Bloomsbury 2016, 241 S., ISBN 978-1-4725-1853-1

1 GERD SCHWERHOFF, *Aktenkundig und gerichtsnotorisch. Einführung in die historische Kriminalitätsforschung*, Tübingen 1999; GERD SCHWERHOFF, *Historische Krimina-*

litätsforschung (Historische Einführungen), Frankfurt/M. 2011; jetzt KARL HÄRTER, *Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte der Frühen Neuzeit (methodica – Einführungen in die rechtshistorische Forschung 5)*, Berlin/Boston 2018.

Verbrechensbekämpfung einzugehen. Die Ehre eines eigenen Kapitels bekommt Michel Foucault (6): Hier werden sowohl die Geschichte des Gefängnisses abgehandelt als auch die kriminologischen Diskurse der Neuzeit thematisiert. Die beiden letzten Kapitel vollziehen wiederum einen Perspektivwechsel, indem nicht ein konzeptueller Ansatz, sondern ein bestimmtes Themenfeld in den Blick genommen wird. So vollzieht der Abschnitt ›Frauen, Gender und Kriminalität‹ (7) die historiographische Entwicklung auf diesem Feld nach. Er setzt ein bei den ›klassischen‹ Thesen über die Unterrepräsentanz von Frauen auf allen Gebieten der Kriminalität bzw. über deren Verschwinden im Zuge der Modernisierung (›The vanishing female‹, M. Feely) und endet mit aktuellen geschlechtergeschichtlichen Forschungen, die auch Fragen der Männlichkeit berücksichtigen. Auch das Kapitel über das Britische Empire und den Kolonialismus (8) spannt einen weiten Bogen von Studien des 19. Jahrhunderts zum indischen ›Gauertum‹ bis hin zu den Ansätzen der ›subaltern studies‹ oder der ›postcolonial studies‹. Die das Buch beschließende Zusammenfassung bietet inhaltlich weniger, als sie selbst in Aussicht stellt – die Frage »Where do we go from here?« wird kaum beantwortet, sieht man einmal von der zutreffenden Beobachtung ab, dass sich auch die Kriminalgeschichte von unten sehr stark auf die Täter konzentriert habe und es an der Zeit sei, sich nun stärker den Opfern zuzuwenden (231). Vor allem hält der Autor auf den letzten Seiten Rückschau und versucht eine Zuspitzung mancher Befunde – manchmal ein wenig überpointiert, wie mir scheint, wenn etwa Foucault bescheinigt wird, sein größter Einfluss auf die Kriminalitätsgeschichte bestehe in »the prioritization of theory over evidence« (232).

Angesichts der eingangs erwähnten Herausforderungen wird es wohl keiner Darstellung gelingen, alle denkbaren Wünsche zu erfüllen. Zu fragen ist also immer nach dem Verhältnis zwischen dem möglichen Ertrag und den anfallenden Kosten. Was die Ertragsseite angeht, so muss man Paul Knepper zugestehen, seine Aufgabe insgesamt gut bewältigt zu haben. Er hat – mit dem notwendigen Mut zur Lücke – eine Reihe von Essays vorgelegt, die sich nach und nach zu einem komplexen Ganzen zusammenfügen und das Feld der Kriminalitätsgeschichte weit abstecken. Auch und gerade der Fachmann liest und benutzt das Buch mit Gewinn. Aber es gibt auch erhebliche Kosten

festzuhalten. Sie beginnen schon bei Stil und Form des Textes, die z.T. etwas monoton anmuten, wenn sich eine Inhaltsangabe an die nächste reiht: (»Patricia O'Brien explains ...«, »Tammy Whitlock examined ...«, »Barry Godfrey has uncovered ...«, 185 f.). Wie zugänglich und wie attraktiv eine solche Herangehensweise für Studierende sein wird, ist schwer zu ermesen. Hinzu kommt, dass die idealtypische Unterscheidung verschiedener Forschungsdiskurse zu Doppelungen, Überschneidungen und künstlichen Trennungen führt, z.B. wenn ein Text oder ein Thema in verschiedenen Kontexten Bedeutung besitzt. So wird der klassische Aufsatz von Douglas Hay über ›Property, Authority and the Criminal Law‹ von 1975 gleich an zwei verschiedenen Stellen referiert (17, 98). Und die Diskussion zur Entwicklung der Gewaltkriminalität (›decline of violence‹), der zu Recht viel Raum zugestanden wird, beginnt im Kapitel zur Statistik (37 ff.), wird aber nach einer Unterbrechung erst im Kapitel zu den Evolutionstheorien (68 ff.) weitergeführt.

Damit ist schon der größte, inhaltliche Kostenfaktor des Buches angesprochen. Denn so umfassend das historiographische Feld abgesteckt wird, so zerklüftet mutet die Landschaft der Phänomene an – insofern könnte der gegen Foucault erhobene Vorwurf einer Priorisierung der Theorie gegenüber der Evidenz auch gegen die vorliegende Einführung gewendet werden. Viele Aspekte, die man in einer Einführung erwarten könnte, kommen nicht zur Sprache. Das beginnt (ein vielleicht sehr ›germanischer‹ Vorwurf) mit der fehlenden Definition von Kriminalität und deren Verhältnis von Normsystemen und Institutionen. Ebenso wenig wird im ersten Kapitel die grundlegende Perspektiven-differenz deutlich zwischen einer von den Institutionen her denkenden Rechtsgeschichte einerseits, einer von der Etikettierung menschlichen Verhaltens her argumentierenden Kriminalitätsgeschichte andererseits. Die Quellen der Kriminalitätsgeschichte kommen allenfalls sporadisch in den Blick. Ganze Deliktbereiche fallen aus der Darstellung heraus, fast die gesamte Sittendelinquenz ebenso wie die religiöse Devianz. Die Reihe der Leerstellen ließe sich fortsetzen. In den meisten Fällen handelt es sich dabei offenkundig um Folgekosten des Reihenkonzeptes.

Schließlich noch ein Wort zur raumzeitlichen Verortung des Buches. Kein Autor kann die gesamte, auch fremdsprachige Historiographie zu einem großen Forschungsfeld überblicken, und so ist eine

Schwerpunktbildung entlang eigener Forschungsschwerpunkte prinzipiell legitim. Kneppers Buch konzentriert sich auf England bzw. die englischsprachige Welt. Wo er darüber hinausgreift, tut er das ausschließlich auf der Basis englischsprachiger Texte. Das kann zu kuriosen Ergebnissen führen: So wird die 1951 publizierte ›Geschichte des Verbrechens‹ aus der Feder Gustav Radbruchs zu einer Pionierstudie der neueren Kulturgeschichte, obwohl sie – das muss bei allen Verdiensten des großen Juristen gesagt werden – rassistische Passagen aufweist. Die Selbstgenügsamkeit der englischsprachigen wissenschaftlichen Welt ist oft genug beklagt worden, aber ihre Ergebnisse sind immer wieder betrüblich. Über die zeitliche Verortung der Darstellung legt der Autor explizit

keinerlei Rechenschaft ab. Sie hat einen deutlichen Schwerpunkt im 19. und 20. Jahrhundert, greift auch in die Frühe Neuzeit zurück, gar nicht dagegen ins Mittelalter, was durchaus begründungsbedürftig gewesen wäre. Unter dem Strich darf man festhalten, dass diese Einführung die Kriminalitätshistorische Forschung sicher bereichert und auch das Potential hat, neue Studien anzuregen. Neben ihr gibt es aber genügend Raum für alternative Zugänge zum Feld, und als alleinige Informationsquelle taugt der gewählte Ansatz nur eingeschränkt. Auch und gerade der englischsprachige Leser wird parallel dazu nach wie vor die klassischen Einführungswerke eines Jim Sharpe oder Clive Emsley² heranziehen.



Karl Härter

Im Verhör*

Die Strafrechtsgeschichte hat – mit Ausnahme von Geständnis und Folter – einzelne Interaktions- und Kommunikationsmodi des Strafverfahrens eher selten untersucht. Insofern schließt die Monografie von Antje Schumann eine Forschungslücke, da sie die historische Entwicklung von Verhör, Vernehmung und Befragung in Deutschland bis zum Strafprozessänderungsgesetz von 1964 verfolgt. Letzteres sowie die aktuellen strafprozessrechtlichen Rechtsprobleme bilden den Ausgangspunkt der Untersuchung, die insofern eine teleologische Perspektive einnimmt, um »d[ie] Notwendigkeit und de[n] Wert eines Rechtsbegriffs der Vernehmung im Strafprozess« zu rekonstruieren (2). Methodisch erfolgt dies mit einem dogmen- und begriffsgeschichtlichen Ansatz, der sich auf die Analyse des Strafverfahrensrechts und der entsprechenden juristischen Literatur beschränkt. Die empirische Untersuchung bezieht Kriminal-

akten und Verhörprotokolle nicht und die ab dem 17. Jahrhundert entstehende Praxisliteratur nur exemplarisch ein. Die einschlägigen Studien der historischen Kriminalitätsforschung und Kommunikationswissenschaften zieht Schumann immerhin punktuell bei der theoretischen Konturierung des Vernehmungsbegriffs und der historischen Grundlegung von Untersuchungsgegenstand und Fragestellung heran, soweit diese »für die Erklärung des jeweiligen rechtlichen Gegenstandes von Interesse sind« (67).

Damit gelingt zumindest eine systematische Bestimmung der unterschiedlichen Formen, Akteure, Funktionen und Rechtspositionen, auch in historischer Perspektivierung: Verhör, Vernehmung und Befragung werden zutreffend als spezifische, formale, asymmetrische Kommunikationsformen zwischen staatlichen (juridischen, polizeilichen) Amtsträgern und Bürgern bzw. Verdächti-

2 J. A. SHARPE, *Crime in Early Modern England, 1550–1750*, 2nd ed., London 2008; C. EMSLEY, *Crime and Society in England, 1750–1900*, 4th ed., London 2013.

* ANTJE SCHUMANN, *Verhör, Vernehmung, Befragung. Zu Geschichte und Dogmatik des Rechtsbegriffs der Vernehmung im Strafprozess und seiner Auflösung im 20. Jahr-*

hundert (Jus Poenale), Tübingen: Mohr Siebeck 2016, 265 S., ISBN 978-3-16-154103-2

gen, Zeugen und Beschuldigten definiert, um im Rahmen der Strafverfolgung Sachverhalte bzw. Straftaten aufzuklären. Die Modi reichen von der informatorischen Befragung bis zur Beweiserhebung im Strafprozess, sind durch formale Elemente (Frage, Antwort, Protokollierung, Belehrungsrecht, Aussagefreiheit, Schweigerecht, rechtliches Gehör, Folter/Zwang) gekennzeichnet und mit entsprechenden Funktionen (Ermittlung, Wahrheitsfindung, Beweiserhebung, Verteidigung) verknüpft. »Doppelcharakter«, diffuse Übergänge zwischen informatorischer Befragung und formeller Vernehmung, ambivalente Stellung der »Auskunftsperson« zwischen Untersuchungsobjekt und Verfahrenssubjekt und das Spannungsverhältnis von »Rechtsstaatlichkeit«/»Verrechtlichung« und Sicherheit/»Verpolizeilichung« machen das Verhör folglich zu einem dogmatisch schwierigen, rechtlich kontroversen, historisch aber auch besonders interessanten Untersuchungsgegenstand.

Der rechtshistorische Teil der Arbeit (65–175) setzt mit der 1532 erlassenen peinlichen Halsgerichtsordnung und dem frühneuzeitlichen Inquisitionsverfahren ein und endet mit der Strafprozessordnung des Deutschen Reiches von 1877. Die Untersuchung des Verhörs in der gemeinrechtlichen Epoche stützt sich auf einige Ordnungen (Carolina 1532, preußische Kriminalordnungen von 1717 und 1805) und Autoren der zeitgenössischen Strafrechtswissenschaft und zeichnet ein die bisherige Strafrechtsgeschichte weitgehend nachvollziehendes Bild des Inquisitionsprozesses mit seiner Orientierung auf das Geständnis und die »peinliche Befragung«. Letztere bildet dann auch das entscheidende Kriterium, um eine Entwicklung des Verhörs vor und nach der Folter zu unterscheiden. Auf dieser Basis arbeitet Schumann die gemeinrechtlichen Positionen im Hinblick auf Verdacht, Verfahrenseinleitung, Indiziengewinnung, Zeugenbefragung und Beweisproblematik ausführlich heraus. Auffällig ist allerdings, dass Verfahrenselemente wie die bereits in der Carolina festgelegte Protokollierungspflicht von Geständnissen und Aussagen sowie die Rateinholung bei Rechtsverständigen mit der daraus resultierenden Versendung von Akten und Verhörprotokollen an zentrale juristische Institutionen und Spruchkollegien (die auch Verhörfragen vorgaben) zwar erwähnt, aber kaum intensiver diskutiert werden. Auch der Zweck von inquisitorischen Verhören, gemäß der Instruktions- und Offizialmaxime weitere Täter und Straftaten zu ermitteln, wird kaum

behandelt, obwohl sich diesbezüglich bereits im gemeinen Recht auftauchende und bis heute reichende Rechtsfragen aufzeigen lassen.

Den im 18. Jahrhundert einsetzenden Wandel hin zu psychologischen Verhörmethoden einhergehend mit einer Verschiebung vom Körper auf die Seele (mit Foucault) verortet Schumann zutreffend in der allmählichen Abschaffung der Folter zur Erzwingung eines Geständnisses. Allerdings sollte nicht übersehen werden, dass spätestens seit Beginn des 18. Jahrhunderts die Folter in der Rechtspraxis eher selten eingesetzt wurde und sich Verhörmethoden (summarische Befragung, Verzicht auf vorgegebene Frageartikel), andere physische Zwangsmaßnahmen und auch Verurteilungen zu außerordentlichen Strafen ohne vollen Beweis erheblich ausdifferenzierten und damit insgesamt die Bedeutung des Verhörs im Inquisitionsverfahren veränderten. Zudem blieben bis weit ins 19. Jahrhundert rechtliche Zwangsmittel wie Aussagepflicht, Ungehorsams- und Lügenstrafen bestehen. Dass solche physischen Zwangsmaßnahmen nicht unmittelbar beim Verhör angewandt worden wären, kann der Rezensent aufgrund eigener Forschungen nicht nachvollziehen, zumal physische Zwangsmaßnahmen in der Kontinuität zur frühen Neuzeit weiterhin dazu dienten, neben Geständnissen und Beweisen weitere Verdächtige / Täter und Verbrechen zu ermitteln.

Auch wenn der Rezensent den Einfluss der Abschaffung der Folter deutlich geringer gewichten würde, gelingt Schumann eine insgesamt zutreffende Darstellung des Wandels des Verhörs und seiner Kommunikationsmodi im Hinblick auf die Wahrheitsfunktion, die Vorverlagerung der summarischen Befragung, die Aussage- und Mitwirkungspflicht und die Etablierung psychologischer Verhör- bzw. Kommunikationstechniken anstelle vorformulierter Frageartikel. Empirisch arbeitet die Autorin den Wandel auch am Beispiel der pragmatisch-juristischen Anleitungsliteratur sowie der preußischen Criminalordnung von 1805 und dem Bayerischen Strafgesetzbuch von 1813 heraus. Als rechtliche Probleme und Reformthemen analysiert Schumann mit Bezug zur juristischen Literatur des 19. Jahrhunderts zutreffend Heimlichkeit, Geständnis, Täuschung (»Suggestivfragen«), Verwertungsverbot und Beweiskraft sowie insbesondere die erste summarische Befragung zur Prüfung eines Verdachts bzw. Aufklärung eines Sachverhaltes. Die diesbezüglich einsetzende Verrechtlichung gelangt freilich erst mit der Strafprozess-

ordnung von 1877 zu einem (Zwischen-)Ergebnis: die Trennung des reformierten Strafverfahrens, Abschaffung der Aussage- und Wahrheitspflicht, Rechtsstellung des Beschuldigten mit Aussageverweigerung, Beweiserhebung durch richterliche Vernehmung bei freier Beweiswürdigung und Beschränkung des Vor- bzw. Ermittlungsverfahrens durch Polizei und Staatsanwaltschaft auf Informationsgewinnung (denen keine Beweiskraft zukam). Überzeugend legt Schumann dar, dass Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei nach 1877 in der Praxis einen wesentlichen Einfluss gewinnen konnten und sich neben der rechtlich normierten förmlichen Vernehmung die informatorische oder verdeckte Befragung im Vorverfahren als eigene Verhörmethode etablieren konnte. Da eine entsprechende Reform der Strafprozessordnung scheiterte, wurde diese »Verpolizeilichung« des Verhörs kaum rechtlich eingeeht und vom NS-Regime durch die Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung vollendet.

Die damit verbundenen dogmatischen Probleme (Verfahrensgerechtigkeit, Strafzwecke, inhärente Täuschung, Wahrheit, Verwertungsverbot usw.) diskutiert die Autorin kenntnisreich im Hinblick auf die Konsequenzen für den Rechtsbegriff der Vernehmung, um letztlich auf der Basis der rechtshistorischen Analyse dogmatische Folgerungen für das heutige Strafrecht abzuleiten. In dieser Hinsicht kann das Ergebnis auch durchaus überzeugen: Aus der historischen Auslegung ergibt sich die Beibehaltung des Rechtsbegriffs der förmlichen Vernehmung und die Unzulässigkeit der verdeckten Befragung als Methode.

Aus rechtshistorischer Perspektive wäre freilich kritisch anzumerken, dass bereits die Praxis des vormodernen Inquisitionsverfahrens durch diese

Zweiteilung von Verfahren und Verhör geprägt war und letzteres überwiegend durch lokale Amtsträger auch zum Zweck der Informationsgewinnung durchgeführt wurde, während die »Richter« bzw. Juristen im Entscheidungsverfahren auf der Basis schriftlicher Verhörprotokolle judizierten. Insofern zeigt die Arbeit auch die Begrenztheit einer auf Normen und juristischer Literatur beruhenden dogmatischen Untersuchung, die auf das geltende Strafrecht abzielt. Praxis und Funktionen des Verhörs in der frühneuzeitlichen Strafjustiz (auch über Folter und Geständniserzwingung hinaus) sind nicht ausreichend einbezogen, obwohl diese auch mit den juristischen Diskursen und Normen in Wechselwirkung standen. Letztere lassen sich zudem kaum tiefenscharf anhand einiger weniger Ordnungen und Autoren untersuchen. Transnationale Einflüsse, die nach der Wende zum 19. Jahrhundert vor allem vom französischen Modell (*code d'instruction criminelle* 1808) ausgingen und die Entwicklung von Strafprozess, Institutionen und Verhör im 19. Jahrhundert beeinflussten, werden nicht diskutiert. Dies soll den dogmatisch-rechtshistorischen Wert der Arbeit nicht schmälern, die in dieser Beziehung zu durchaus überzeugenden Ergebnissen kommt und zu einer kritischen Schärfung aktueller Debatten beitragen kann. Zu einer an kulturellen, kommunikationswissenschaftlichen und transnationalen Perspektiven interessierten Rechtsgeschichte der Strafjustiz, die Normen, Diskurse und Praxis gleichwertig einbezieht und nach deren Interdependenzen fragt, kann diese Untersuchung zu »Verhör, Vernehmung, Befragung« allerdings nur wenig beitragen.



Michael Kubiciel

Transnationales Strafrecht und internationale Staatenpolitik*

I. TRANSNATIONALISIERUNG DES STRAFRECHTS: KONTINGENT ODER UNABÄNDERLICH? – Recht und Gesetzgebung manifestieren politische Entscheidungen auf eine besondere Weise. So gesehen ist Recht ein Modus der Politik.¹ Dies gilt auch für derart unterschiedliche Materien wie das Strafrecht und das Völkerrecht. Das Strafrecht begegnet sozialen Konflikten mit einer Stabilisierung gesellschaftlicher Verhaltenserwartungen. Entstehen neue Kriminalitätsformen oder verändert sich der gesellschaftliche Blick auf soziale Praktiken, reagiert die Politik mit einer Anpassung des Strafrechts. Daher spiegelt das Strafgesetzbuch einerseits die »Nachtseite«² der Gesellschaft und lässt andererseits die als schutzwürdig anerkannten subjektiven Rechte, Institutionen und Verhaltensnormen erkennen. Auch das Völkerrecht ist ein »product of its environment« (Malcolm Shaw), da die Bedürfnisse und Charakteristika der internationalen Politik die *raison d'être* des Völkerrechts bilden und seine konkrete Ausgestaltung prägen.³ Zu den jüngeren Entwicklungen des Völkerrechts gehören Verträge und Übereinkommen, mit denen Staaten ihre Strafrechtspolitik und Strafrechtspflege koordinieren und die einschlägigen Regeln harmonisieren.

Ein Handbuch, das dieser Materie gewidmet ist, informiert nicht nur über die Entwicklung und die wichtigsten Erscheinungsformen zwischenstaatlichen Strafrechts. Es zeigt auch, was die Staaten während der letzten rund vier Jahrzehnte als »crimes of international concern«⁴ anerkannt haben und welche Rechte, Normen und Werte sie als transnational schutzwürdig erachten. Das Handbuch von Boister und Currie dient also nicht nur der Information und Reflexion, es bilanziert auch den Stand des Erreichten. Damit wirft es zugleich die – von den Herausgebern leider nicht gestellte – Frage auf, ob die von internationalen Organisatio-

nen und *like-minded states* vorangetriebene Transnationalisierung des Strafrechts aus einer kontingenten Weltordnung in der zweiten Hälfte des langen 20. Jahrhunderts resultiert oder ob sie sich aus »unpolitischen« Kräften speist. Diese Einschätzung ist wesentlich, um die künftige Entwicklung des transnationalen Strafrechts prognostizieren zu können.

II. BEGRIFF UND ENTWICKLUNGSLINIEN. 1. THE BIG PICTURE – Das Handbuch richtet den Blick auf Normen des internationalen und nationalen Rechts, bildlich gesprochen auf »the normative skeleton of a system that attempts to suppress harmful activity that crosses border or threatens to do so« (1). Folglich blendet es, wie die Herausgeber eingangs betonen, die Kriminologie ebenso aus wie die Rechtspolitik (»policy responses to transnational law«). Damit handelt es sich um ein überraschend »alteuropäisch«-rechtspositivistisches Werk, das über Rechtsregeln informiert, diese interpretiert, systematisiert und gelegentlich historisch kontextualisiert. Jeder Einzelbeitrag bietet dem an einer konkreten Fragestellung interessierten Praktiker, Rechtspolitiker und Wissenschaftler zuverlässige Wegweisung. Ein größeres Bild entsteht jedoch erst durch das Zusammenspiel von Essays, die das Konzept des transnationalen Strafrechts thematisieren, mit Beiträgen zu Referenzfeldern wie dem Menschenhandel oder die Korruption. Eben dieses *big picture* aufscheinen zu lassen ist das Ziel der Herausgeber: »One of the main purposes of gathering these chapters together is to try to clarify what transnational criminal law is, in order to bring this system of law into focus« (1).

2. BEGRIFF – Mit besonderem Interesse liest man daher den Beitrag von Boister über den Begriff und das Wesen transnationalen Strafrechts. Beides ist unklar, ja schillernd, wie dies bei einem recht

* NEIL BOISTER, ROBERT J. CURRIE (eds.), Routledge Handbook of Transnational Criminal Law, New York: Routledge 2015, 458 S., ISBN 978-0-415-83712-5

1 BORIS BURGHARDT, Strafrecht als Modus der Politik, in: ANNA H. ALBRECHT u. a. (Hg.), Strafrecht und Politik, Baden-Baden 2018, 13, 14.

2 HANS WELZEL, Das deutsche Strafrecht, Berlin 1999 (11. Aufl.), 277.

3 MALCOLM SHAW, International Law, Cambridge 2017 (8. Aufl.), 32 f.

4 Vgl. zu diesem Begriff HELMUT SATZGER, Internationales und europäisches Strafrecht, Baden-Baden 2018 (8. Aufl.), § 12 Rn. 12.

neuen Phänomen und einer komplexen Querschnittsrechtsmaterie auch kaum anders sein könnte. Deutlich werden die begrifflichen Unklarheiten an den zahlreichen Kriterien, die Boister für ungeeignet hält, um transnationale Straftaten sowohl von nationalen als auch von internationalen Straftaten abzugrenzen. Dass ein Verbrechen tatsächlich eine zwischenstaatliche Wirkung hat oder haben kann, zählt – wie Boister betont und einschlägige Übereinkommen zeigen⁵ – jedenfalls nicht zum Wesensmerkmal des transnationalen Strafrechts. Transnationalen Charakter kann auch eine rein »lokale Straftat« haben, wenn sie von »transboundary moral concern« ist (13). Paradebeispiele eines solchen gleichsam schreienden Unrechts, das Grenzen überwindet, sind Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die jedoch gerade nicht zum Begriff(-skern) des transnationalen Strafrechts gehören, obwohl es sich auch um *treaty crimes* handelt. In der Literatur hat sich für sie vielmehr der Oberbegriff »international criminal law« eingebürgert. Trotz der Nähe zum transnationalen Strafrecht sollen beide Materien Boister zufolge deutlich unterscheidbar sein, ja eine verschiedenartige normative Existenz (»distinct normative existence«) aufweisen (12). Der Unterschied ist jedoch weniger normativer als institutioneller Art (vgl. 14): Völkermord und andere Straftatbestände des 1998 angenommenen Römischen Statuts begründen eine (komplementäre) Jurisdiktion des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH), während Menschenhandel, Terrorismus, Korruption und Cybercrime ausschließlich vor nationalen Gerichten angeklagt werden können. Demzufolge enthält das Römische Statut auch Straftatbestände, die der IStGH unmittelbar anwenden kann, während andere internationale Übereinkommen die nationalen Gesetzgeber lediglich zum Erlass nationaler Strafvorschriften verpflichten, auf deren Grundlage nationale Strafverfolgungsbehörden tätig werden sollen. Tieferliegende normative Gründe für diese Unterscheidung gibt es nicht, wie die Geschichte zeigt: Auch die

Genozid-Konvention begründete zunächst keine Zuständigkeit der internationalen Gemeinschaft für die Verfolgung von Völkermord, sondern verpflichtete Staaten, den Genozid als Straftat anzuerkennen, »which they undertake to prevent and to punish«, wie es in Artikel 1 heißt. Dass sich aus dieser Konvention das Römische Statut entwickelt hat, liegt nicht an einer neuen Bewertung von Genozid; ausschlaggebend waren vielmehr veränderte weltpolitische Rahmenbedingungen.

Kurz gesagt: *It's politics that matters*. Transnationales Strafrecht ist daher kein fest umrissener Begriff, sondern ein »umbrella concept«,⁶ das sämtliche Regelungen in internationalen Verträgen und Übereinkommen erfasst, mit denen Staaten ihre Strafrechtspolitik koordinieren und ihr Recht harmonisieren, ohne die Strafgewalt auf eine supranationale Institution zu übertragen.

3. ENTWICKLUNGSLINIEN – Die Staaten und ihre Interessen – kurz: »a policy process« (56) – entscheiden also darüber, ob eine Kriminalitätsform Gegenstand eines internationalen Übereinkommens wird, mit dem Staaten ihr Vorgehen koordinieren. Welche Triebkräfte die Transnationalisierung antreiben, zeigen die Beiträge des zweiten und dritten Teils des Bandes. Zunächst entstanden bilaterale Rechtshilfeverträge, später multilaterale und internationale Übereinkommen, um den Strafanspruch eines Staates grenzüberschreitend durchsetzen zu können (121 ff.). Indes ist die beiderseitige Strafbarkeit eine weit verbreitete Voraussetzung zwischenstaatlicher Rechtshilfe: Rechtshilfe kann nur geleistet werden, wenn die Tat auch nach dem Recht des ersuchten Staates strafbar ist. Eine internationale Angleichung des Strafrechts ist in vielen Fällen also eine entscheidende Voraussetzung der zwischenstaatlichen Rechtshilfe. Dass die Staaten in den letzten Jahrzehnten ihre Kriminalpolitik koordinieren, liegt aber vor allem an einer veränderten Kriminalgeographie. Die Mobilität von Menschen, Waren, Daten und Geld hat Straftätern Aktionsräume eröffnet, die weit über nationale Grenzen hinausgehen.⁷ Diese Transna-

5 Beispielsweise erfasst die UN Convention against Corruption zahlreiche Formen rein »lokaler« Korruption; dazu demnächst: CECILY ROSE / MICHAEL KUBICIEL / OLIVER LANDWEHR, *The United Nations Convention Against Corruption. A Commentary*, Oxford 2018.

6 Vgl. CECILY ROSE, *International Anti-Corruption Norms*, Oxford 2015, 7.

7 MICHAEL KUBICIEL, *Future Concept of Law: Strafe ohne Staat*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2018, 2, 60, 61 ff.; ULRICH SIEBER, *Rechtliche Ordnung in einer globalen Welt. Die Entwicklung zu*

einem fragmentierten System von nationalen, internationalen und privaten Normen, in: *Rechtstheorie* 41 (2010), 151, 158 ff.

tionalisierung von Straftaten zwingt die Staaten zum Handeln: Sie »kämpfen«⁸ mit der Kriminalität um ihre innere Souveränität und sind dafür bereit, ihre äußere Souveränität einzuschränken.

Jedoch haben nicht nur konvergierende Staateninteressen die Transnationalisierung des Strafrechts vorangetrieben. Deutlich wird das etwa an der Präambel der UN Convention Against Corruption, die als Ziele der Konvention den Schutz von Demokratie, ethischen Werten, der Gerechtigkeit sowie der »rule of law« nennt. Auch die Menschenrechte bilden den »background of ideas and hopes«⁹ vieler internationaler Übereinkommen. Daher ist es zu einseitig, wenn Robert J. Currie meint, das transnationale Strafrecht sei »fundamentally an anti-crime system, not designated to protect human rights« (28). Currie erkennt zwar, dass die Straftatbestände des internationalen Strafrechts im engeren Sinne (Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit) maßgeblich mit dem Schutz von Menschenrechten begründet werden, verweist aber darauf, dass diese Taten »most often are perpetrated by or with the involvement of state actors (...)«. Jedoch finden diese Straftatbestände auch dann Anwendung, wenn sie nicht von Staaten begangen oder initiiert werden. Vollkommen fehlt die Beteiligung von Staaten beim Kindesmissbrauch, dessen transnationale Kriminalisierung dennoch mit dem Schutz von Menschenrechten begründet wird, wie Lindsay Buckingham in ihrem Beitrag zeigt (insbes. 216 f.). Currie hält dies für einen Ausnahmefall (29), doch dient unter anderem auch das internationale Übereinkommen gegen Menschenhandel in erster Linie dem Schutz von Menschen und ihren individuellen Rechten.¹⁰ Man kann zwar *dogmatisch* in Frage stellen, ob sich diese Schutzpflicht der Staaten aus völkerrechtlich verbürgten Menschenrechten ableiten lässt. Das

transnationale Strafrecht ist aber gewiss kein System, das primär den Sicherheitsinteressen der Staaten oder einer »politischen Elite«¹¹ dient, Menschenrechte ausblendet und den Einzelnen ausschließlich als Täter in den Blick nimmt.

III. WIE WEITER? – Menschenrechte, Demokratie, rule of law – all das sind rechtskulturelle Ererungenschaften des Globalen Westens. In einer Zeit, in der der Westen in die Defensive geraten ist, weil die Zentrifugalkräfte im Inneren stärker geworden sind, die Vereinigten Staaten ihre Rolle als »benevolent hegemon« (einstweilen) aufgeben und China seine weltmachtpolitischen Ansprüche deutlich artikuliert,¹² stellt sich – neben anderen – auch die Frage, wieweit diese Werte die internationale (Straf-)Rechtspolitik künftig noch prägen können. Zudem begünstigt die sich wandelnde Weltordnung gegenwärtig »härtere Politikansätze«,¹³ die zu einer Interessenskollision anstatt zu einer Interessenkoordination führen. Diese Veränderungen werden ohne Zweifel auch die Entwicklung des transnationalen Strafrechts beeinflussen. Die Hochzonung des Strafrechts auf die zwischenstaatliche Ebene ist zwar *auch* Folge von Veränderungen gewesen, die sich mit dem Begriff Globalisierung verschlagworten lassen. Wie die Staaten aber auf diese Entwicklungen reagieren, war und ist eine genuin politische Frage. Es ist daher nicht auszuschließen, dass das Handbuch einen vorläufigen Höhepunkt der Transnationalisierung des Strafrechts beschreibt, auf den eine längere Ebene folgt. Dass die bisherige Entwicklung den endgültigen »triumph of the functional ends of transnational criminal law« (21) markiert, ist jedenfalls eine These, die gegenwärtig wenig Anhänger finden dürfte.



8 Treffend FRANK MEYER, Strafe ohne Recht? Zukunftskonzepte für ein transnationales Strafrecht, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2018, 2, 68.

9 SHAW (Fn. 3) 9.

10 Siehe Tom Obokata, 177 (im besprochenen Band).

11 James Sheptycki, 46 (im besprochenen Band), versteigt sich zu der These, transnationale Straftaten seien eine politische Konstruktion, die »politischen Eliten« dazu diene, ihre »Feinde« unter Umgehung menschenrechtlicher Gewährleistungen zu bekämpfen.

12 Dazu UDO DI FABIO, Schwankender Westen, München 2015, 18 ff.; HEINRICH AUGUST WINKLER, Zerbricht der Westen?, München 2017, 403 ff.; jüngst JOSCHKA FISCHER, Der Abstieg des Westens, Köln 2018, 82 ff.

13 HENRY KISSINGER, Weltordnung, München 2014, 415.

Michael Stolleis

Neujustierung der Völkerrechtsgeschichte*

Das seit etwa zwanzig Jahren gesteigerte internationale Interesse an der Geschichte des Völkerrechts ist offenbar der wissenschaftliche Reflex einer geänderten Weltlage. Wo neue staatliche und nichtstaatliche Akteure auftreten und die gewohnten räumlichen Grenzen sich auflösen, wo Kriege mit neuen Mitteln geführt und nicht mehr in klassischer Weise begonnen und beendet werden, verschiebt sich auch der Normenkomplex des Völkerrechts. Seine akademischen Vertreter registrieren eine Auflösung der alten Epocheneinteilung, die dem Zug der Welt- bzw. Kolonialreiche folgte, ein Wiederaufflammen der Figur des »gerechten Kriegs« sowohl im Namen der Religion als auch der »humanitären Intervention«. Neben den Tendenzen zur Universalisierung der Menschenrechte und zur Konstitutionalisierung der Weltordnung gibt es eine robuste Rückkehr zu nationalstaatlichen Egoismen und autoritären Regimen, die sich jede Einmischung in innere Angelegenheiten verbitten.

Die vorliegende Publikation einer Kieler Ringvorlesung von 2014/15 spiegelt diese Tendenzen. Die Referenten versuchen durchweg, die Widersprüche weniger empirisch als deutend und begrifflich zu erfassen. Dazu gehört zunächst eine Distanzierung von der traditionellen These, 1648 sei mit dem Frieden von Münster und Osnabrück eine ganz neue Epoche des Völkerrechts eröffnet worden. Rainer Grote unternimmt dies, überzeugt damit aber nicht wirklich. Denn die Verdichtung jener Ereignisse auf wenige Jahre (Westfälischer Friede mit ausländischen Garantiemächten, spanisch-niederländischer Ausgleich, spanisch-französischer Pyrenäenfrieden, Lösung der Schweizer Kantone aus dem Reichsverband) brachte doch eine grundsätzliche europäische Neuordnung hervor. Begleitet wurde sie von dem neuen Universitätsfach des »Natur- und Völkerrechts«. 1648 mag zum Mythos geworden sein, aber ein Wendejahr war es dennoch. Sein harter Kern war das Interesse

des nun etablierten absolutistischen Staates, seine Souveränität (oder Landeshoheit im Reich) nach innen und außen durchzusetzen. In der Verwaltungspraxis kam dies darin zum Ausdruck, dass es nun erstmals ein effektives Grenzregime gab.

Wichtiger jedoch als die Debatte um die Epochengliederung scheinen mir die Beobachtungen von Jochen von Bernstorff, die sich der einst hoffnungsvollen Idee einer fortschreitenden Eindämmung und zuletzt Ächtung des »ius ad bellum« kritisch annehmen. Nicht nur die Inanspruchnahme eines Rechts auf Kriegführung samt den dazugehörigen Vorwänden gehört heute zum Alltag, vor allem schwindet die Akzeptanz des eurozentrischen Modells des Völkerrechts. Seit der neuen Zäsur von 1989/90, die als reales Ereignis auch schon zum Mythos eines »annus mirabilis« geworden ist, sind alle Weltgegenden an der Ausbildung des völkerrechtlichen Regelwerks beteiligt, jedenfalls soweit sie machtpolitisch etwas zu sagen haben. Die wissenschaftlichen Maßstäbe, dies zu erfassen, müssen neu geschaffen werden, »begrifflich«, wie man zu sagen pflegt. Von einem »eurozentrischen« oder gar »objektiven« Standpunkt kann dabei nicht mehr gesprochen werden, insbesondere seit sich China und die USA in einer neuen Balance finden müssen.

Dies ist auch der Ausgangspunkt eines umfassenden historischen und methodischen Neuansatzes, den Heinhard Steiger hier unternimmt. Es ist ein »Manifest«, das Eckpunkte einer Globalhistorie des Völkerrechts markiert. Diese soll weder eurozentrisch geprägt sein, noch soll sie die europäische koloniale Ausbeutung nur antieuropäisch beschreiben, also gewissermaßen mit veränderten Vorzeichen wiederum eurozentriert bleiben. Steiger erörtert zahlreiche grundsätzliche Fragen, die sich im Rahmen einer neuen Weltgeschichte für Rechtshistoriker des Völkerrechts stellen: Wie können die Räume, Regionen und Kulturen erfasst werden, wo werden neue Zäsuren gesetzt, welche

* ANDREAS VON ARNAULD (Hg.), Völkerrechtsgeschichte(n). Historische Narrative und Konzepte im Wandel. Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internatio-

nales Recht an der Universität Kiel, Bd. 196, Berlin: Duncker & Humblot 2017, 192 S., ISBN 978-3-428-15163-9

»anderen Ordnungen« gibt es, die mit dem *ius publicum europaeum* konkurrieren? Noch schwieriger sind die methodischen Fragen: Muss das gesamte begriffliche Vokabular erneuert werden, wenn die Sprache das Vehikel des Denkens ist, und welche Sprache soll es dann sein? Und wenn wir, die Europäer, gebunden an unsere Region, verstehen wollen, was andere Regionen unter Krieg und Frieden verstehen und welchen Ritualen sie folgen, dann müssen wir nicht nur die Sprachen, sondern auch deren Kontexte kennen. Das bedeutet methodisch »Historisierung unter möglichstem Verzicht auf anachronistische Begriffe«, aber auch die Warnung, »nicht überall Eurozentrismus zu wittern«. In seiner Redlichkeit und Offenheit könnte Steigers Text ein Wegweiser in die Zukunft werden – insofern also wirklich ein »Manifest«.

Im Vergleich dazu bietet Markus Kotzur eher lose gefügte, aber begrifflich anspruchsvolle Reflexionen zu prägenden »konstitutionellen« Momenten der Völkerrechtsgeschichte nach 1945. Orientiert vor allem an amerikanischer Literatur nennt er Dokumente und Ereignisse, denen man vielleicht später den Charakter von Entwicklungsstufen hin zu einer Weltverfassung zuerkennen könnte, etwa die UN-Charta, die Allgemeine Menschenrechtserklärung von 1948, die Wende von 1989/1990. Ob aber der 11. September 2001, der Klimawandel und die Entstehung des Internet dazugehören, wird sich noch erweisen müssen. Auch der Beitrag von Erika de Wet und Ioannis Georgiadis kreist um den Neuansatz des Völkerrechts nach 1945. Die Autoren konstatieren zunächst eine Entfernung von der frühneuzeitlichen Vorstellung, die Weltgemeinschaft sei eine Art »realer Verbandspersönlichkeit«, sei es mit »Gott«, sei es mit dem »Fortschritt der Humanität« als Zentrum. In der Gegenwart rechne man eher mit der Gemeinsamkeit von Interessen, bemühe sich, Pflichten *erga omnes* festzuschreiben und Menschheitsverbrechen zu verhüten. Dass dies in einer Welt mit fast 200 Staaten unterschiedlichster Lage und Kraft und auf unsicher gewordenen gedanklichen Grundlagen des (europäischen) Völkerrechts mit größten Schwierigkeiten verbunden ist, konstatieren sie in aller Nüchternheit.

Am Ende der Vorlesungsreihe ging es noch um zwei konkrete Problemlagen. Der in Leiden lehrende Carsten Stahn behandelt die weithin unge-regelte Frage, was das heutige Völkerrecht zu den Pflichten der Kontrahenten (oder der ganzen Welt)

sage, die menschlichen und materiellen Schäden *post bellum* irgendwie auszugleichen. Klammert man die Fragen nach Schuld und Rache aus, weil anders ein »verantwortungsvoller Exit« aus Kriegen nicht zustande kommen kann, dann geht es um die Ausgestaltung des Besatzungsrechts, um Rückgabe von Gütern und Territorien, um »Wiedergutmachung« und Amnestien, aber neuerdings auch wieder um Bestrafung von Kriegsverbrechen. All dies setzt freilich ethische Basisüberzeugungen voraus. Vor welchem internationalen Areopag sollen Nachkriegsordnungen verantwortet werden? Zuletzt wird wohl nur ein Appell an konsensfähige humanistische »minima moralia« möglich sein.

Die zweite aktuelle Frage, gestellt von Alexander Proelß und Camilla Haake, richtet sich auf die immer dringender werdende Regulierung der Nutzung von Ressourcen, auf welche die ganze Menschheit angewiesen ist. Seit 1967 das Schlüsselwort »common heritage of mankind« gefallen war, kamen völkerrechtliche Normierungen von Tiefseebergbau, Fischfang und Schutz von Kulturgütern in Gang, ebenso der Schutz der Antarktis und die Nutzung des Weltraums. Wo wirksame Normen und Institutionen fehlen, tobt derzeit der Kampf, etwa bei dem kongolesischen Coltan, dem Uran, den »seltenen Erden«, den Kupfervorräten sowie bei anderen lebenswichtigen Gütern wie Urwäldern und Gewässern, die entweder gedankenlos oder mit schlechtem Gewissen weiter verbraucht werden, allen voran die Fossilien Kohle, Öl und Gas. Gewiss gibt es seit 1972 die UNESCO-Welterbe-Konvention und zahlreiche Abkommen zum Klimaschutz, an denen sich die Großmächte je nach Interessenlage beteiligen oder eben auch nicht. Aber unabhängig von der eher depressiv stimmenden Bestandsaufnahme der politischen Realität kann man feststellen, dass der Gedanke des »common heritage of mankind« sich in den vergangenen fünfzig Jahren zu einem neuen völkerrechtlichen Grundprinzip verdichtet hat. Dass dies sich autonom vollzog und keine Fortführung des alten römischrechtlichen Gedankens des »Gemeingebruchs« darstellt, wird überzeugend dargelegt.

Sammelbände, entstanden aus Vortragsreihen, enthalten fast immer Ungleichgewichte. Auch hier ist es so. Aber bedeutsamer ist doch die in ihnen sichtbare intellektuelle Unruhe, die tradierte Bestände in Frage stellt und zu neuen methodischen Reflexionen nötigt. Die Rechtsgeschichte des *international law* ist notwendig global. Sie hat gegen-

wärtig schon das traditionelle Gehäuse des souveränen Nationalstaats als des alleinigen Akteurs verlassen, aber auch das noch ältere naturrechtliche Fundament, das außereuropäische Kulturen nicht kennen und dessen Benutzung sie wegen seines

Missbrauchs im Kolonialismus nicht grundlos misstrauen. So wird die Geschichte des Völkerrechts zum Reflexionsort der Zukunft.



Heikki Pihlajamäki

The History of Spanish Commercial Law in Context*

Carlos Petit's new book on the history of commercial law is a formidable piece of scholarship. It is essentially a history of commercial law in Spain – but the treatment is far from national, as we shall see.

Petit treats the subject in different contexts. He starts by making an important distinction between law merchant (*ius mercatorum*) and mercantile law. Modern commercial (or mercantile) law is, like all modern law, a compound of legal norms and has, at least in theory, nothing to do with other normative systems such as religion. Law merchant, however, was different. According to the author, law merchant was a »normative complex, which not only, and not essentially, was in force as an order or legal »system« (translations from Spanish here are all mine). Instead, this normative complex consisted of several ingredients. One of them was »police« (*»reglas de la política«*), which always aimed at the common good (*bonum commune*). The normative complex also included rules coming from the field of economics, which determined the ways in which economic activities were to be pursued and controlled, in the family and otherwise. Above all these normativities was, of course, religion, the super-norm (*»norma de normas«*), a sort of constitution that determined the use and place of all other norms. One might say that, in this way, medieval and early modern law merchant was typical of the time. A history of pre-modern crim-

inal law, for instance, would need to depart from a similar constellation, which Petit so elegantly lays down.

Because of the distinction between law merchant in the pre-modern sense and commercial law in its modern meaning, Petit needs to pay great attention to the non-legal context of the merchant world in the first chapters of his book. He dedicates a chapter to »mercantile culture and customs«, in which he explains, for instance, how tightly intertwined mercantile customs were with religion through the practice of almsgiving and how important friendship was. The importance of friendship had, of course, an important legal consequence as well, because it led merchants to avoid official legal proceedings and solve their differences instead through various means of amicable settlement. Petit explains carefully how merchant literature on *ars mercatoria* emerged in the 15th and 16th centuries and what kind of knowledge was considered essential for a merchant.

However, there was a lot of law in the life of a merchant as well. Usury receives a chapter of its own here, as does the corporation. Every merchant belonged to a corporation, one of the primary ordering elements of pre-liberal Western society. Consulates, with their autonomous jurisdictions over their members, were a prime example. Petit explains how, in the Castilian sphere of influence, the consulates (Burgos 1494, Bilbao 1511, Seville

* CARLOS PETIT, *Historia del derecho mercantil*, Madrid: Marcial Pons 2016, 589 p., ISBN 978-84-9123-046-5

1543, Lisbon 1592, Mexico 1592, and Lima 1593–1614) were carefully built into the institutional architecture of the Crown.

The consulates also exercised jurisdiction over merchants. What law did they apply? The very question, so Petit, is wrongly formulated and reveals a misappropriated projection of modern experience. First, the Castilian norms of the 16th and 17th centuries covered a relatively narrow area of commercial activity. There were points on insurance and on the exchange of goods, but virtually nothing about the procedure. The author emphasises, however, how judges of the *ancien régime* period – or pre-modern period, as I prefer to call it – acted as interpreters of equity. They could base their conceptions on written law, but also on »customs, doctrinal topics, beliefs and religious values, which served the consulate in order to speak the law (*decir justicia*) according to proven facts«. In this way, commercial tribunals were no different from other courts of the early modern period, but they differed drastically from the modern Western courts that are supposed to »apply the law«, which mostly appears in the form of written norms.

Even though the written ordinances of the 16th and 17th centuries offered little in the way of substantive law, the situation began to change in the 18th century. To illuminate this, Petit devotes a chapter to the famous Ordinances of Bilbao (1737)

and several more chapters to the changes in the economic mood, banking in Madrid during the Enlightenment, and the increasing activity of the central government in regulating commerce. The treatment of all these matters is, again, thoroughly learned. It is also comparative in the wide sense of the term: although Petit concentrates on the Iberian Peninsula, he never loses sight of the overall European developments, to which the Spanish experience is related throughout.

The second part of the book – although there is no formal division into two parts – consists of the history of modern commercial law in the 19th century. Petit begins with the Constitution of Cádiz (1812) and continues towards codification, analysing the period in which »the Code submitted the ancient, solid autonomy of the merchant class to the rules of law«. Here, the treatment is already much more national, because so is the history that the author deals with, from the promulgation of the Commercial Code of 1829 to the new Commercial of 1885. The volume ends with a chapter on the consolidation of commercial law and its instruction as an academic discipline during the 18th and early 19th centuries.

Petit's book is a welcome addition to the fast-growing body of literature on the history of commercial law. It is also entertaining and a true pleasure to read.



Ignacio Czeguhn

Schöpferische Quellen der Gesetze*

Das vorliegende Buch ist das Ergebnis der *Journées régionales d'histoire de la Justice*, organisiert von der Französischen Vereinigung für Rechtsgeschichte und dem Zentrum für Rechtsgeschichte in Aquitanien und fand im November 2013 am Berufungsgericht von Agen statt. Eine wichtige

Aussage finden wir bereits in der ausführlichen Einführung von Laurence Soula. Sie weist darauf hin, dass hier nicht die Geschichte des französischen Berufungsgerichtshofes seit seiner Gründung im Jahre 1800 geschrieben steht. Vielmehr, so Soula, ging es um die Darstellung einer fort-

* LAURENCE SOULA (Hg.), *Les cours d'appel. Origines, histoire et enjeux contemporains* (L'Univers des normes), Rennes: PU Rennes 2016, 228 S., ISBN 978-2-7535-4911-1

schreitenden Entwicklung, obwohl noch viele Fragen offenstünden – »mais de nombreuses questions restent de suspens«, »ainsi les cours d'appels appréhendées dans leur rôle juridictionnel et jurisprudentiel depuis leur création jusqu'à l'heure présente« (10).

Die Arbeit ist in vier Hauptabschnitte gegliedert: Ursprünge der Appellation, die Rolle des Berufungsgerichts bei der Erzeugung von Rechtsätzen, ihr Platz in der gerichtlichen Organisation und die Umgestaltungen in der Moderne.

Die Struktur des Buches könnte allerdings Gegenstand methodologischer Kritik sein. Um die Berufungsgerichte, ihre Natur und ihre Funktionen zu verstehen, hätte man zeitlich früher ansetzen können, gewissermaßen von einem früheren Konzept der Appellation aus. Wie wird ein Urteil angreifbar? Welche prozessualen Mittel werden zugelassen? Hat das Prinzip von *trium conformium sententiarum* einen Platz? Wenn ja, was war der etablierte hierarchische Charakter? Welche Wirkungen zeitigt das eingelegte prozessuale Mittel? War die Gerichtsbarkeit des Richters a quo ausgesetzt? Hatte es devolutive Wirkung? Wer hatte die Legitimation eine Berufung einzulegen? Welche Art von Rechtsmitteln gab es bzgl. des angefochtenen Urteils? War es möglich, Appellationen gegen Zwischenurteile einzulegen? Was war der Zweck der Appellation? Welche Voraussetzungen hatte sie? War es möglich, von einem gerichtlichen Ermessen in der Berufungsfrage zu sprechen? Viele von diesen Fragen werden nicht aufgeworfen.

Die Arbeit beginnt mit einem ersten Teil, der sich auf die Ursprünge der Appellation aus einer Perspektive der politisch-institutionellen Analyse und nicht auf eine verfahrensrechtliche Sichtweise konzentriert. Der Beitrag von Pierre-Anne Forcadet, »Origines de l'appel judiciaire et naissance de la souveraineté royale au XIII^e siècle«, untersucht die Herkunft der Appellation, beginnend mit der Einführung der *apelation ordinaire* durch Ludwig IX. und ihre unzweifelhafte Bedeutung in der politischen und juristischen Geschichte. Sie ist an den Königshof gebunden, einem unauf löslichen Regierungsorgan, das schnell zum Parlament, zum Obersten Gerichtshof des Königreichs wird. Damit wird eine Reihe von permanenten Ressourcen für die Überprüfung der Entscheidungen verschiedenster Gerichtsbarkeit geschaffen.

Die *apelation ordinaire* war die Grundlage dafür, dass Ludwig IX. die »supériorité« seines Gerichts-

hofes bekräftigte und ihn über die »seigneurs et à l'Eglise« stellte. Forcadet befasst sich mit der Herkunft dieses Verfahrensmittels, das mit der Konsolidierung der souveränen Herrschaft verbunden ist. Die Instrumentalisierung der Rechtsprechung markiert den Beginn der Konsolidierung einer königlichen Legislative, »mais on peut affirmer néanmoins que ce n'est pas la souveraineté royale, par le biais d'une ordonnance autoritaire qui est à l'origine de l'appel, mais bien la supériorité judiciaire installée notamment grâce à l'appel qui est à l'origine de la souveraineté« (51).

C. Gauvard konzentriert sich mit seinem Beitrag »L'appel à la justice du roi au pénal. Formes et conflits aux XIV^e et XV^e siècles« auf die Struktur einer königlichen Gerechtigkeit, die parallel zur Appellation eine delegierte Gerechtigkeit und eine »behaltene Gerechtigkeit« mittels der *lettres de remission* (1304) in Strafsachen schafft. So entstehen eine delegierte Rechtsprechung und eine, die dem König vorbehalten bleibt und die er zunächst auch selbst entscheidet.

Louis de Carbonnières weist einen quellenfundierten Beitrag auf: »Le style, la coutume et la règle romaine ou l'irrésistible affirmation de l'appel en matière criminelle sous les premiers Valois«. Es geht um die Entwicklung der ersten Beschwerde in Strafsachen, als »instrument de liberté«, die anschließend von den Befürwortern des neuen revolutionären Modells angenommen wurde. Er unterstreicht die Rolle der Parlamente und den Ursprung einer königlichen Gerichtsbarkeit, die direkt mit der königlichen Macht verbunden ist. Daraus ergibt sich die interessante Analyse, wie und warum die Veränderung der Appellation »est devenu, grâce à l'action constante des magistrats et de leur jurisprudence, un moyen de droit et un élément primordial, permettant l'épanouissement des libertés fondamentales dans un état de droit issu de la procédure« (74). Letztlich kommt er zu dem Schluss, dass ein Recht auf Berufung unter dem ersten Valois eingerichtet wurde, und dass »le parlement a patiemment instauré une règle venue intangible dans la procédure criminelle: l'appel est un droit fondamental, et les exceptions sont tombées les unes après les autres, sans avoir eu besoin de texte de principe ou de déclaration tonitruante« (74).

Ohne eine vorherige Analyse der Zuständigkeitsstruktur, des Prinzips der Hierarchie zwischen Instanzen, der übernommenen Befugnisse oder der Art der Instanz, widmet sich der zweite Teil

der »umstrittenen« Rolle der Berufungsgerichte in der Schaffung von Recht, gewissermaßen als Quellen der Gesetzgebung.

Nach einer Analyse der »souverainen« Berufungsgerichte beschäftigt sich Laurence Soula mit »L'indépendance jurisprudentielle des cours d'appel au XIX^e siècle«. Ausgehend vom *Code Civil*, insbesondere seines Artikels 4 und der Reform des Jahres 1837, zeigt sie die wesentliche Veränderung bereits 1830 auf: die Entwicklung des Berufungsgerichts zur »souveraineté en point de droit«. Die Abschaffung des *référé législatif* führte zur Anerkennung der Souveränität der Berufungsgerichte durch das Gesetz vom 1. April 1837, so Soula.

Unter der Überschrift »Macht des Richtens« stellt sie dar, dass entgegen den bisherigen Auffassungen die unterschiedlichen Argumentationsstränge der Appellationshöfe zu einem neuen Recht geführt hätten, das Labbè 1882 mit folgenden Worten beschrieb: »l'action bienfaisante de la Cour régulatrice (...) on ne tourne pas dans un cercle, on progresse«. Soula unterstreicht eine zentrale Veränderung in der Auffassung von Souveränität der Berufungsgerichte: eine kontinuierliche Weiterentwicklung der neuen Richter zu Akteuren oberster Gerichtsbarkeit, die weit entfernt von der ursprünglichen Ideologie des frühen 18. Jahrhunderts lag.

Jean-Pierre Allinne befasst sich in seinem Beitrag »La cour d'appel de Pau et la coutume, de la défiance à la reconnaissance« mit der wichtigen Rolle dieses Berufungsgerichts in Bezug auf Sitten und Gebräuche und deren Einbeziehung in das neue kodifizierte Recht. Pierre-Nicolas Barénot wiederum zeigt in seinem Artikel »La réception des arrêts des cours d'appel«, wie eine neue Rechtswissenschaft innerhalb des Verfassungsrahmens entsteht: ein interessanter Beitrag in Bezug auf rechtliche Einheitlichkeit und konsequenter Verwirklichung der Gleichstellung in Bezug auf die Rechtsanwendung.

Ein dritter Block, »La place des cours d'appel dans l'organisation judiciaire«, führt zur Analyse der Organisation der Berufungsgerichte. Unter dem Titel »Chronique d'une réduction annoncée. Les réformes projetées des cours d'appel, de l'an VIII à la crise des années 1930« analysiert Frédéric Chauvaud die monarchischen Vorstellungen der Modernisierung von 1814 seit der Einführung der Appellationsgerichte (Gesetz vom 18. März 1800) und zudem die zahlreichen seit 1870 vorgeschlagenen und zum Teil durchgeführten Reformen. Sylvie

Humbert stellt in ihrem Beitrag »La cour d'appel de Douai au XIX^e siècle: une histoire vue par les magistrats lors des discours de rentrée aux audiences solennelles« die Entwicklung eines Berufungsgerichts in der wirren Zeit der Pariser Kommune dar. Ihr besonderes Augenmerk liegt auf der sozialen Frage und deren Einfluss auf die Berufungsgerichtsbarkeit: »Une société judiciaire face aux réalités de la vie sociale«. Im Rahmen einer soziologischen Analyse legt Mathieu Soula eine interessante Arbeit vor: »L'appel des chiffres. Les statistiques judiciaires en matière d'appels correctionnels, construction et usages (1825–1940)«. Die Ursprünge und Wirkungsgeschichte der Kolonialgerichte sind Untersuchungsgegenstand von Adrien Blazy in »Les cours d'appel coloniales«.

In einem letzten Block unter dem sinnigen Titel »L'irruption de la modernité au sein des cours d'appel« wird eine Reihe verschiedener Probleme analysiert, die solche der Vergangenheit und Gegenwart bezüglich der Berufung als Rechtsmittel verbinden. Ein kriminologischer Beitrag von Élise Fradet »Histoire de l'appel en matière d'application des peines« analysiert die Strafanwendung der Berufungsgerichte und ihre Entwicklung seit 1978 bis zur Schaffung neuer Gerichtsbarkeiten, wie z. B. ein eigenes Berufungsgericht in Strafsachen (TAP).

Die Arbeiten von Praktikern bereichern den Band, da sie auch aus praktischer Sicht die Berufungsgerichte behandeln. Gilbert Cousteaux nimmt in seinem interessanten Beitrag mit dem Titel »L'accélération du temps judiciaire devant la cour d'appel: dislocation ou téléportation« eine subtile Analyse der aktuellen Rechtslage vor und mahnt eine notwendige Verfahrensgeschwindigkeit der zweiten Instanz ein, herausgefordert durch die Empfehlungen verschiedener europäischer und nationaler Foren. Der Aufsatz von Jean-Paul Jean »Les nouveaux défis pour les cours d'appel« unterstreicht die aktuellen Herausforderungen an die Appellationsinstanzen und stellt neue Trends in Europa dar. Franck Lafossas wirft in seinem Beitrag »Exemple de traitement d'une question nouvelle: l'union de personnes de même sexe« zu Recht die Frage eines Vergleichs mit europäischen Regelungen auf, besonders im Hinblick auf die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare und deren Behandlung in Rechtsmittelwegen. Der Block schließt mit dem Beitrag von Richter Denis Salas: »Qui écrit le récit du droit?« Dieser schlussfolgert: »Mais on s'aperçoit vite que la loi est victime de son propre monopole« (219).

Das Buch lässt den Leser nicht gleichgültig zurück. Es unterscheidet sich von der traditionellen Analyse eines Gerichtsmodells der »zweiten Instanz«. Ausgehend von einer Untersuchung der Funktionen der Berufungsgerichte, ihrem Beitrag zur Justizgeschichte und ihrer Anerkennung als schöpferische Quellen der Gesetze wirft die Monographie eine Frage auf. Trotz der revolutionären Veränderung des neuen politischen Modells 1789

und der dort propagierten Prinzipien, die die Rechtsprechung beeinflussten: Gab es wirklich den Bruch mit der früheren Tradition, ihrem territorialen und gerichtlichen Rahmen, mit dem Wesen der delegierten Justiz, ihrer Ziele? Wohl nicht ganz, wenn man die Ergebnisse aller Beiträge zusammenfasst.



Caspar Ehlers

Hansische Forschungsgeschichte als Methodenproblem*

Die Freiburger rechtswissenschaftliche Dissertation widmet sich der Forschungsgeschichte zum Hansischen Recht seit dem Alten Reich des 17. Jahrhunderts bis zum Jahre 2001, in dem Ernst Pitz seine Monographie zur Verfassung der Hanse vorlegte. Sie beschränkt sich dabei auf deutschsprachige Werke, wohl wissend, dass die »Hanse ein europäisches Phänomen« war (22). Diese zeitliche wie sprachliche Einschränkung ist legitim, wenn auch der Untertitel der »Forschungsgeschichte« demnach eine deutsche ist. Zudem ist das Buch eine juristische Qualifikationsschrift, was ebenfalls die vorgenommene Konzentration auf ein zweifellos großes Feld rechtfertigt.

Die Studie ist stringent chronologisch anhand fünf zeitlich geordneter Abschnitte aufgebaut (B: »Altes Reich bis 1806«, C: »Hansisches Recht in Sartorius' Geschichte des Hanseatischen Bundes«, D: »19. und beginnendes 20. Jahrhundert«, E: »Zeit des Nationalsozialismus«, sowie F: »Bundesrepublik und DDR«). Diese sind ihrerseits im Schema stets gleich angelegt (»Publikationen und Strukturen der Werke und ihrer Autoren«, »Themen«,

»Methoden und Prämissen« sowie »Zusammenfassung«).

Neben dem durch Groths kenntnisreiche Darstellung der Forschungsgeschichte gewonnenen wissenschaftsgeschichtlichen Nutzen bietet die Arbeit aber auch einen bemerkenswerten methodischen Ansatz, auf den unbedingt eingegangen werden muss.

Denn auch das Literaturverzeichnis ist den chronologischen Abschnitten B bis F der Untersuchung entsprechend angepasst worden (I. »Bis 1800«; II. »1800–1869«; III. »1870–1932«; IV. »1933–1945«; V. »Ab 1946«) und nicht alphabetisch nach Verfassern geordnet. Es funktioniert daher wie ein Quellenverzeichnis für die Abschnitte von Groths »Forschungsgeschichte« (die genutzten Archivalien werden gesondert auf S. 295 nach Fundorten nachgewiesen). Die naheliegende Frage ist, wo sich die Literatur finden lässt, die gerade nicht aus dem jeweils bezogenen Zeitabschnitt stammt, sich aber nur mit diesem beschäftigt, ohne eine Quelle im obigen Sinne zu sein – also Literatur beispielsweise über Georg Friedrich Sartorius

* CARSTEN GROTH, Hanse und Recht. Eine Forschungsgeschichte (Freiburger rechtsgeschichtliche Abhandlungen N.F. 74. Abt. B, Abhandlungen zur deutschen Rechtsgeschichte), Berlin: Duncker & Humblot 2016, ISBN 978-3-428-14912-4

(gest. 1828). Diese findet sich gemäß dem Datum ihrer Veröffentlichung in einer der fünf Zeitkategorien des Literaturverzeichnisses,¹ sodass alles Geschriebene zur Quelle für bzw. aus dem Zeitabschnitt ihrer Entstehung wird – alles ist somit zeitgebunden, was ja durchaus epistemologischen Prämissen moderner Geschichtswissenschaften entspricht. Aber, so wäre diese Methode zu hinterfragen, müsste jeder Abschnitt dann nicht zumindest die Forschung über den davorliegenden enthalten und so weiter (Auseinandersetzung der Forschung zwischen 1870 und 1932 mit den Ergebnissen aus der Zeitspanne vor 1800 und 1800–1869 als Basis der Diskurse und so fort)?

So werden die Benutzer von Groths Buch seiner Methode entsprechend gezwungen, auch das Literaturverzeichnis intensiv auszuwerten: Wer sich für einen speziellen Zeitabschnitt besonders interessiert, muss sowohl das oder die Verzeichnis(se) zu dem fokussierten beziehungsweise denen davor als auch entsprechend zu den danach liegenden Abschnitten selektiv konsultieren, da sich Groth immer auf der dritten Ebene zu bewegen versucht, der Reflektion über die Forschung (und nicht über das Recht der Hanse an sich). Daher ist aus Groths Sicht jede Untersuchung stets eine Quelle für seine Analyse der in Zeitspannen geordneten Forschungsgeschichte mit Stand 2016. Das ist eine durchaus konsequente und bedenkenswerte Anregung zur wissenschaftlichen Autorefektion.

Allerdings muss diese Methode dazu führen, dass – um bei dem Beispiel zu bleiben – im Textabschnitt zu Georg Friedrich Sartorius nur dieser selbst zu Worte kommt (53–62), was in den folgenden Zeitabschnitten der Darstellung ab dem 19. Jahrhundert nicht mehr schlüssig durchzuhalten ist, weil sich die analytischen Darstellungsebenen letztlich doch überschneiden, allein wegen der Relevanz der Forschungen nicht unmittelbar zum Recht der Hanse (zweite Ebene), sondern zu deren Zeithintergrund auf der dritten Ebene.²

Dass auch diese selbst ihren eigenen historischen Kontext haben, ist epistemologisches Grundverständnis der Wissenschaftsgeschichte, die keine »vierte Ebene« erklimmen kann, während Rechtsgeschichte *sensu stricto* auf der ersten (dem Recht) und der zweiten Ebene (der Forschung über das Recht) operiert und die dritte Ebene rechtshistorische Wissenschaftsgeschichte bedeutet. So wäre Groths Buch selbst im Falle einer Fortschreibung in der Zukunft »nur« Quelle zum ersten Drittel des 21. Jahrhunderts (folgerichtig wäre das die wiedervereinigte »Berliner Republik« als neuer »Teil G«), nicht aber Ausgangspunkt von Überlegungen zu seinen eigenen Zeitabschnitten B bis F.

Ist mithin die im Untertitel genannte »Forschungsgeschichte« zugleich eine intellektuelle Fortschrittsgeschichte? Spiegelt Forschungsgeschichte somit Geistesgeschichte? Oder ist Forschung ein ihrer Zeit verbundenes Instrument zur Deutung der jeweiligen Gegenwart und eines daraus resultierenden Zukunftsentwurfs mit Hilfe einer angepassten Interpretation – »Indienstnahme« wäre das Schlagwort – der Vergangenheit? Wenn es so ist, wie wäre diese Forschung mit ihren jeweiligen »Wurzeln« zu verbinden, ohne gleichsam isolierend »voraussetzungslose« Forschung auf der zweiten Ebene als gegeben hinzunehmen, weil die wissenschaftsgeschichtliche dritte Ebene historisiert wird? In der aktuellen Methodendiskussion werden in diesem Zusammenhang die beschreibenden Adjektive »retrospektiv« und »retroaktiv« in Stellung gebracht, denn letztere interpretiert über ihre Möglichkeiten hinaus die Quellen.

Ohne auf das ganze Buch des Verfassers eingehen zu wollen, lässt sich die Bearbeitung der methodischen Herausforderung beispielhaft an der Behandlung des umstrittenen Ansatzes von Ernst Pitz (1928–2009) »in seiner Monographie zur hansischen Verfassung«³ exemplifizieren, der 2001 eine germanisch-deutsche Rechtskontinuität im Hanserecht erkennen wollte.

1 Leider bedeutet das, dass der Benutzer das Erscheinungsdatum eines Werkes wissen sollte, um es im Verzeichnis aufzufinden.

2 Siehe als Beispiel gleich die erste Seite des Abschnittes »D: 19. und beginnendes 20. Jahrhundert«, 63, wo in Anm. 3 auf »Henn, Wege, 1994« verwiesen wird, um das Phänomen des Einflusses »der aufkommenden Nationalgeschichtsschreibung« auf die

»Hansehistoriographie« zu erläutern. Das entsprechende Buch Volker Henns findet sich auf 316 im Abschnitt »Ab 1946« der Bibliographie.

3 ERNST PITZ, Bürgereinung und Städteinung. Studien zur Verfassungsgeschichte der Hansestädte und der deutschen Hanse (Quellen und Darstellungen zur hansischen Geschichte, Neue Folge 52), Köln 2001.

Diese These bildet in Carsten Groths Buch den Abschluss des Teils F (»Bundesrepublik und DDR«, 274–279), während die »Definition des hansischen Rechts« (281) als einer Mischung aus »Seerecht« und »diffusem kaufmännischem Gewohnheitsrecht« durch den dem Nationalsozialismus eng verbundenen Wilhelm Ebel⁴ (1908–1980) aus dem Jahr 1949 den Anfang des Teils G (»Zusammenfassung und Ausblick«, 280–291) darstellt, was dem chronologisch-ideengeschichtlichen Ansatz der Arbeit widerspricht – und die durch den Rezensenten aufgeworfenen Fragen zu rechtfertigen scheint. Doch wird so die innere Spannung einer Forschungsgeschichte »zwischen Rechtsgeschichte und Geschichtswissenschaft« (285) als Gegenstand des Buches und dem »Ausblick« (290 f.) aufgebaut. Hier spricht sich Carsten Groth strikt

dafür aus, eine »Quasistaatlichkeit« des Hanserechtes abzulehnen, das Lübische Recht nicht als das der Hanse auszugeben und die wissenschaftlichen Fragen richtig zu stellen. Dem ist nur zuzustimmen.

So bietet Carsten Groths Buch einen kompetenten und gut lesbaren (aber wegen der angemerkten Methode nicht immer leicht benutzbaren) Führer durch die Geschichte der Hanseforschung, der sich durch ein Personen- und ein Sachverzeichnis erschließt (329–336). Seine Analysen liefern zu den abgeschichteten Zeithorizonten der Darstellungsordnung wissenschaftsgeschichtliche Erkenntnisse, die sich mit vergleichbaren Werken zur Ideengeschichte, beispielsweise aus der Geschichtswissenschaft, in Beziehung setzen lassen. ■

David Glück

A Guide to the Digital Humanities*

The emerging field of the digital humanities seems not yet to have incisively affected the discipline of legal history, although recent publications have investigated ways to apply digital tools and methods in legal-historical contexts (see, for example, volume 24 of this journal) and even examined methodologies of a genuinely *digital* legal history (see *Law and History Review* 34.4). The lagging adoption of the digital humanities in legal history may be due to the very specific nature of the (technical) tools and methods they use. On the other hand, there is also a lack of introductory literature to methods and topics related to the digital humanities, at least in German, making them all the more inaccessible to scholars at all levels.

The book under review addresses this lack of introductory surveys, presenting itself as a textbook

(»Lehrbuch«, xi) and an introduction to the most important aspects of the digital humanities, aimed at establishing them in German-speaking academia (xi–xii). For that, the collection comprises chapters on a variety of topics from the digital humanities and by 14 different authors, most of them well-known figures of the German-speaking digital humanities. A critical look on the book as a comprehensive textbook, though without discussing each chapter in detail, reveals its usefulness as a guide for (legal-historical) scholars to the digital humanities.

The chapters, 25 in total, are organised in five larger parts. The first on the foundations of the digital humanities leads, after a quick summary of their (international) history, to a chapter of central importance to the volume, which evaluates their nature as an academic discipline (»Wissenschaft«,

4 Der Vortrag Ebels »Hansisches Recht: Begriff und Probleme« auf der 65. Jahresversammlung des Hansischen Geschichtsvereins und 62. Jahresversammlung des Vereins für Niederdeutsche Sprachforschung am 9. Juni

1949 in Celle ist nachzulesen in: WILHELM EBEL, Probleme der deutschen Rechtsgeschichte (Göttinger rechtswissenschaftliche Studien 100), Göttingen 1978, 35–46.

* FOTIS JANNIDIS et al. (eds.), Digital Humanities. Eine Einführung, Stuttgart: Springer 2017, XIII, 370 p., ISBN 978-3-476-02622-4

13). Remarkably, the author (Manfred Thaller, a pioneer in the German-speaking digital humanities) evades a precise definition of this field as a discipline in the humanities, emphasising instead its oscillation between serving as a mere provider of digital tools to the humanities and a field of genuinely innovative, digitally driven methods for humanities research (13–15). While this lack of a precise definition of the digital humanities might disappoint at the beginning of the collection, it directly asks the reader to create her own image of what this fluid field might be or become in the future. Moreover, the subsequent chapters comprehensively present the heterogeneous topics of the digital humanities in (almost) all their variety, thus providing a solid base to do so.

The initial part on the foundations of the digital humanities is complemented by a reflective chapter on the theory of digital media, followed by three largely technical chapters on computer hardware and networks, character encoding, and the fundamental ideas of programming. The heterogeneity that emerges, with abrupt shifts from one thematic chapter to the next, is a general characteristic of the book. While the second larger part consists of chapters on the foundations and techniques of data modelling and knowledge representation, the third part is concerned with »digital objects«, including chapters on the (rather technical) foundations of object digitisation as well as theoretical and methodological reflections about digital forms of publication and knowledge creation (e.g. *Digitale Wissensproduktion*, *Digitale Edition*) and, furthermore, elaborations on so-called »Gedächtnisinstitutionen« (213), meaning libraries, archives and museums, which play a central role in the digital research ecosystem as providers of digital resources. The fourth part presents digital methods of data analysis, with chapters on quantitative analysis, geographic information systems, and information visualisation. The fifth part, finally, rounds out the overview with two short, but momentous chapters on rights and ethics, shedding light on new (European) laws and the ethical consequences arising from digital-humanities research.

The thematic variety of the book corresponds, almost necessarily, with significant stylistic variety between the theoretically descriptive chapters and those of rather technical or didactic character, a variety intensified by the different writing styles of the authors. At first glance, the collection does not

necessarily appear to be a homogeneous textbook. Yet, when closely following the order of the larger parts and their chapters, the thematically and didactically sensible structure of the collection becomes evident, with initial parts and chapters forming the intellectual and terminological foundations of later ones. Some of the chapters even adopt, perhaps involuntarily, a schoolbook-like tone, as with the extensive elaborations on the fundamental ideas of programming (chapter six), illustrating the most basic concepts of programming through simple examples in Python, and other somewhat didactic chapters (e.g. chapter eight on databases and chapter twenty on quantitative analysis) that contrast starkly with the theoretically dense chapters (such as chapter three on theories of digital media and chapter seventeen on digital editions). One wonders whether such didactic elaborations could not have been resolved more directly by, for example, simply referring to the considerable existing literature on these topics and simply describing concise, exemplary use cases.

The lack of references is a significant shortcoming of several chapters of the collection. Some fundamental chapters, such as the chapters on character encoding, on the foundations of data modelling and on digital editions, provide very few in-text citations, making it difficult to look up specific terms or passages of interest. This problem is worsened by minimal indications of chapter-specific references and recommendations for further reading, which reaches its apogee in the collection's general, but sparse »selected bibliography« (361–362). The sparseness of references, remarkable in a self-declared textbook, is also reflected thematically in the chapters, with some topics and concepts receiving adequate or even excessive attention and others being barely hinted at, if that. The latter applies, for example, to some foundations of logic and mathematics (which would have provided a stronger theoretical base for the programming and data-modelling sections of the collection), and (research) software engineering, which today is an increasingly significant topic in the digital humanities, is completely absent.

Notwithstanding these formal and thematic shortcomings, the collection is an appropriate introduction to the digital humanities, particularly due to its largely comprehensive and well-structured coverage of topics and its didactic autonomy, working almost entirely without assuming foreknowledge among its readership. Most of the

chapters, if not all, succeed in mediating relevant and sometimes technically complex matters in a concise and understandable way. Also, more practical, methodological forms of knowledge (e.g. about data modelling, image digitisation, and legal situations) are conveyed in a manner that would serve anyone at the initial and planning stages of a research project with digital components. This applies especially from the perspective of (legal) history, where research based on quantitative data, for instance, has a long tradition, and the book covers »digital« topics that certainly may be relevant to (legal) historians. These include the introductions to digital data modelling, network theory

and the creation of data collections as well as the excellent chapters on geographical information systems and information visualisation. Further, perhaps any research could be confronted – at certain points in the course of a digital research project in legal history – with many of the topics presented in this collection. And even those not directly participating in a digitally driven project will appreciate the book as a comprehensive »conversation course« to learn about relevant topics and terminology of the current (and not just the German-speaking) digital humanities.



Wolfram Brandes

1000 Jahre Papstgeschichte*

Catharina Gowers, Waldemar Könighaus, Marcus Schütz, Cornelia Scherer, Thorsten Schlawitz, Victoria Trenkle, Judith Werner und natürlich dem *spiritus rector* des Unternehmens und einem der besten Kenner der Papstgeschichte, Klaus Herbers, kann man nur den größten Dank aussprechen, dass sie sich der höchst mühsamen und komplizierten Aufgabe angenommen haben, den »Jaffé« in einer dritten Auflage zu überarbeiten.

Das tragische Schicksal des Philipp Jaffé (1819–1870) kann hier nicht thematisiert werden, wirft aber ein bezeichnendes Licht auf die deutsche Me-

diävistszene im 19. Jahrhundert. Erinnert sei an seine sehr unschönen Auseinandersetzungen mit Georg Heinrich Pertz und den *Monumenta Germaniae Historica*, die Publikation seiner *Bibliotheca rerum Germanicarum* I–VI (1864–1873) – durchaus als Konkurrenz zu den MGH gedacht – und seinen tragischen (bis heute nicht wirklich geklärten) Selbstmord.¹ In seinem 32. Lebensjahr (!) erschienen die *Regesta pontificum Romanorum* (1851), die dann am Ende des Jahrhunderts unter der Leitung von Wilhelm Wattenbach von Samuel Löwenfeld, Ferdinand Kaltenbrunner und Paul Ewald in einer

* *Regesta pontificum Romanorum* ab condita ecclesia ad annum post Christum natum MCXCVIII edidit PHILLIPUS JAFFÉ, editionem tertiam emendatam et auctam iubente Academia Gottingensi sub auspiciis NICOLAI HERBERS, tomus primus [sic!] (a S. Petro usque ad a. DCIV) curavit MARCUS SCHÜTZ cooperantibus VICTORIA TRENKLE, IUDITH WERNER itemque CATHARINA GOWERS, WALDEMARO KÖNIGHAUS, CORNELIA SCHERER, THORSTANO SCHLAUWITZ, Gottingae (in aedibus Vandenhoeck et Ruprecht) MMXVI, XV et 584 p.; ISBN 978-3-525-31003-8; *Regesta pontificum Romanorum* ab

condita ecclesia ad annum post Christum natum MCXCVIII edidit PHILLIPUS JAFFÉ, editionis tertiae emendatae et auctae iubente Academia Gottingensi sub auspiciis NICOLAI HERBERS tomum secundum (ab a. DCIV ad a. DCCCXLIV) curaverunt WALDEMARUS KÖNIGHAUS, THORSTANUS SCHLAUWITZ cooperantibus CORNELIA SCHERER, MARCO SCHÜTZ, Gottingae (in aedibus Vandenhoeck et Ruprecht) MMXVII, XVI et 406 p.; ISBN 978-3-525-31035-9; *Regesta pontificum Romanorum* ab condita ecclesia ad annum post Christum natum MCXCVIII edidit PHILLIPUS JAFFÉ, editionis tertiae

emendatae et auctae iubente Academia Gottingensi sub auspiciis NICOLAI HERBERS, tomum tertium (ab a. DCCCXLIV usque ad a. MXXIV) curavit IUDITH WERNER cooperante WALDEMARO KÖNIGHAUS, Gottingae (in aedibus Vandenhoeck et Ruprecht) MMXVII, XV et 708 p.; ISBN 978-3-525-31036-6

1 SCHWARTZ (2016) (Rezension von K. Herbers in: <https://www.hsozkult.de/publicationreview/id/rezbuecher-27485>); siehe auch SCHWARTZ (2015); immer noch wichtig ist BRESSLAU (1921) bes. 326 ff. und passim.

stark überarbeiteten zweiten Auflage à jour gebracht wurden (Leipzig 1885/1888).

Natürlich mussten sich die Bearbeiter der dritten Auflage bei der Einarbeitung (oder wenigstens Notierung) der zu zitierenden (relevanten) Sekundärliteratur sehr beschränken. Dass sie sich dabei besonders auf die seit 1888 erschienenen Regestenwerke² konzentrierten, lag in der Natur der Sache. Sicher findet jeder Benutzer mindestens ein Regest (in der Regel wohl mehrere oder sogar sehr viele), in dem er diese oder jene gelehrte Abhandlung vermisst. Es ist ja davon auszugehen, dass es heute wohl niemanden mehr gibt, der die Papstgeschichte von Petrus bis zu Innozenz III. wirklich überblickt, also mehr als 1200 Jahre intensiv erforschter Geschichte. Dies trifft auch auf den Rezensenten zu, der sich entsprechend auf die Zeiten konzentriert, mit denen er sich eingehender beschäftigt hat.

Die im ersten Band an zahlreichen Stellen zitierten Regesten von Otto Seeck aus dem Jahre 1919³ hätte man sich an (sehr) vielen Stellen sparen können, sind sie doch heute restlos überholt. Immerhin hätte man vom Untertitel dieses Nachschlagewerkes (»Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlichen Kaiserzeit«) ausgehend die inzwischen für die Spätantike und das frühe Mittelalter erschienenen prosopographischen Referenzwerke nutzen können.⁴

J³ † 380 betrifft das berühmte *Constitutum Constantini*. Hier werden – in aller gebotenen Kürze (aber hinreichend ausführlich) – die divergierenden Datierungen (vor 800 gemäß dem *main stream* und nach 800 – Johannes Fried [und der Rezensent]) angesprochen und die nötigen bibliographischen Angaben geboten. Nicht berücksichtigen konnten die Autoren den 2015 erschienenen Aufsatz von Federico Montinaro,⁵ der zeigt, dass die Passagen im *Liber pontificalis*, die insbesondere den Papst Silvester behandeln (J³ *363–*411)⁶ und Schenkungen Konstantins des Großen an die römische Kirche erwähnen, viel spätere »Fälschungen« darstellen und ahistorisch sind. Die Anzahl der mit einer *crux* versehenen Regestennummern müsste sich danach erheblich vermehren! Gerade

dieses Beispiel demonstriert anschaulich, vor welchen Problemen man bei der Arbeit an Regesten steht. Die Forschung schreitet schnell voran (sehr viel Unsinn, den es zu erkennen gilt, wird ebenfalls permanent produziert) und man kann bei einem derartigen Großprojekt nicht bei allen Details den aktuellen Forschungsstand präsentieren. Auch der inzwischen erschienene dritte Band der monumentalen Edition der Akten des Nicaenum II von Erich Lamberz konnte (natürlich) nicht (mehr) benutzt werden, was schade, aber nicht zu ändern ist.⁷

Einen großen Teil des ersten Bandes nehmen naturgemäß die Regesten zum Pontifikat Gregors (I.) des Großen ein, dessen Register ja überliefert wurde (348–509; J³ *2071–*3164). Hier konnten die Bearbeiter umfassend auf die *Italia pontificia* zurückgreifen. Nützlich wären Hinweise auf die entsprechenden Bände der *Prosopographie chrétienne* oder der *Prosopography of the Later Roman Empire* (bei den weltlichen Empfängern – z. B. J³ 2148, 2206, 2207, 2209, 2311, 2315 usw.) sowie der *Prosopographie der mittelbyzantinischen Zeit* gewesen.⁸ In diesen Werken werden die Empfänger von Papstbriefen behandelt. Auch die (gefälschten) Papstbriefe des Pseudo-Isidor finden sich – stets mit *crux*. Überhaupt (und das gilt natürlich für alle Bände) stellt diese neue Auflage des »Jaffé« eine wesentliche Grundlage jeder kanonistischen Forschung (und darüber hinaus) dar, ist also ein nicht zu ignorierendes Hilfsmittel für die mittelalterliche Rechtsgeschichte bis zum ausgehenden 12. Jahrhundert.

Der zweite Band umfasst die Zeit von Sabinianus (604–606) bis Gregor IV. (827–844). Man sehe es dem Rezensenten nach, dass er sich diesem Band besonders zuwendet, betrifft er doch einige bevorzugte Forschungsgegenstände desselben.

Hatte die zweite Auflage (220) »nur« zwei nichtssagende Einträge zu Papst Sabinianus, dem Nachfolger Gregors des Großen, kann man jetzt 7 Regesten (J³ *3165–*3171) finden. Darunter ein damals übersehener Brief (dessen Datierung allerdings umstritten ist) des Columban von Luxeuil (J³ 3166). Ähnlich verhält es sich mit den folgenden Päpsten.

2 Siehe u. a. DÖLGER/MÜLLER (2009); DÖLGER/MÜLLER (2003); DÖLGER/WIRTH (1995); GRUMEL (1932); GRUMEL/DARROUZÈS (1989); LOUNGHIS/BLYSIDOU/LAMPAKES (2005).

3 SEECK (1919).

4 JONES/MARTINDALE/MORRIS (1971); MARTINDALE (1980); MARTINDALE (1992); PIETRI (2000); PIETRI (2013); DESTEPHEN (2008); MANDOUZE (1982); LILIE (1999–2002).

5 MONTINARO (2015).

6 Vgl. *Liber Pontificalis* (DUCHESNE 1955) 170–187.

7 Nicaenum II (LAMBERZ 2016).

8 Siehe oben Anm. 4 und 5.

Durch die Benutzung der Regesten (z. B.) von Conte, den Regesten der *Kaiserurkunden des ost-römischen Reiches*,⁹ der *Gallia pontificia*, *Germania pontificia*, *Italia pontificia*, *Iberia pontificia* usw., der neuen Bände der *Regesta Imperii*¹⁰ – neben anderen Werken, die nach der zweiten Auflage erschienen¹¹ – wurde auch in diesem Band die Anzahl der Regesten ganz erheblich vermehrt. Ob das immer sinnvoll ist, sei dahingestellt. Ein Beispiel (das genügen soll, denn es gibt viele derartige Fälle): Warum wurde das Ewald-Jaffésche Regest *1995 in J³ *3173 und *3174 aufgespalten? Sehr oft folgen die Verfasser Conte, der ohnehin eine (bedenkliche?) Tendenz zur »Vermehrung« von Regesten aufwies, ohne dass sich der Sinn schnell erschließt (sofern einer vorhanden war bzw. ist). Zwar ist klar, dass zu jedem Regest nicht die aktuelle Literatur aufgelistet werden kann (ansonsten käme das Projekt nie zu einem Ende), aber gelegentlich hätte doch auf neuere Literatur Bezug genommen werden sollen, z. B. in J³ ?3327 und ?3328 auf eine erst vor wenigen Jahren erstmals publizierte Konzilssynopse (als weitere Quelle) und auf einige grundlegende Werke.¹²

Es gibt allerdings bisweilen Fälle, bei denen es nicht auf den ersten Blick klar ist, ob eine Aufnahme ins Regestenwerk angebracht ist, oder eben nicht. Erich Caspar,¹³ dessen monumentale Papstgeschichte den Verfassern der dritten Auflage selbstverständlich bekannt ist, wie diverse Verweise zeigen, notierte in seiner Behandlung eines Konflikts zwischen Papst Benedikt II. und Julian von

Toledo lapidar: »Nicht in Jaffés Regesten verzeichnet.«¹⁴ Der Hintergrund ist einfach berichtet (und war schon mehrfach Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen¹⁵): Papst Leo II. (681–683) hatte die Akten des Constantinopolitanum III, des sechsten ökumenischen Konzils (681/682), das dem monenergetisch-monotheletischen Streit ein Ende setzte,¹⁶ teilweise (Horos, prosphonetische Akklamationen und das kaiserliche Edikt¹⁷) übersetzen lassen und zusammen mit vier Briefen (JE 2119–2122 = J³ 3504–3507) durch den *notarius regionarius* Petrus nach Spanien gesandt.¹⁸ Hier war gerade das XIII. Konzil von Toledo zu Ende gegangen und die Bischöfe befanden sich auf dem Rückweg in ihre Diözesen. Deshalb sandte man ihnen Kopien der aus Rom eingetroffenen Auszüge aus den Akten des Constantinopolitanum III (in lateinischer Übersetzung natürlich) zu, damit sie zustimmen konnten. Diese zustimmenden Schriftstücke sandte man wieder zurück nach Rom. Erzbischof Julian von Toledo fügte dem noch einen eigenen theologischen Text, das sog. *Apologeticum* (Text verloren), bei. Noch vor der Einberufung des XIV. Konzils von Toledo (14.11.684)¹⁹ ging eine hispanische Gesandtschaft zusammen mit dem erwähnten *notarius regionarius* Petrus nach Rom ab, um diese Schriftstücke dem Papst zu überreichen.²⁰ Inzwischen war Leo II. gestorben und Benedikt II. war nun im Amt. Dieser kritisierte den Inhalt des *Apologeticum* des Julian von Toledo, offenbar mündlich gegenüber den spanischen Gesandten,²¹ die die päpstlichen Ein-

9 CONTE (1971); CONTE (1984); nicht benutzt wurde (leider) COSENTINO (1996) und COSENTINO (2000).

10 BÖHMER/MÜHLBACHER (1908).

11 Für den sog. Monotheletismus siehe bes. WINKELMANN (2001).

12 Konzilssynopse (2013) 168 f.; erstaunlich ist der Umstand, dass das einschlägige Werk von SCHOLZ (2006) nicht benutzt wurde. Das ist ein Manko! Und wieso zu diversen Regesten im Umfeld des Nicaenum II ausgerechnet CHIFAR (1993) (z. B. J³ 4494 u. a.) zitiert wird, statt das unübertroffene Standardwerk zu allen Fragen des sog. Bilderstreits BRUBAKER/HALDON (2011), wo auch alle Papstbriefe in den Osten ab Gregor II. ausführlich und kritisch behandelt werden, zu benutzen, erstaunt den Rezensenten.

13 CASPAR (1933) bes. 614 ff. zu Benedikt II.

14 CASPAR (1933) 674 Anm. 2.

15 ORLANDIS/RAMOS-LISSÓN (1981) 272–293; STROHM (1983); RIEDINGER (1988) (auch in: RIEDINGER [1998] 261–280); Julian of Toledo, *Prognosticum* (trad. STANCATI) bes. 132–155 (mit der älteren Literatur).

16 Constantinopolitanum III (RIEDINGER [1990/1992]); vgl. WINKELMANN (2001), Nr. 161.

17 WINKELMANN (2001), Nr. 165; DÖLGER/MÜLLER (2003), Nr. 247.

18 MARTINEZ DIEZ/RODRIGUEZ (1982), 181–205 (190–204); WINKELMANN (2001), Nr. 168a.

19 ORLANDIS/RAMOS-LISSÓN (1981) 276; WINKELMANN (2001), Nr. 168b.

20 VIVES (1963) 453 = Julianus Toletanus (HILLGARTH 1976) 129.

21 Ebenda: *Post huius igitur piae confessionis prolatam devotis vocibus regulam ad illa nos illico convertimus contuenda capitula, pro quibus muniendis ante hoc biennium beatae memoriae Romanus papa Benedictus nos litterarum suarum significatione monuerat, quae tamen non in scriptis suis annotare curavit sed homini nostro verbo renotanda iniunxit, ad quod illi iam eodem anno sufficienter congruesque responsum est, nos tamen nunc eandem renotationem hominis nostri studiosius relegentes invenimus quod in libro illo pesponsionis fidei nostrae, quem per Petrum regionarium Romanae ecclesiae miseramus, ... Zu den theologischen Einwänden des Papstes siehe ORLANDIS/RAMOS-LISSÓN (1981) 284–286.*

wände aufschrieben und nach Spanien brachten. Sollte man solch einen Vorgang in einem Regest notieren? Ich glaube, ja; doch mag man es auch ablehnen. Caspar jedenfalls monierte das Fehlen eines Regests.²² Und auch die historiographische Überlieferung (*Continuatio Hispana* der Geschichte des Isidors von Sevilla bzw. die sog. mozarabische Chronik) legt ein Regest nahe.²³ Der Papst habe das Buch indiziert (*indixerat*). Auf dem XV. Konzil von Toledo im Frühjahr 688 (ab 11. Mai)²⁴ wurde die Angelegenheit behandelt, und dem Papst wurde »Oberflächlichkeit« vorgeworfen. Julian hatte inzwischen sein *Apologeticum de tribus capitulis* (CPL 1259) geschrieben (686), welches das Konzil feierte. Es wurde nach Rom gesandt, wo inzwischen Papst Sergius I. amtierte. Dieser schätzte die Ansichten Julians als *iusta et pia* ein und der Stolz des westgotischen Episkopats war wiederhergestellt. Dies besagt auch J³ 3556* (Sergius I.) – ein »neues« Regest und der Vorgang wurde tatsächlich von Jaffé und Ewald (bzw. Wattenbach) übersehen. Ich habe diese interessanten Vorgänge hier etwas ausführlicher dargestellt, als sonst in einer Rezension üblich, um zu zeigen, wie kompliziert im Detail die Arbeit an dieser dritten Auflage gewesen sein muss. Wollte man stets jedes einzelne Regest bzw. seine Entstehungsumstände in aller Ausführlichkeit analysieren, hätte das Unternehmen noch viele Jahrzehnte gedauert – und niemandem hätte das genutzt.

Der dritte Band profitiert in erheblichem Maße von Herbers' Vorarbeiten. Zu nennen sind seine monumentale Monographie über Leo IV.²⁵ sowie zwei von den im Rahmen der *Regesta imperii* erschienenen Bände der Papstregesten zum 9. Jahrhundert, die er selbst beisteuerte.²⁶ Der Band reicht bis Benedikt VIII. (1012–1024) und ist naturgemäß der bisher umfangreichste, wird aber ver-

mutlich vom dem noch ausstehenden vierten Band übertroffen werden.

Manchmal kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass etwas zu viel des Guten getan wurde. Z. B. entnahmen die Autoren Geertmanns »More veterum«²⁷ eine Unzahl neuer Regesten (es dürften einige Hundert sein). Ob das wirklich notwendig war, wagt der Rezensent zu bezweifeln.

Dass das gesamte Werk auf Latein (einschließlich der Vorworte; am Ende der Bände findet man schließlich auch eine deutsche Fassung) verfasst ist, erscheint heute etwas skurril. Und vermutlich wird dieser Umstand nicht gerade zu einer häufigeren Benutzung beitragen, was natürlich auch Herbers und seine Crew wussten. Aber dieser Umstand ergab sich wohl aus praktischen Erwägung, denn die ersten beiden Auflagen waren (anders als die Böhmer-Mühlbacherschen *Regesta imperii* z. B.) auf Latein. Und schon Jaffé pflegte einen ausgesprochen elaborierten lateinischen Stil. Die dritte Auflage übernahm die lateinischen Regestentexte der Vorgänger, was zweifellos viel Zeit sparte. Insofern ist jede Kritik fehl am Platz!

Leider ist man nunmehr gezwungen, gewohnte Regestennummern zu korrigieren. Diese Mühe wird durch die dem dritten Band beigegebenen Konkordanzen (etwas) erleichtert, wobei diese großformatigen Bände schnell den halben Schreibtisch blockieren!

Abschließend bleibt nur noch die angenehme Pflicht, Klaus Herbers und seinen Mitarbeitern nochmals einen großen Dank abzustatten. Der neue Jaffé gehört in jede einschlägige Bibliothek und in den Handapparat jedes Gelehrten, der im ersten Millennium unterwegs ist. Dagegen steht nur der stolze Preis von 500 Euro für diese drei Bände.



22 Siehe eben bei Anm. 14.

23 Chron. Mozarab. 754 (1980) 60 = *Continuatio Hispana* (1894) 350; vgl. WOLF (1990) 127 f.

24 ORLANDIS/RAMOS-LISSÓN (1981) bes. 277–293 zum Toletanum XV; VIVES (1963) 453–456 (Behandlung des

Julianischen Apologeticum auf dem Toletanum XV).

25 HERBERS (1996).

26 BÖHMER/HERBERS (1999); BÖHMER/HERBERS (2012) und ein weiterer Band (für 867–872 [Hadrian II.]) wird gegenwärtig vorbereitet. Über-

blick über die relevanten Bände der *Regesta imperii* im dritten Band von J³ S. 663 f.

27 GEERTMANN (1975).

Bibliographie

Quellen

- Constantinopolitanum III (RIEDINGER [1990/1992]) = Concilium universale Constantinopolitanum tertium, ed. RUDOLF RIEDINGER (Acta conciliorum oecumenicorum, ser. II, II/1–2), Berlin
- Chron. Mozarab. 754 (1980) = Crónica Mozarabe de 754. Edición crítica y traducción, por JOSÉ EDUARDO LÓPEZ PEREIRA (Textos medievales 58), Zaragoza
- Continuatio Hispana (1894), Continuationes Isidorianae, continuatio Hispana, ed. THEODOR MOMMSEN, MGH Auctores antiquissimi XI (Chronica minora II), Berlin
- Julian of Toledo, Prognosticum (trad. STANCATI) (2010) = Julian of Toledo, Prognosticum futuri saeculi, transl., ed., and introd. by TOMMASO STANCATI (Ancient Christian writers 63), New York
- Julianus Toletanus (HILLGARTH 1976) = Sancti Iuliani Toletanae sedis episcopi opera, pars 1, ed. JOCELYN N. HILLGARTH (Corpus christianorum, Series Latina 115), Turnhout
- Konzilssynopse (2013) = Eine unbekannte Konzilssynopse aus dem Ende des 9. Jahrhunderts, ediert, übersetzt und kommentiert von LARS HOFFMANN und WOLFRAM BRANDES (Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte 30), Frankfurt am Main
- Liber Pontificalis (DUCHESNE 1955) = Le Liber Pontificalis. Texte, introduction et commentaire par LOUIS DUCHESNE, Paris (Nachdr.)
- MARTINEZ DIEZ, RODRIGUEZ (1982) = MARTINEZ DIEZ, GONZALO, FÉLIX RODRIGUEZ, La colección canónica Hispania, III: Concilios griegos y Africanos (Monumenta Hispaniae sacra, Serie Canónica III), Madrid
- Nicaenum II (LAMBERZ 2016) = Consilium universale Nicaenum secundum, concilii actiones VI–VII, ed. ERICH LAMBERZ (Acta conciliorum oecumenicorum, ser. II, III/3), Berlin/Boston
- VIVES (1963) = Concilios Visigóticos e Hispano-Romanos. Edición preparada por JOSÉ VIVES, Barcelona/Madrid
- WOLF (1990) = Conquerors and Chronicles of Early Medieval Spain. Translated with notes and introduction by KENNETH B. WOLF (Translated Texts for Historians 9), Liverpool

Literatur

- BÖHMER, JOHANN F., ENGELBERT MÜHLBACHER (1908), Regesta imperii, I: Die Regesten des Kaiserreichs unter den Karolingern 751–918, nach JOHANN F. BÖHMER neu bearbeitet von ENGELBERT MÜHLBACHER, Innsbruck (Nachdr. Hildesheim 1966)
- BÖHMER, JOHANN F., KLAUS HERBERS (1999), Regesta Imperii I. Die Regesten des Kaiserreiches unter den Karolingern 751–918 (926/962), vol. 4: Papstregesten 800–911, Teil 2: 844–872, Lfg. 1: 844–858, bearb. von KLAUS HERBERS, Köln/Weimar/Wien
- BÖHMER, JOHANN F., KLAUS HERBERS (2012), Regesta imperii I. Die Regesten des Kaiserreiches unter den Karolingern 751–918 (987), vol. 4: Papstregesten 800–911, Teil 2: 844–872; Lfg. 2: 858–867 (Nikolaus I.), bearb. von KLAUS HERBERS, Wien/Köln/Weimar
- BRESSLAU, HARRY (1921), Geschichte der Monumenta Germaniae Historica, Hannover
- BRUBAKER, LESLIE, JOHN HALDON (2011), Byzantium in the Iconoclast Era, c. 680–850: a history, Cambridge
- CASPAR, ERICH (1933), Geschichte des Papsttums, II: Das Papsttum unter byzantinischer Herrschaft, Tübingen
- CHIFAR, NICOLAE (1993), Das VII. Ökumenische Konzil von Nikaia: Das letzte Konzil der ungeteilten Kirche (Oikonomia 32), Erlangen
- CONTE, PIETRO (1971), Chiesa e primato nelle lettere dei papi del secolo VII, Milano
- CONTE, PIETRO (1984), Regesto delle lettere dei papi del secolo VIII, Milano
- COSENTINO, SALVATORE (1996), Prosopografia dell'Italia bizantina (493–804), I, Bologna
- COSENTINO, SALVATORE (2000), Prosopografia dell'Italia bizantina (493–804), II, Bologna
- DESTEPHEN, SYLVAIN (2008), Prosopographie du diocèse d'Asie (325–641), Paris
- DÖLGER, FRANZ, ANDREAS E. MÜLLER (2003), Regesten der Kaiserurkunden des Oströmischen Reiches von 565–1453, bearbeitet von FRANZ DÖLGER, 1. Teil, 1. Halbband: Regesten 565–867, 2. Aufl., unter Mitarbeit von JOHANNES PREISER-KAPPELLER und ALEXANDER RIEHLE besorgt von ANDREAS E. MÜLLER, München
- DÖLGER, FRANZ, ANDREAS E. MÜLLER (2009), Regesten der Kaiserurkunden des Oströmischen Reiches von 565–1453, bearbeitet von FRANZ DÖLGER, 1. Teil, 2. Halbband: Regesten von 867–1025, 2. Aufl., bearbeitet von ANDREAS E. MÜLLER unter verantwortlicher Mitarbeit von ALEXANDER D. BEIHAMMER, München
- DÖLGER, FRANZ, PETER WIRTH (1995), Regesten der Kaiserurkunden des Oströmischen Reiches von 565–1453, bearbeitet von FRANZ DÖLGER, 2. Teil: Regesten von 1025–1204, 2., bearbeitete und verbesserte Aufl., bearbeitet von PETER WIRTH, München
- GEERTMANN, HERMANN (1975), More veterum. Il Liber pontificalis e gli edifici ecclesiastici di Roma nella tarda antichità e nell'alto medioevo (Archeologica Traiectina 10), Groningen
- GRUMEL, VENANCE (1932), Les registes des actes du patriarchat de Constantinople, I/fasc. 1: Les registes de 381 à 715, Kadiköy (Nachdr. Paris 1972)
- GRUMEL, VENANCE, JEAN DARROUZÈS (1989), Les registes des actes du patriarchat de Constantinople, I/fasc. 1 et 2, Paris
- HERBERS, KLAUS (1996), Leo IV. und das Papsttum in der Mitte des 9. Jahrhunderts. Möglichkeiten und Grenzen päpstlicher Herrschaft in der späten Karolingerzeit (Päpste und Papsttum 27), Stuttgart
- JONES, ARNOLD H. M., JOHN R. MARTINDALE, JOHN MORRIS (1971), The Prosopography of the Later Roman Empire I (A. D. 260–395), Cambridge
- LILIE, RALPH-JOHANNES, CLAUDIA LUDWIG, THOMAS PRATSCH, ILSE ROCHOW (1999/2000/2001/2002) = Prosopographie der mittelbyzantinischen Zeit. Erste Abteilung (641–867), I–VI. Nach Vorarbeiten von FRIEDHELM WINKELMANN, unter Mitarbeit von WOLFRAM BRANDES, JOHN R. MARTINDALE und BEATE ZIELKE, Berlin/New York

- LOUNGHIS, TELEMACHOS C., BASILIKE BLYSIDOU, STELIOS LAMPAKES (2005), Regesten der Kaiserurkunden des oströmischen Reiches von 476 bis 565, Nicosia
- MANDOUZE, ANDRÉ (1982), Prosopographie de l'Afrique chrétienne (303–533), Paris
- MARTINDALE, JOHN R. (1980), The Prosopography of the Later Roman Empire II (A. D. 395–527), Cambridge
- MARTINDALE, JOHN R. (1992), The Prosopography of the Later Roman Empire III (A. D. 527–641), Cambridge
- MONTINARO, FEDERICO (2015), Les fausses donations de Constantin dans le *Liber pontificalis*, in: Millennium 12, 203–229
- ORLANDIS, JOSÉ D., DOMINGO RAMOS-LISSÓN (1981), Die Synoden auf der Iberischen Halbinsel bis zum Einbruch des Islam (711), Paderborn u. a.
- PIETRI, CHARLES, PIETRI, LUCE (2000), Prosopographie chrétienne du Bas-Empire, II: Prosopographie de l'Italie chrétienne (313–604), I–II, Rom
- PIETRI, LUCE (2013), Prosopographie de la Gaule chrétienne (314–614), I–II, Paris
- RIEDINGER, RUDOLF (1988), Die Dokumente des Petrus notarius regionarius auf seiner Reise von Rom nach Spanien im Jahre 683/4, in: Burgense 29, 233–250
- RIEDINGER, RUDOLF (1998), Kleine Schriften zu den Konzilsakten des 7. Jahrhunderts (Instrumenta Patristica 34), Steenbrugge / Turnhout
- SCHOLZ, SEBASTIAN (2006), Politik – Selbstverständnis – Selbstdarstellung. Die Päpste in karolingischer und ottonischer Zeit (Historische Forschungen 26), Stuttgart
- SCHWARTZ, DANIEL R. (2015), New Light and Remaining Questions Concerning the Death of Philipp Jaffé, in: Concilium Medii Aevi 8, 61–80
- SCHWARTZ, DANIEL R. (2016), Between Jewish Posen and Scholarly Berlin. The Life and Letters of Philipp Jaffé, Berlin
- SIECK, OTTO (1919), Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr. Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlichen Kaiserzeit, Stuttgart (Nachdr. Frankfurt am Main 1964)
- STROHM, MARTIN (1983), Der Konflikt zwischen Erzbischof Julian von Toledo und Papst Benedikt II.: Ein Faktum von ökumenischer Bedeutung, in: Annuario historiae conciliorum 15, 249–259
- WINKELMANN, FRIEDHELM (2001), Der monenergetisch-monotheletische Streit (Berliner Byzantinistische Studien 6), Frankfurt am Main u. a.

Caspar Ehlers

Integration durch Recht*

In seinem neuen Buch bietet Karl Ubl einen weit gefassten Überblick seiner bisherigen Forschungen zur Lex Salica im Kontext seines Projektes an der Universität Köln zu den frühmittelalterlichen Rechtsüberlieferungen, beginnend mit den substantiellen Beobachtungen »Warum Barbaren Gesetze erlassen« (37–66) als Folge aus der Frage nach Einsatz und Nutzen der Rechtsbücher (Einleitung, 11–35). Er sieht die fränkische Lex in ihren Ursprüngen als identitätsstiftendes Instrument an (»Ein Monument der Alterität«, 67–97, sowie als »Entwürfe von Gemeinschaft im 6. Jahrhundert«, 99–135).

Die »Neufassung Pippins I.« bedeutete einen aus heutiger Sicht erkennbaren Eintritt in die schriftliche Überlieferung (137–163), die Neufas-

sung Karls des Großen sogar eine Mystifizierung der Autorität des Rechts (165–191) vor der transformatorischen Phase des Untergangs des fränkischen Rechts (193–219) im Jahrhundert der Nachfolger Karls des Großen (zusammenfassend: »von der Lex Salica zu den *Leges Francorum*«, 218 f.). Das »Wissen über das Recht der Franken im 9. Jahrhundert« ist Gegenstand des achten Kapitels (221–244).

Ausgehend von der Beobachtung, dass die älteste Fassung der Lex Salica wegen ihres archaischen Charakters kaum geeignet erscheint, das Rechtsbuch eines zur Großmacht aufsteigenden Reiches zu werden (11 ff.), referiert Ubl die Diskontroversen um die Deutung der Lex als »Urtext der deutschen Rechtsgeschichte« (13–24) und um

* KARL UBL, Sinnstiftungen eines Rechtsbuchs. Die Lex Salica im Frankenreich (Quellen und Forschungen zum Recht im Mittelalter 9), Ostfildern: Thorbecke 2017, ISBN 978-3-7995-6089-4

die Ethnogenese der germanischen Völker (24–35). Geht es hier mehr um die wissenschaftliche Deutung bzw. Indienstnahme des Rechtsbuches für eine national orientierte Mediävistik, so wird in Abschnitt 2 die Frage in den Blick genommen, warum überhaupt »Barbaren Gesetze erlassen« und welche Vorstellungen räumlicher Geltung sie dabei leiteten – was Ubl anhand der schriftlichen Überlieferung sehr abgewogen problematisiert, da es Auswirkungen auf seine Datierungsvorschläge für die Genese der Frühfassungen der Lex hat (besonders 65 f.). Ging es den »barbarischen« Franken bei der Niederschrift ihres Gesetzes um die Absonderung von »Rom« – oder wird dieser Eindruck durch die rechtshistorische Forschung zu den »Barbarenrechten« (beispielsweise durch Karl August Eckhardt) und besonders zu den »Salfranken« als Ethnon (negiert von Matthias Springer) erweckt?

Karl Ubl fährt mit seiner Analyse der Textstufen der Lex Salica fort (»Malbergische Glossen«, Geldstrafen etc.) und analysiert vor allem die ein Gericht betreffenden und die Anwendung der Lex rechtfertigenden Passagen (81–87). Er stellt darauf die Frage nach der Gesellschaft hinter der Lex Salica und dem »Bruch mit Rom«, den diese Gesetzgebung in einem Reich mit (einflussreichen) romanischen Bevölkerungsanteilen zur Folge gehabt haben muss. Welche »Entwürfe von Gemeinschaft im 6. Jahrhundert« (99–135) bilden die Basis für diese Fassungen der Lex Salica? Mehrere zeitgleich, so lautet die Antwort Ubls anhand der Analyse der chronologisch zu rekonstruierenden Überarbeitungen (103–133). Diese Dynamik der Anpassungen auf die Rechtswirklichkeit in sich unterscheidenden Geltungsräumen führte letztlich zu der Adaption des Rechtsmodells durch andere Gemeinschaften, wie den Alemannen im 7. Jahrhundert (siehe 135).

Da »die älteste Handschrift der Lex Salica [...] aus der Mitte des 8. Jahrhunderts und damit aus der Zeit Pippins des Jüngeren« stammt (137 ff.), fragt der Verfasser nach der Unsichtbarkeit des Rechtsbuches, die nur durch eine historiographische Quelle, den »Liber Historiae Francorum«, ein Schlaglicht bekommt, und konstatiert eine »Verformung des Rechts« durch König Pippin, mithin

eine karolingische Transformation vor dem Hintergrund des geschwächten Königtums der Merowinger einerseits und des Konfliktes mit seinem Bruder Karlmann andererseits (144–148). Diese »D-Fassung« sei zwar als »Fehlschlag« (154) einzustufen, hätte aber den politischen Zielen Pippins als Ablöser der Merowinger und Bewahrer der rechtlichen Kontinuität dienen sollen (155–163).

Der ordnende Wille Karls des Großen ist nicht nur auf dem Gebiet des Rechts unumstritten erkennbar (165 ff.). Seine »Hinwendung zum Schriftrecht« zeichnet ihn aber besonders aus (167–174) und die intendierte Breitenwirkung der Rechtsreform (174–181) mittels der »Verschränkung von *lex* und *capitulum*« (181–186) wertet Karl Ubl als Beleg für den »Eigensinn der Franken« gegenüber den inzwischen unterworfenen Gebieten der Friesen und Sachsen (186 ff.) und zugleich als Versuch Karls des Großen, ein ursprünglich ethnisches Recht zu überhöhen (188–191).

Bedeutete das 9. Jahrhundert den Höhepunkt der Überlieferung der Lex Salica, so sei dieser Zeitrahmen zugleich als »Untergang des fränkischen Rechts« zu bewerten, formuliert Karl Ubl (193 f.). Die Zeit Ludwigs des Frommen ließ die Lex Salica zu einem Recht der Eliten werden (195–205), das dem Römischen Recht widersprach (205–212). Karl der Kahle (reg. 843–877) hingegen habe den »Abschied vom gentilen Recht« eingeleitet und den Übergang »von der *Lex Salica* zu den *Leges Francorum*« eröffnet (212–219). Das »Wissen über das Recht der Franken im 9. Jahrhundert« beendet den analytischen Teil des zu besprechenden Buches (221–244) und summiert die zuvor gewonnenen Ergebnisse.

Ambitioniert kommt dann als Schluss das neunte Kapitel einher: »Für eine andere Rechtsgeschichte« (245–254). Ubl setzt sich mit der zementierten Forschungsmeinung auseinander, es sei erst im 12. Jahrhundert mit der Wiederentdeckung des Römischen Rechts und dessen gelehrter Form in einer Art »Urknall« aus dem Nichts (des Frühmittelalters) eine Rechtsgeschichte, die diesen Namen verdiene, entstanden. Vor allem Harold Bermans griffige Formulierung von einer »Revolution des Rechts«¹ habe dazu maßgeblich

1 HAROLD JOSEPH BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge/Mass. 1983.

beigetragen, während die deutsche Rechtsgeschichte sich stets der nicht-römischen Rechte (»germanistisches Paradigma«) bedient habe (245 f.). Der Verfasser möchte ausdrücklich nicht gegen die These vom revolutionären Charakter des 12. Jahrhunderts vorgehen, sondern unter Berufung auf Maurizio Lupoi² und über diesen hinausgehend die Bedeutung des Bruchs, »den die Lex Salica in der Entwicklung des Rechts im Frankenreich herbeiführte« (247), hervorheben, weil mit ihrer Hilfe gentile, weltliches Recht betreffende Rechtsordnungen auf andere Völker, beispielsweise die Sachsen, übertragen werden konnten (247 ff.). Mithin stellte sie ein bedeutendes Mittel zur Integration dieses expandierenden Reiches dar. Nicht zuletzt die überlieferten Exemplare des Rechtsbuches aus dem 9. und vor allem dem 10. Jahrhundert belegen diese Relevanz (250 f.), weshalb Karl Ubl dafür plädiert, weder von einer Revolution zu sprechen noch von einer Evolution im Sinne einer rechtshistorischen Kontinuitätslehre. Vielmehr sei die Bedeutung der Lex Salica auf

einem anderen Feld zu sehen: dem der ethnischen Identitätsbildung, hier lägen die »Sinnstiftungen eines Rechtsbuchs«.

Zwei Bemerkungen seien dazu dem Rezensenten gestattet. Allgemeiner wäre der Hinweis darauf, dass es eine voraussetzungsfreie Revolution *strictu sensu* gar nicht geben kann, was in den internationalen geschichtswissenschaftlichen Studien zu dem Phänomen einer umfassenden Umwälzung der Lebensordnungen und -wirklichkeiten im 12. Jahrhundert, die Ubl verständlicherweise nicht anführt, inzwischen auch *communis opinio* ist. Die zweite bezieht sich auf das Buch Ubls, das sich fragen lassen muss, welche Rolle die Kirche und ihre Rechtstraditionen bei den Genesen und Integrationen des früheren Mittelalters in der zweiten Hälfte des ersten Jahrtausends gespielt haben. Wäre die Integration Sachsens alleine mit dem Erlass der Lex Saxonum 802 oder 803 ein Erfolg gewesen?



Caspar Ehlers

Rechtsräume der Kirche*

Im vorvergangenen Jahr sind zwei umfangreiche Monographien zur Funktion der Kirche im Frühmittelalter erschienen, die besonderes Augenmerk unter der Fragestellung nach dem Verhältnis von »Recht, Raum und Religion« zu verdienen scheinen. Zum einen ist dies die Jenaer Dissertation von Tina Bode, zum anderen die Studie von Florian Mazel, Professor für mittelalterliche Geschichte an der Universität Rennes II, die Gegenstand seiner *habilitation à diriger les recherches* gewesen ist. Erstgenannte will sich auf das ostfränkische Reich der Ottonenzeit (919–1024) kon-

zentrieren, während Mazel gar die mittelalterliche Kirche vom 5. bis zum 13. Jahrhundert in den Blick nehmen möchte.

Denn nichts weniger als die »mittelalterliche Erfindung des Raumes (5. bis 13. Jahrhundert)« verheißt der ambitionierte Untertitel des Buches von Florian Mazel, auch wenn diese Ankündigung inzwischen etwas verbraucht erscheint. Weil der Untersuchungsraum auf die Kirchenprovinzen Aix und Tours beschränkt wird (26–29), legen schon diese geographischen Schwerpunktsetzungen den Verdacht nahe, dass sich sein Buch kaum ernsthaft

2 MAURIZIO LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Rom 1994; engl. Übersetzung: *The Origins of the European Legal Order*, transl. by Adrian Belton, Cambridge/Mass. 2000.

* TINA BODE, *König und Bischof in ottonischer Zeit: Herrschaftspraxis, Handlungsspielräume, Interaktionen* (Historische Studien 506), Husum: Matthiesen Verlag 2015, ISBN 978-3-7868-1506-8; FLORIAN MAZEL, *L'Évêque et le*

territoire. L'invention médiévale de l'espace (Ve–XIIIe siècle), Paris: Éditions du Seuil 2016, ISBN 978-2-02-118310-8

mit der angegebenen Fragestellung nach dem Bischof und dem Territorium vom 5. bis zum 13. Jahrhundert und schon gar nicht mit der »mittelalterlichen Erfindung des Raums« beschäftigen kann. Diese lässt sich wohl kaum so räumlich eingeschränkt und ohne die Betrachtung kirchenrechtlicher oder theologischer Quellen aus dem *orbis christianus* darstellen.

Dem Verhältnis von »König und Bischof in ottonischer Zeit« anhand von »Herrschaftspraxis, Handlungsspielräumen und Interaktionen« widmet sich dem Titel nach die Arbeit von Tina Bode. Durch den Bezug auf die ostfränkische Dynastie wäre der Raum des ostfränkischen Reiches zwischen 919 und 1024 als Gegenstand zu erwarten. Was aber als Grundlage für die Arbeit geboten wird, ist jedoch eine intensive Betrachtung der Kirchenpolitik Ottos I. und Ottos II., also das halbe Jahrhundert von 937 bis 984, was zusätzlich auf die Kirchenprovinz Mainz beschränkt wird. Da das im Titel angekündigte Verhältnis zwischen »König und Bischof in ottonischer Zeit« bekanntlich gerade nach dem Tode Ottos II. mehrere konzeptionelle Brüche erfahren hat, was am Beispiel Heinrichs II. (reg. 1002–1024) stets in der Forschung betont wird, muss Bodes Studie zwangsläufig ein stark eingeschränktes Ergebnis produzieren. Dieses wird in seiner Aussagefähigkeit nochmals dadurch reduziert, dass nicht der Episkopat des ostfränkischen Reiches, sondern die Erzbischöfe und Bischöfe der Kirchenprovinz Mainz exemplarisch und umfassend betrachtet werden (der Katalog der während der Untersuchungszeit amtierenden 48 Bischöfe in der Kirchenprovinz stellt den umfangreichsten Teil des Buches dar, 66–296), auch wenn Bode zuzustimmen ist, dass diese Erzdiözese mehrere der Herzogtümer, Kernlandschaften und Peripherien des ottonischen Reiches einschloss (vgl. 55–66).

Vergleichbar mit dem Werk von Florian Mazel soll mithin auch hier versucht werden, anhand stark eingeschränkter Untersuchungsgebiete und -zeiträume eine räumlich übergeordnete Fragestellung zu beantworten – jedenfalls, wenn man den Buchtiteln vertraut. Allerdings stellt die von Tina

Bode ausgewählte Kirchenprovinz Mainz einen größeren räumlichen und prosopographischen Anteil an ihrem Untersuchungsgebiet dar als die von Mazel ausgewählten Bistümer an dem von der christlichen Kirche bis zum Hochmittelalter erfassten Raum. Insofern dürften Bodes Ergebnisse mehr Aussagekraft für den titelgebenden Gegenstand haben, auch wenn sie nur die Hälfte sowohl des angekündigten Untersuchungszeitraumes als auch des Untersuchungsraumes einbezieht. Angesichts dieser sich schnell ergebenden, aber selbstverschuldeten Vorbehalte, sind die Ansätze beider Studien unter dem Aspekt von besonderem Interesse, ob die vorgenommenen Einschränkungen dennoch ein tragfähiges Ergebnis hervorbringen können.

Tina Bodes Prämisse ist von dem Diktum Josef Fleckensteins aus dem Jahre 1974¹ bestimmt (15), dass die Reichskirche als Forschungsgegenstand nicht vollständig durchdrungen sei. Das ist ihr Ausgangspunkt für eine systematisierende Darstellung (15–38) des Forschungsstandes zur sogenannten Reichskirche in den vergangenen Jahrzehnten, seit 1954 Leo Santifaller² den Terminus in die Mediävistik eingeführt hat, der seitdem immer wieder rezipiert oder abgelehnt wurde. Aus jener Kontroverse zieht Bode ihren ersten Ansatz. Der zweite bezieht sich auf die Bedeutung von körperlicher und geistlicher Verwandtschaft (39–47) und der dritte auf das »Schreiben von Urkunden« in ottonischer Zeit (47–51).

Wie angedeutet, versucht sie, anhand ihrer Daten eine Auseinandersetzung mit dem Begriff »Reichskirchensystem« für die Zeit Ottos I. und seines Sohnes zu unternehmen. Dass sie dabei manch offene Tür einrennt, ist ihr einerseits bewusst, andererseits hat man angesichts der herangezogenen Literatur den Eindruck, dass sie nicht alle Fäden der doch recht intensiv geführten Debatte um das Systemische an der sogenannten Reichskirche in die Hand genommen hat. Vielmehr gelangt sie zu einer von Josef Fleckenstein abweichenden Bewertung der Hofkapelle (552), deren institutionelle Bedeutung für den Karriereweg eines zukünftigen Bischofs niedriger anzu-

1 JOSEF FLECKENSTEIN, Zum Begriff der ottonisch-salischen Reichskirche, in: Geschichte, Wirtschaft, Gesellschaft. Festschrift für Clemens Bauer, hg. von ERICH HASSINGER, Berlin 1974, 61–71, hier 61.

2 LEO SANTIFALLER, Zur Geschichte des ottonisch-salischen Reichskirchensystems (Österreichische Akademie der Wissenschaften, Phil.-Hist. Klasse, Sitzungsberichte 229, 1. Abhandlung), Wien 1954, ²1964.

setzen sei als die persönlichen Verflechtungen von Klerus, Adel und Königtum. Auf diese Bindung, deren verwandtschaftlichen Charakter als ausschlaggebendes Moment in Frage gestellt wird, habe sich das System der Kirche gestützt, das als »Reichskirche« zu bezeichnen mit Rudolf Schieffer³ kritisch zu sehen ist, auch wenn Bode im Einklang mit dem Forschungsstand dem Episkopat des ostfränkischen Reiches eine Sonderfunktion im Vergleich zum Westreich zubilligt.

Diese Eigenheit des ostfränkisch-deutschen Reiches gegenüber dem westfränkisch-französischen ist einer der Faktoren für den schleichenden Beginn der französischen und deutschen Geschichte aus der Wurzel eines verblassenden Karolingerreiches im 10. Jahrhundert. Völlig unangebracht ist in diesem Zusammenhang der Sprachgebrauch von Florian Mazel, wenn er für die Zeit der ersten Jahrtausendwende vom ostfränkischen Reich (das noch nicht einmal ein »deutsches« war) als dem »Saint Empire«, dem »heiligen Reich«, spricht, und damit in unangemessenem Vorgriff eine Formel aus der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts verwendet.⁴ Wenn in einem Buch zur mittelalterlichen »Erfindung des Raumes« eine Karte mit unzutreffenden politischen Raumbezeichnungen geboten wird, dann wird offensichtlich nicht retrospektiv gearbeitet, sondern man bleibt retroaktiv den nationalgeschichtlichen Denkmustern des 19. und frühen 20. Jahrhunderts verhaftet, auch wenn es sich um einen immer noch »gültigen« Konventionsbegriff der französischen Mediävistik handelt.

Diese Bedenken gegenüber der Einlösung des Buchtitels durch Florian Mazel werden noch verstärkt durch seine geographische Analyse, welche hier nur anhand der 20 beigegebenen Karten illustriert werden soll: Sie beschränken sich mit drei Ausnahmen (Nr. 26: »Die neuen Bistümer im Osten des heiligen Reiches im 10. Jahrhundert«, Nr. 27: »Orientierungspunkte der Diözesangrenzen im Osten des Heiligen Reiches im 10. Jahrhundert« und Nr. 28: »Die Gründung des Bistums Bamberg 1007–1016«) auf französische Beispiele

(Aix, Angers, Apt [Dep. Vaucluse], Arles, Auxerre, Cambremer [Dep. Calvados], Dax und Oloron, Éduens [Autun], Embrun, Évreux, Ivree, Le Mans, Lisieux, Saint-Florent de Saumur [Dep. Maine-et-Loire] Sisteron-Forcalquier, Tours) und solche aus Italien (Arezzo, Orvieto, Sienna, Sovana, Turin). Die christliche Welt zwischen dem 5. und dem 13. Jahrhundert war doch größer – britische, spanische, osteuropäische oder skandinavische Historiker dürften dem offensichtlichen Befund beipflichten, dass der Titel den gebotenen Inhalt absolut verfehlt, ganz zu schweigen von den Mediävisten, die sich seriös mit der Geschichte von Räumen und ihrer Entstehung in der *longue durée* beschäftigen.

Zwar bietet Mazel eine Einführung mit den notwendigen Schlagwörtern: »Rom«, »Territorium« sowie »Quellen und Methoden«. Alle drei Themenfelder sind für die europäische Forschung weder neu noch unbearbeitet, was allein ein kurzer Blick auf die internationale rechtshistorische Forschung der letzten Jahrzehnte belegt hätte, der sich aber in der Bibliographie (467–506) nur bedingt niederschlägt. Schaut man in das Register der benutzten antiken und mittelalterlichen Quellen (517 ff.), findet man die einschlägigen Kapitularien von Herstelle und das »De villis«, das Zwölf-Tafel-Gesetz sowie das Dekret Bischof Burchards von Worms und die Karte »Tabula Peutingeriana« als auf räumliche Ordnungen bezogene Rechtsquellen; es dominieren verständlicherweise erzählende Quellen, wobei das Fehlen von römischen und kirchlichen Rechten verblüfft.

Die Anlage der Hauptteile benennt die zu erwartenden Entwicklungsstufen der Ausbildung bischöflicher Territorien von ihren spätantiken Anfängen bis zur hochmittelalterlichen Blüte, aber die dafür herangezogenen Fallbeispiele und kartographischen Visualisierungen bleiben auf die oben umrissenen Kleindräume (in Bezug auf das angekündigte Thema) beschränkt. Die zu erwartende Makroebene, der »mittelalterliche Raum« kann somit von Florian Mazel kaum ertragreich oder innovativ behandelt werden. Warum erschien ein

3 RUDOLF SCHIEFFER, Der geschichtliche Ort der ottonisch-salischen Reichskirchenpolitik (Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge, Geisteswissenschaften 352), Opladen 1998.

4 PETER MORAW, Art. Heiliges Reich, in: Lexikon des Mittelalters, hg. von

NORBERT ANGERMANN, ROBERT-HENRI BAUTIER und ROBERT AUTY, 9 Bde. und ein Registerband, München 1980–1999, hier Bd. 4 (1989), Sp. 2025–2028, hier Sp. 2027; OTTO HILTBRUNNER, Die Heiligkeit des Kaisers. Zur Geschichte des Begriffs »sacer«, in: Frühmittelalterliche Stu-

dien 2 (1968), 1–30, besonders 8–14 zum *sacer imperium* der Zeit Friedrichs I. und 15 zu *sanctus*.

Titel wie etwa »Die Entstehung bischöflicher Territorien in den Erzdiözesen Aix und Tours zwischen Spätantike und Hochmittelalter« als zu klein?

Auch Tina Bode löst ihre durch den Buchtitel geweckten Erwartungen nur partiell ein. Warum hat nicht »Die Beziehungen Ottos I. und Ottos II. zur Kirchenprovinz Mainz« gereicht? Verdienstvoll genug wäre es allemal gewesen, vor allem, wenn man die beeindruckende Beherrschung des »Materials« im Buch und seinen Anhängen betrachtet.

Auch wenn in beiden besprochenen Arbeiten die anhand regionaler Studien gewonnenen Einzelergebnisse für die mediävistische Forschung zweifelsohne beachtenswert sind, so fragt man sich doch, warum sie mit derart hochtönenden Titeln einherkommen. Im Rennen um immer höhere Ziele, befeuert von stärker werdenden Konkurren-

zen um Fördermittel und Karrierewege scheint ein Aufplustern der Inhalte und Erkenntnisse notwendig zu sein. Es wird aber langfristig ebenso wirkungslos sein, wie die Inflation höchster Prüfungsergebnisse. Wenn titelgebender Anspruch und geleistete Forschung in keinem vertretbaren Zusammenhang mehr stehen, und wenn schließlich nur dröhnendes Erz und lärmende Pauke einzige Kriterien der modernen Forschung bzw. ihrer Förderung zu sein scheinen, herrscht auf lange Sicht Beliebigkeit.

Die Kirchenprovinzen von Mainz, Tours und Aix haben nichtsdestotrotz bereichernde Untersuchungen erfahren, die jedem mit diesen Räumen befassten Forscher wertvolle Grundlagen bieten.



Philipp N. Spahn

Ein zweifelhaftes Geschenk*

Das Pallium des Metropoliten ist ein Band aus weißer Wolle, bestickt mit sechs schwarzen Kreuzen, durch das die Gewalt angezeigt wird, mit welcher der Metropolit, in Gemeinschaft mit der römischen Kirche, in der eigenen Provinz von Rechts wegen ausgestattet wird (vgl. 437 § 1 CIC/83). Als Papst Franziskus am 12. Januar 2015 die Verleihung der Pallien ändern ließ, schlugen ihm geteilte Meinungen entgegen. Anstelle des Papstes kommt nun dem zuständigen Apostolischen Nuntius die Aufgabe zu, dem neu ernannten Metropoliten das Pallium in dessen Heimatdiözese zu verleihen (vgl. *Communicationes* 47 (2015), 110 f.). Für den Aufruhr, den diese Änderung verursacht hat, lassen sich zwei Gründe erkennen: Einerseits

sind das Pallium und die damit verbundenen Zeremonien keineswegs bedeutungslos geworden. Andererseits liegen die gewachsenen Traditionen, Veränderungen und Entwicklungen, denen das Pallium im Laufe seiner Geschichte unterlag, größtenteils im Dunkeln.

Umso erfreulicher ist es, dass die von Robert Somerville betreute Dissertation des amerikanischen Jesuiten Steven A. Schoenig aus dem Jahr 2009,¹ um ein Kapitel ergänzt, nun zum Druck gelangt ist und damit selbst aus dem Dunkel ins Licht tritt. Während im Titel der Arbeit ein Dossier des Verfassers in der Zeitschrift der amerikanischen Jesuiten wieder aufgegriffen wird,² verspricht der Untertitel Erkenntnisse zum Pallium und päpstli-

* STEVEN A. SCHOENIG, *Bonds of Wool. The Pallium and Papal Power in the Middle Ages* (Studies in Medieval and Early Modern Canon Law 15), Washington, D. C.: The Catholic University of America Press 2016, XIII, 545 S., ISBN 978-0-8132-2922-5

1 STEVEN A. SCHOENIG, *The Papacy and the Use and Understanding of the Pallium from the Carolingians to the*

Early Twelfth Century, Diss. phil., Columbia University 2009.

2 STEVEN A. SCHOENIG, *Bonds of Wool. The Pope, the Pallium and the Churches*, in: *America. The National Catholic Weekly* 194,2 (2006) 18 f., auch online, <https://www.americamagazine.org/issue/557/article/bonds-wool> (zuletzt eingesehen am 25.04.2018). In der ursprünglichen

Dissertation beschränkt sich »Bonds of Wool« noch auf die Zeit der Kirchenreform, vgl. SCHOENIG (wie Anm. 1) 398.

cher Macht im Mittelalter. Damit wird die Arbeit unter Wert verkauft, denn der Erkenntnisgewinn erstreckt sich nicht nur auf die Herausbildung des römischen Primats, auch zur Entwicklung der kirchlichen Metropolitanverfassung sowie zu moralischen, liturgischen und religiösen Vorstellungen der lateinischen Kirche des Mittelalters hat der Verfasser Einiges beizusteuern.

Ziel der Arbeit ist es, die Funktion des Palliums bei der Ausübung päpstlicher Macht zu analysieren. Einige Leitfragen (15) geben die Richtung vor: Welche Ziele versuchten die Päpste durch das Pallium zu erreichen? Wie wurde es eingesetzt? Welche Rezeption, welche Konsequenzen folgten daraus? Weshalb war das Pallium für den Papst ein brauchbares Instrument und welche Tücken hielt es bereit? Zuletzt: Wie veränderten sich die Antworten auf die gestellten Fragen im Laufe der Jahrhunderte? Dass ein solches Unterfangen der Beschränkung bedarf, liegt auf der Hand: Weder nicht-römische Pallien früher westlicher Kirchen noch das *omophorion* der Ostkirche sind Gegenstand der Betrachtung, auch wenn letzteres hin und wieder zum Vergleich herangezogen wird (142 f., Anm. 96 u. ö.).

Das Quellencorpus hingegen besitzt keine Beschränkung. Texte jedweder Gattung und in möglichst großer Zahl (16) werden ausgiebig nach erzählt, was sich nicht zuletzt in dem beachtlichen Umfang der Arbeit niederschlägt. Des Öfteren mangelt es an einer fundierten Quellenkritik (z. B. 283 schreibt Wenrich von Trier seinen Brief 1080/81 nur scheinbar an Papst Gregor VII.), die in Verbindung mit Reflexionen über den Wert der verschiedenen Quellengattungen zu weiteren Ergebnissen hätte führen können.

Der zeitliche Rahmen reicht von einschneidenden kirchlichen Reformen zur Zeit des Missionars Bonifatius (741) bis hin zu Henricus de Segusio (Hostiensis, † 1271) und seiner *Lectura* zum *Liber Extra* Gregors IX. Wo nötig, wird auf ältere Grundlagen, besonders Papst Gregor I., zurückgeblickt (16 f.). Der Untersuchungszeitraum ist, gerahmt von Einleitung (1–19) und Zusammenfassung (483–488), in vier Teile gegliedert. Der erste Abschnitt (21–178) konzentriert sich auf die Entwicklung des Palliums von einem deklarativen Zeichen hin zu einer Insignie, die für das Amt ihres Trägers konstitutiv ist (139, 143) (»Weaving the Pattern (741–882)«). Im zweiten Teil (179–273) wird ein drohender Kontrollverlust über das Pallium in der Zeit eines schwachen Papsttums konstatiert, der

ein nicht zu unterschätzendes produktives Potential entfaltete (271 f.) (»A Well-Worn Garment (882–1046)«). Mit der Kirchenreform des 11. und frühen 12. Jahrhunderts (275–396) erreichte das Pallium einen bedeutsamen Höhepunkt (399) und es kam zu intensiven Systematisierungsbestrebungen seitens der Päpste (»The Reformer's Badge (1046–1119)«). Der letzte Teil (397–480) analysiert die Aussagen zum Pallium in den beiden Rezensionen des *Decretum Gratiani* sowie, auf Grundlage der *Quinque Compilationes Antiquae*, im *Liber Extra* Gregors IX. An die beiden Teile schließt sich jeweils ein thematischer Überblick zum Pallium bei ausgewählten Dekretisten und Dekretalisten an (»Epilogue: The Pallium in Classical Medieval Jurisprudence (ca. 1140–ca. 1271)«). Ob es zwischen 1119 und 1140 zu einem Stillstand kam, bleibt indes offen. Wie zu sehen ist, übernimmt der Verfasser weitestgehend die zeitliche Einteilung der gängigen Handbücher, versäumt es aber nicht, eigene Nuancen zu setzen (z. B. im Abschnitt zur Kirchenreform, der nur bis 1119, dem Todesjahr von Papst Gelasius II., reicht, da dieser als päpstlicher Kanzler Form und Inhalt von Pallienverleihungen entscheidend umgestaltet hat (278) und nicht, wie in anderen Darstellungen üblich, bis zum Wormser Konkordat 1122). Abkürzungen (XI–XIII) und Quellenverzeichnis (489–498), eine Auswahlbibliographie (498–516) sowie verschiedene Indices (»Index of Papal Letters« (517–521), »Index of Canonical Works« (522–524), »General Index« (525–545)) erschließen den Band.

Die einzelnen Teile besitzen keinen einheitlichen Aufbau, sondern sind den jeweiligen inhaltlichen Notwendigkeiten angepasst. Somit sind die Kapitel von ganz unterschiedlichem Zuschnitt. Nichtsdestotrotz ist der Aufbau klar strukturiert und am Ende eines jeden Abschnitts findet sich eine konzise Zusammenfassung der Ergebnisse. Einzig das Fehlen des lateinischen Textes in den Anmerkungen erschwert das Studium der Monographie, da die einzelnen Quellen, auf die verwiesen ist, bisweilen weit verstreut publiziert sind. Auch eine konsequente Verwendung von Jahreszahlen hätte eine bessere Orientierung ermöglicht.

Als roter Faden zieht sich der Ansatz, das Pallium als päpstliches Geschenk aufzufassen, durch die Arbeit. Keineswegs handelten die Päpste dabei altruistisch, vielmehr lautete ihre Maxime *do ut des*. Da das Pallium zunächst zur Gewohnheit für bestimmte Bischofssitze und später obligatorische Insignie des Metropoliten wurde, entwickelten

die Päpste immer neue Formen, um ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis aufrechtzuerhalten, z. B. durch Begrenzungen (»Pallientage«, 254–264 u. ö.), Sanktionen (Entzug des Palliums, 348–352 u. ö.) oder ergänzende Privilegien (*naccus*, 251 f. u. ö.). Somit konnten durch das Pallium nicht nur eine konstitutive Funktion für die kirchliche Hierarchie, sondern aufgrund der moralischen Anforderungen auch Normen kirchlicher Disziplin (z. B. zur Simonie) durchgesetzt werden.

Erfreulicherweise geht der Verfasser ständig auftretenden Paradoxien nicht aus dem Weg, sondern stellt sie eigens heraus (155 u. ö.), auch wenn der Leser dadurch hin und wieder fragend zurückbleibt. Damit wird auch deutlich, dass die Entwicklung des Palliums von einem Ringen um bischöfliche und päpstliche Rechte bestimmt war, das zu konkurrierenden Regelungen ebenso wie zu einer Kluft zwischen Theorie und Praxis führen konnte (149). Diesen Differenzen wirkten die verstärkten Systematisierungsbestrebungen seit der Kirchenreform, besonders im Zeitalter der klassischen Kanonistik, entgegen. Da der Wert der einzelnen Quellengattungen nicht analysiert ist, muss allerdings die Frage erlaubt sein, ob nicht schon in der Zeit vor Gratian weit mehr geleistet wurde, als der Verfasser in Aussicht stellt. Denn auch wenn Kanonessammlungen und andere Schriftzeugnisse aus dem sogenannten Investiturstreit größtenteils als eigenständige und voneinander unabhängige Texte betrachtet werden, stellt sich doch die Frage, ob es sich bei letzteren nicht um eine frühe Form kirchlicher Rechtsliteratur handelt. Zumindest im Epilog zeigt sich, dass nicht nur mit den Kanonessammlungen, sondern auch mit einigen dieser frühen Kommentare bei den Dekretisten (z. B.

413, 424) und Dekretalisten (z. B. 460) gearbeitet wurde.

Selbstverständlich schleichen sich in einer so umfangreichen Arbeit Fehler ein, die jedoch nicht mehr sind als Petitesse am Rande. Unschön ist allerdings, dass der Verfasser sich hier und da das Weltbild römischer Feldherren zu eigen macht. Sicher ist, dass Bonifatius nicht in »Deutschland« missionierte (14) und ebenso, dass Heinrich III. 1046 nicht »deutscher König« war (293). Auch strittige Fragen, die bisweilen als bare Münze verkauft werden, wie jene, ob die Synode von Höchst 1024 überhaupt stattgefunden hat (190), hätten eine Anmerkung verdient.

Der große Mehrwert der Studie liegt in der umfassenden Darstellung des Gegenstandes, die vom Kontext isolierte Einzelstudien miteinander verbindet, die Quellen für nachfolgende Untersuchungen erschließt und sie in zugänglicher Form aufbereitet. Flankiert von drei ergänzenden Untersuchungen³ bleibt ein facettenreiches Panorama eines liturgischen Kleidungsstückes, das sich als Überblicksdarstellung und Nachschlagewerk bestens eignet. Nicht zuletzt aufgrund vieler aufgeworfener Fragen wird die Arbeit Ausgangspunkt weiterer Untersuchungen sein. Ob Schoenig mit seiner Einschätzung, das Pallium sei nur noch ein »simple symbol« (488), Recht hat, steht allerdings zur Debatte. Auch wenn es im geltenden Kirchenrecht nicht mehr Voraussetzung zur Ausübung der Jurisdiktionsgewalt des Metropoliten ist, legt die letzte Änderung in der Zeremonie der Pallienverleihung eine substantielle Bedeutung dieses Symbols für die Konstitution der Kirche nahe.



3 STEVEN A. SCHOENIG, Withholding the Pallium as a Tool of the Reform, in: PETER ERDŐ, SZ. ANZELM SZUROMI (eds.), Proceedings of the Thirteenth International Congress of Medieval Canon Law. Esztergom, 3–8 August 2008 (Monumenta Iuris Canonici. Series C: Subsidia 14), Città del Vaticano 2010, 577–588; DERS., The Livery of Loyalty. Innocent II and the

Pallium, in: JOHN DORAN, DAMIAN J. SMITH (eds.), Pope Innocent II (1130–43). The World vs the City (Church, Faith and Culture in the Medieval West), London/New York 2016, 311–325; DERS., The Palliated Suffragan, in: JOSEPH GOERING, STEPHAN DUSIL, ANDREAS THIER (eds.), Proceedings of the Fourteenth International Congress of Medieval

Canon Law. Toronto, 5–11 August 2012 (Monumenta Iuris Canonici. Series C: Subsidia 15), Città del Vaticano 2016, 837–848.

Stefan Killermann

Arbeitslast und Arbeitsleistung päpstlicher Richter an der Schwelle zur Neuzeit*

Der Apostolische Gerichtshof der Rota Romana, vor 1983 als *Sacra Romana Rota* bezeichnet, gilt als ältestes bestehendes Gericht der Welt. Seit es nach 38-jähriger Unterbrechung seiner Tätigkeit 1908 durch Papst Pius X. mit veränderten Zuständigkeiten neu aktiviert worden war, wurde auch seine Geschichte eingehender als je zuvor erforscht. Erst im letzten Jahrzehnt aber erschienen erneut mehrere Publikationen, welche die Ergebnisse von damals auf umfangreicher Basis ergänzen. Jüngstes Werk in dieser Reihe ist die Monografie von Kirsi Salonen, Professorin für mittelalterliche und frühe moderne Geschichte an der Schule für Geschichte, Kultur und Kunststudien der Universität Turku. Die Untersuchung gründet sich auf deren 383-seitige Schrift mit dem finnischen Titel *Kirkollisen oikeudenkäytön päälähteillä*, die 2012 als 221. Band in der Reihe *Suomen kirkkohistoriallisen seuran toimituksia* in Helsinki herauskam, und will durch das Studium bisher unveröffentlichter Quellen aus der Zeit von 1460 bis 1550 die Bedeutung der Rota Romana für die lateinische Kirche neu beurteilen. Zu diesem Zweck wertete die Verfasserin mehr als 27000 im Vatikanischen Geheimarchiv aufbewahrte Akten aus, die sich aus den von ihr als beispielhaft ausgewählten *manualia actorum* der Jahre 1466, 1486, 1506 und 1526 sowie aus den exemplarisch untersuchten Akten des Auditors Johannes de Ceretanis (1471–1492) zusammensetzen. Der in Betracht gezogene Zeitraum fällt in die Blütezeit des einstigen *auditorium sacri palatii*: Am Ende des Spätmittelalters und zu Beginn der Neuzeit stand die Rota auf dem Höhepunkt ihrer Autorität und ihrer Vorbildfunktion für die Rechtsprechung kirchlicher und weltlicher Tribunale des gesamten Abendlandes.

Das Buch ist in zwei Hauptteile gegliedert. Zunächst befasst Salonen sich mit dem päpstlichen Gerichtshof selbst (3–96). Im ersten Kapitel (3–12)

beschreibt sie die von ihr ausgewerteten Quellen, insbesondere die *manualia*, die als eine Art Posteingangsbuch Einblick in die praktische Arbeit der Rota zur damaligen Zeit geben, dazu die *commissiones*, durch die die Anträge vom Papst einzelnen Richtern zugewiesen wurden, sowie die noch erhaltenen *sententiae*, *decisiones* und *registra*, um dann einen umfassenden Überblick über den Stand der Forschung zu bieten. Sie verweist zu Recht darauf, dass sich bisherige Untersuchungen zwar eingehend mit Geschichte, Funktion, Zuständigkeit, Verfahrensordnung und Rechtsprechung der Rota befassten, nicht aber mit deren täglichen Arbeitsabläufen.

Im zweiten Kapitel (14–17) erläutert die Verfasserin die Rolle des Gerichts im Gefüge der Römischen Kurie und des kirchlichen Justizsystems an der Wende zur Neuzeit und gibt daraufhin in Kapitel 3 (18–31) einen auf neuesten Erkenntnissen beruhenden Überblick über die Ursprünge des Dikasteriums und dessen Entwicklung bis zum Vorabend der Reformation. Dabei gelingt es ihr, in manchen Detailfragen beachtenswerte Präzisierungen zu erzielen: So weist sie beispielsweise aus den *manualia* nach, dass die dem Dienstalster entsprechende Einteilung der Auditoren in drei Kammern nicht – wie bisher angenommen – den Zweck hatte, Fälle unterschiedlicher Wichtigkeit und Art zu entscheiden (23). Ausführlich widmet sie sich den für die Gerichtspraxis besonders relevanten Bestimmungen der Apostolischen Konstitutionen des 14. und 15. Jahrhunderts (21–30).

Im vierten Kapitel befasst Salonen sich mit der Organisation und dem Personal der Rota: den Auditoren, die häufig nach Ernennung zum Bischof als *locum tenens* ihr Amt fortführten, den ihnen zugewiesenen Notaren sowie den freiberuflichen Advokaten und den diesen untergeordneten Prokuratoren (von ihr als »Proctors« bezeichnet).

* KIRSI SALONEN, *Papal Justice in the Late Middle Ages. The Sacra Romana Rota (Church, Faith and Culture in the Medieval West)*, London / New York: Routledge 2016, 216 S., ISBN 978-1-4724-8226-6

Einen guten Einblick in die auf dem römischen Recht basierende Prozedur des päpstlichen Gerichtshofes gibt sie daraufhin im fünften Kapitel (42–55). Mangels noch erhaltener Abschriften der für den Prozess wichtigsten Dokumente durch die Notare greift sie auch hier großenteils auf entsprechende Aufzeichnungen in den *manualia* zurück. Voraussetzung für die Verhandlung eines Falles durch die Rota war demzufolge stets die Appellation an den Papst, der entweder selbst oder durch den Vizekanzler (Innozenz VIII. übertrug diese Aufgabe dann 1491 der *signatura iustitiae*) den Namen des betreffenden Auditors auf den eingereichten Schriftsatz schrieb und dem Richter dadurch die entsprechende, ihm auszuhändigende Kommission verlieh.

Im weiteren Verlauf ihrer Ausführungen versucht die Verfasserin dann im sechsten Kapitel (56–81), anhand der *manualia* den wöchentlichen Arbeitsablauf des Gerichts (56 f.) sowie dessen jährliche Aktivität (56–63) zu erhellen. Demnach waren es drei Tage in der Woche, an denen die Auditoren Prozesse zum Abschluss brachten, nämlich in der Regel Montag, Mittwoch und Freitag, wenn nicht wegen der rund 80 regelmäßigen und oft aus unterschiedlichsten Anlässen zusätzlich festgesetzten Feiertage, an denen den Auditoren (nicht aber jedes Mal auch dem gesamten Personal) jede berufliche Tätigkeit untersagt war, auf andere Tage ausgewichen werden musste (63–73). Analog zu anderen kirchlichen Tribunalen begann das Gerichtsjahr der Rota, wie Salonen für die Jahre 1474 bis 1491 genauestens anhand einer Tabelle (60) aufzeigt, stets um den 1. Oktober. Die *manualia* geben oft auch recht kurzweilig darüber Auskunft, wann bestimmte Auditoren krankheitshalber, wetterbedingt oder infolge dienstlicher Verpflichtungen außerhalb Roms an der Ausübung ihres Amtes gehindert waren (75–81).

Anhand eines typischen Verfahrens, des als Beispiel ausgewählten Prozesses des Bremer Klerikers Henricus Meyer zur Erlangung des Pfarrbenefiziums von Mynämäki bei Turku, gibt die Verfasserin im siebten Kapitel (82–96) Einblick in die Prozedur und Tätigkeit der Rota um 1490 und verweist dabei einerseits auf die strikt gesetzeskonforme und effiziente Vorgehensweise des Gerichts, andererseits aber auch auf dessen tatsächliche Machtlosigkeit gegenüber seine Entscheidungen ignorierenden Verfahrensgegnern.

Im zweiten Teil des Buches (97–176) geht es um die Rotaprozesse im späten Mittelalter und am

Vorabend der Reformation. So bietet das achte Kapitel (99–124) einen genauen Überblick über die Art und Zahl der von der Rota behandelten Fälle, freilich auch hier nicht unter Berücksichtigung aller zwischen 1466 und 1526 laufenden Verfahren, sondern nur derer aus den von der Verfasserin ausgewählten *manualia*. Von den 5439 von ihr ausgewerteten Prozessen waren demnach, wie in einer Tabelle (102) übersichtlich gezeigt und im Text durch zahlreiche Beispiele lebendig veranschaulicht wird, 80 % Auseinandersetzungen um Benefizien (114–120), 14 % profane Besitzumsstreitigkeiten – in welchen die Rota 1488 durch die Bulle *Finem litibus* Papst Innozenz' VIII. für das Gebiet des Kirchenstaates Zuständigkeit erlangt hatte – (110–114), 1 % Eheauflösungs- und Ehenichtigkeitsverfahren (106–110) und 5 % andere Angelegenheiten wie Entscheidungen über Jurisdiktionen, Privilegien, Bestattungsrechte oder Strafsachen (120–124).

Das neunte Kapitel (125–154) befasst sich mit der geografischen Herkunft der im Untersuchungszeitraum behandelten Fälle, von denen die meisten aus den Rom am nächsten gelegenen Territorien kamen, nämlich aus Italien (31 %), der Iberischen Halbinsel (28 %), Deutschland (20 %) und Frankreich (18 %), während Osteuropa (2 %), die Britischen Inseln (1 %) und Skandinavien (0 %) kaum ins Gewicht fielen (127). In einer Art Exkurs, der aufschlussreiche Hintergrundinformationen bietet, untersucht die Verfasserin dabei auf Grund entsprechender Konkordate und politischer Entwicklungen die damaligen Beziehungen zwischen dem Heiligen Stuhl und den genannten Gebieten und lässt so verstehen, dass sich die Provenienz der von der Rota untersuchten Fälle von 1486 bis 1526 immer mehr auf Italien (von 26 % auf 40 %) und die Iberische Halbinsel (von 17 % auf 32 %) verschob und der Anteil Frankreichs (von 27 % auf 14 %) und Deutschlands (von 24 % auf 7 %) entsprechend abnahm (134). Speziell von den Eheverfahren kamen 52 % aus Italien (138), von den Besitzumsstreitigkeiten waren es sogar 64 % (141).

Um die Dauer der Rotaprozesse geht es im zehnten Kapitel (155–168). Dort legt Salonen zunächst dar, dass die oft lange Zeit bis zur Entscheidung eines Falles nicht, wie den päpstlichen Richtern immer wieder vorgeworfen wurde, der Rota selbst, sondern den streitenden und den Ausgang des Verfahrens mit allen möglichen Mitteln verzögernden Parteien anzulasten ist. Tatsächlich seien 46 % aller Prozesse, in denen die Rota ein

Urteil fällte, innerhalb eines Monats entschieden worden, 74 % innerhalb eines halben Jahres, und nur 14 % hätten länger als ein Jahr gedauert (159). Wahr sei aber auch, dass es in sieben von zehn Fällen nicht gelang, zu einer Entscheidung zu gelangen (162), was jedoch ebenfalls sehr häufig seinen Grund in der Praxis gehabt habe, zur Entmutigung der Gegenpartei an die Rota zu appellieren, ohne den Fall dann dort weiterzuverfolgen (167).

Denen, die beim päpstlichen Gerichtshof Berufung einlegten, ist das elfte und letzte Kapitel (169–176) gewidmet. Dank des der Verfasserin schon bekannten, in der Veröffentlichung begriffenen *Repertorium Germanicum* X finden dabei Personen aus Deutschland besondere Berücksichtigung, wobei in 73 % der Fälle wenigstens eine der Parteien noch namentlich identifiziert werden kann.

Die Studie wird abgerundet durch die sie zusammenfassenden *General conclusions* (177–182), ein umfangreiches Quellen- und Literaturverzeichnis sowie ein Personen- und Ortsregister. Das Werk, das auf äußerst profunden, erstmals in dieser Materie so umfassenden eigenständigen Nachforschungen beruht, bietet mit Sicherheit den bisher besten und lebendigsten Einblick in die Arbeitsweise und Arbeitsleistung der Rota Romana an der Wende zur Neuzeit. Es ist eine kostbare Fundgrube für alle, die sich für die Geschichte des Rechts, aber auch der Gesellschaft und der Kirche interessieren, und lädt geradezu dazu ein, auch aus dem umfangreichen, noch unbearbeiteten Quellenmaterial zur Rota ähnlich aufschlussreiche Forschungsergebnisse zu erzielen wie Salonen.



José Luis Egío García

La modernidad de Vitoria y su ›internacionalismo‹ a examen: nuevo balance historiográfico y atención a aspectos de sus obras poco conocidos*

Cabe felicitar por la reciente publicación del volumen *At the Origins of Modernity. Francisco de Vitoria and the Discovery of International Law*, editado por los juristas José María Beneyto y Justo Corti Varela, ambos vinculados al Instituto de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo de Madrid. En primer lugar, resulta de por sí encomiable que, en un intento de debatir cara a cara con las escuelas postmodernas que atacan a Vitoria y otros pioneros del derecho internacional en tanto que teorizadores de sus fundamentos coloniales, Beneyto y Corti Varela hayan sumado

esfuerzos junto a una gran nómina de autores internacionales (provenientes de España, Italia, Portugal, Alemania y Colombia) para publicar un volumen en inglés en la prestigiosa editorial Springer que pueda figurar como uno de los grandes hitos en la crítica a las escuelas críticas.

El valor del volumen no se reduce sólo a su valor polémico en tanto que respuesta a grupos como el de *Third World Approaches to International Law* (TWAIL). Beneyto y Corti ofrecen, además, una serie de contribuciones que, aunque de desigual valor, componen en su conjunto un valioso mo-

* JOSÉ MARÍA BENEYTO, JUSTO CORTI VARELA (eds.), *At the Origins of Modernity. Francisco de Vitoria and the Discovery of International Law* (Studies in the History of Law and Justice), Heidelberg: Springer 2017, VI, 217 p., ISBN 978-3-319-62997-1

saico de los diferentes aspectos que han sido estudiados o merecen la pena ser estudiados a la hora de entender la contribución de Vitoria – y otros autores de la llamada Escuela de Salamanca – a la emergencia de un derecho internacional autónomo.

Resulta claro que el tema no es de por sí original, ya que, como es sabido, más allá de la esfera reducida que conforman los especialistas en la historia de la teología, la Escuela de Salamanca debe, precisamente, su fama actual a la consolidación del derecho internacional y su estudio histórico. A ofrecer una perspectiva sistemática de este proceso de emergencia y progresiva consolidación están dedicados específicamente los primeros capítulos del libro, en los que, por una parte, historiadores de la filosofía como Anthony Pagden (autor de una sucinta introducción al volumen) y Franco Todescan enmarcan los desarrollos doctrinales en torno a los conceptos de derecho natural y derecho de gentes realizados por Vitoria y sus discípulos. Esta mirada teórica omniabarcante sobre la Escuela y otros pensadores influenciados por los salmantinos (particularmente bien construida en el capítulo escrito por Todescan, quien se refiere a las afinidades y divergencias existentes entre los planteamientos de los escolásticos hispanos y los de Grocio, Hobbes, Locke, Rousseau y Pufendorf), encuentra su correlato académico en los capítulos escritos por los profesores de Derecho internacional, Yolanda Gamarra y Pablo Zapatero Miguel. De este modo, mientras que Pagden y Todescan se fijan en el aparato conceptual legado por la Escolástica hispánica a los autores que, hasta la fecha, han sido considerados junto a Vitoria como los iniciadores de una tendencia hacia la secularización del derecho natural y de gentes, Gamarra rescata a Barcia Trelles y el resto de académicos españoles que contribuyeron a asentar la historia del derecho internacional prácticamente en la totalidad de los programas de estudios de las Facultades de Derecho españolas. Por su parte, Zapatero se concentra en defender y actualizar esta perspectiva clásica sobre el Derecho internacional y sus pioneros salmantinos frente a los ataques de los críticos postmodernos anglosajones que ven en los razonamientos de Vitoria sobre el *ius gentium* y en el posterior derecho internacional, instrumentos occidentales para la opresión y el despojo de los pueblos colonizados.

Se echa de menos en esta defensa a ultranza de Vitoria por parte de Gamarra y Zapatero una cierta

medida o una voluntad de escapar al »toma y daca« de argumentos opuestos en la que, últimamente, se ha convertido la discusión en torno a la emergencia del derecho internacional. El artículo de Gamarra se refiere, por ejemplo, en forma casi panegírica a la labor de Barcia Trelles y los autores españoles coetáneos que, junto a foráneos como Nys y Brown Scott contribuyeron a hacer de Vitoria uno de los »founding fathers« del derecho internacional. Se pasa por alto, por ejemplo, que reduciendo la obra »americanista« de Vitoria – al modo de Barcia Trelles – a la afirmación de que »fue el primero en reconocer la existencia de una sociedad internacional de estados nación sujetos a una ley internacional objetiva« el historiador incurre en graves anacronismos. Para empezar, el uso acríptico del término estado-nación en el contexto de la Primera Modernidad. De este modo la vindicación de Gamarra hereda las principales inconsistencias que viciaban ya los escritos de Barcia Trelles y sus coetáneos y discípulos. Concediendo, además, un nulo papel explicativo al marco contextual en que Vitoria escribió sus *Relectiones*, a la dimensión teológica de sus escritos o a su propio rol como confesor y orientador de confesores regios y notables, acaba repitiendo el tipo de presentación deformada y anacrónica incapaz de ofrecer resistencia a los ataques del TWAIL y otras escuelas críticas.

En el caso del artículo de Zapatero cabe decir que aunque, en ocasiones, sus críticas son lógicas y acertadas – por ejemplo, su consideración de que la construcción historiográfica y demonización de un supuesto discurso legal occidental al servicio del imperialismo y el mercantilismo no sería, precisamente, más que otro de esos grandes relatos que la Postmodernidad venía, supuestamente, a erradicar –, no se encuentran tampoco argumentos novedosos o conciliadores que permitan adivinar una próxima salida del bucle y círculo vicioso en el que se mueven los vindicadores y vengadores de la Modernidad jurídica. Están por escribirse, por tanto, las páginas clarificadoras que, sin caer en la perspectiva tan despiadada como llena de anacronismos de críticos postmodernos del derecho internacional moderno como Williams, Anghe, Bowden u Obiora, por no mencionar más que a algunos de los autores citados por Zapatero, planteen los problemáticos orígenes del derecho internacional con equidistancia y se atengan a las fuentes jurídicas sin supeditar su interpretación a perspectivas radicalmente alejadas de las que motivaron su escritura. Mientras tanto, seguiremos

padeciendo el uso instrumental de Vitoria por un tipo de historias escritas desde el presente, supeditadas a proyectos políticos y jurídicos que le son ajenos y en las antípodas de su propia realidad epocal y coordinadas ideológicas.

Pese a que Fitzmaurice, en cierto modo, se deja llevar también por las coordenadas sesgadas en las que se han planteado muchos de los debates sobre el pensamiento «internacionalista» de Vitoria,¹ su reconstrucción de la recepción de este pensamiento desde Grocio en adelante resulta, realmente, reveladora y brillante. Fitzmaurice logra mostrar, con mayor equidistancia que Gamarra y Zapatero, el abismo historiográfico abierto entre quienes han visto a Vitoria como un defensor de los derechos de los indios y quienes lo han considerado como el gran apologeta de la conquista. Apoyándose en una extensa bibliografía reconstruye este intenso debate hasta sus últimas postrimerías, representadas por la posición moderada de Koskenniemi y la descarada apología de una Anne Orford que, en oposición al finlandés, naturaliza y avala el anacronismo en la lectura de las fuentes clásicas y su subordinación a los fines de escribir una historia destinada a incidir en el presente. Ante el cinismo postmoderno de Orford quién, con un cierto guiño nietzscheano, ha llegado a considerar el acercamiento contextual a las fuentes históricas de Vitoria y sus coetáneos como una defensa encubierta del status quo del neoliberalismo, Fitzmaurice no puede más que insistir – en línea con Koskenniemi y, en este caso, también en consonancia con Zapatero – que la indiferencia a la verdad que caracteriza los discursos políticos actuales se combate mejor desde un «acercamiento riguroso al contexto que desde una valoración del anacronismo». Con esta afirmación, que sirve como colofón a su repaso historiográfico, Fitzmaurice salva, en realidad, el *ethos* del historiador y la propia dignidad de la disciplina de la historia de las ideas jurídicas como parte de las ciencias humanas. Lo contrario sería volver, en cierta forma, a las coordenadas de esas historias confesionales y patrióticas escritas en clave decimonónica de las que, como reflejan aún los ecos

resonantes en los artículos más apoloéticos y sesgados del mismo volumen que reseñamos, tanto nos ha costado emanciparnos.

Las distintas contribuciones al volumen *At the Origins of Modernity* divergen también en el uso y tratamiento de bibliografía y fuentes. Así, mientras que autores como Fitzmaurice, Zapatero o Gamarra firman contribuciones de carácter netamente historiográfico, Langella, Azevedo o Tellkamp, se concentran no tanto en el debate historiográfico, sino en analizar pormenorizadamente las selecciones indianas de Vitoria o sus comentarios a la *Summa* tomista para explicar el significado y empleo de ciertos conceptos e ideas. Los autores mencionados aportan al volumen una serie de artículos que, sin pretender ser extremadamente originales en sus planteamientos, resultan rigurosos con respecto al manejo de fuentes y a la terminología empleada para referirse a los desarrollos doctrinales de Vitoria en relación al derecho de gentes.

Langella subraya en su contribución la importancia que Vitoria concede a la ley en distintos ámbitos y muestra la manera en la que el maestro salmantino defiende la centralidad de la ley en tanto que: a) instrumento de control de la potestad civil y de prevención del gobierno tiránico, b) garantizadora de la existencia y continuidad de la comunidad política, c) motor para la reforma de una Iglesia que debe volver a tener su centro de gravedad en las leyes eclesiásticas primitivas, el derecho divino y el derecho natural. Para ilustrar el importante rol concedido a la ley por Vitoria, Langella describe en particular su marcada hostilidad hacia las dispensas pontificias concedidas de forma arbitraria, un tipo de acción jurídica al que Vitoria enjuicia con mayor rigor que la mayoría de sus coetáneos. Exige, en concreto, tal y como muestra Langella, que reúnan las mismas condiciones que se piden a toda ley positiva tenida por justa y legítima.

El profesor Azevedo ofrece en el capítulo siguiente una perspectiva general sobre el pensamiento político-jurídico de Vitoria. Con menor

1 Por ejemplo, al titular su artículo «The Problem of Eurocentrism in the Thought of Francisco de Vitoria». En mi opinión, el tema del eurocentrismo resulta anacrónico y está mal planteado para una época y figura que toma al orbe cristiano y a la monar-

quía hispánica como espacios y marcos de referencia. Pese a figurar en las representaciones cartográficas, Europa no es en esta época ningún centro de gravedad ni de adscripción para los pensadores.

rigurosidad que Langella, hace de su supuesta teorización y defensa de las limitaciones a la potestad civil y eclesiástica el elemento unificador de su pensamiento. A tal fin se orientarían, de acuerdo a su interpretación, sus doctrinas sobre el bien común, ley natural y derecho de gentes, resistencia y tiranicidio o diferencia entre las potestades civil y eclesiástica. La concepción del capítulo recuerda mucho a la forma en la que la historiografía protestante decimonónica tendió a presentar a algunos de los grandes juristas y teólogos hugonotes (Hotman, Beza, Duplessis-Mornay, etc.) como autores proto-constitucionalistas. Se trata de un término que el mismo Azevedo llega a emplear para describir las posiciones de Vitoria, pero que, en realidad resultaría anacrónico para este período, como investigaciones recientes de historiadores del pensamiento político como Hugues Daussey o Paul Alexis Mellet han mostrado, oponiéndose tanto a las historiografías confesionales tradicionales como a la pervivencia de su legado en la Escuela de Cambridge. En su afán por acercar a Vitoria a nuestro tiempo, Azevedo sigue, en cambio, de forma un tanto acrítica la interpretación del pensamiento vitoriano ofrecida por Skinner o Brett y repite, por ende, varios de sus errores interpretativos.

Los tres artículos siguientes, firmados por Mantovani, Castilla Urbano y Tellkamp se concentran, por su parte, en diversos aspectos de las ideas vitorianas sobre la guerra justa. El artículo de Mantovani, el más general de los tres, hace un repaso a los diferentes títulos evaluados por Vitoria para considerar las ideas apuntadas en *De indís* y *De iure belli*, de forma muy positiva, como el punto de partida de un enfoque que «hace a los pueblos igualmente protagonistas en las relaciones internacionales». En la interpretación de Mantovani, Vitoria asignaría a la guerra una función normativa en tanto que «restauradora» del «derecho inalienable de movimiento y expresión» (parte esencial del *ius gentium*), cuando éste ha sido violado por pueblos o magistrados. Resulta patente, de nuevo, que en este capítulo los imperativos políticos, económicos y evangelizadores defendidos por Vitoria en sus famosas relecciones vuelven a ser traducidos (y, por ende, deformados) a un lenguaje e ideario que no le son propios. Por otra parte, aunque Mantovani se refiere a una parte significativa del amplio elenco de autores latinos, anglosajones, italianos o franceses que han discutido durante el siglo XX las ideas vitorianas sobre la

guerra, sus claves de interpretación son las de Robert Regout, Ramón Hernández o Luciano Pereña, quienes ya fueron un blanco fácil para la crítica histórico-jurídica por el carácter casi hagiográfico de sus planteamientos.

Mucho más fiel a las coordenadas ideológicas propias de la época, Castilla Urbano enfoca una de las paradojas subyacentes al pensamiento de Vitoria sobre la guerra: el importante, pero problemático rol concedido a los príncipes seculares en tanto que instrumento de salvaguarda del *ius gentium* (papel necesario debido a la ausencia, en este período, de instituciones internacionales capaces de hacer valer este derecho de las naciones). Castilla Urbano clarifica con maestría la forma en la que Vitoria da orientaciones normativas sobre tres fases distintas de la guerra: su preparación y declaración (*ius ad bellum*), su desarrollo (*ius in bello*) y el gobierno de las poblaciones y autoridades vencidas una vez concluida la misma (*ius post bellum*). Mientras que la fase del *ius ad bellum* le parece, en términos generales, plena y coherentemente desarrollada por un Vitoria que «introduce nuevas cláusulas preventivas y comienza a alertar contra una interpretación frívola y parcial» de la casuística tradicional en torno a la guerra justa, entrevé varias grietas en la dimensión prudencial de los razonamientos vitorianos sobre el *ius in bello* y *ius post bellum*. Sería especialmente problemático, para Castilla Urbano, el rol que Vitoria asigna al príncipe como juez imparcial que, actuando como «delegado del mundo», se limita a restituir el orden previo a la guerra y a resarcir las injurias causadas por el enemigo vencido. Para Castilla, Vitoria, tan riguroso y «legalista» en otros ámbitos, plantea en el caso de la guerra una doctrina que se nutre de una «ilusión»: la del «príncipe que se conduce como un verdadero cristiano». En consecuencia «el pensamiento de Vitoria sobre la guerra justa parece seguir un círculo vicioso», al requerir a las partes enfrentadas en la guerra, una «estatura moral» que, caso de ser posible o haberse dado, hubiera permitido evitar la guerra y haría superfluos, por consiguiente, los distintos postulados y garantías evaluados por Vitoria.

El artículo de Tellkamp, que figura a continuación (cabe alabar, en este sentido, el armónico orden en que se suceden las distintas contribuciones del volumen como un mérito suplementario de los editores), está en estrecha relación con el de Castilla Urbano. Mientras que a Castilla le resulta especialmente problemática la fase del *ius post*

bellum, Tellkamp se detiene a analizar la forma en la que Vitoria reflexiona sobre los daños colaterales (víctimas inocentes, destrucción de ciudades, saqueos, ...) que suelen producirse en el desarrollo de las guerras. La regulación del *ius in bello* en el enfoque teológico-jurídico de Vitoria le parece discutible en los siguientes aspectos: puesto que el burgalés parece justificar la muerte accidental de inocentes como consecuencia inevitable de muchas guerras, cabe preguntarse hasta qué punto este tipo de muertes pueden considerarse accidentales y desde que fundamentos éticos resulta posible justificarlas.

Como muestra con gran acierto Tellkamp, en este punto se produce una clara ruptura entre el pensamiento de Tomás de Aquino sobre el acto moral y el de Vitoria. Al contrario de la evolución armónica que describen otros historiadores de las ideas, entre los planteamientos éticos de Vitoria y el Aquinates se daría un desacuerdo manifiesto. Mientras que Aquino se plantea como principio fundamental el de que ningún mal resulta justificable como medio para la obtención de un bien considerado mayor, en sus razonamientos sobre la guerra, Vitoria – abierto a la posibilidad de subordinar los imperativos éticos a exigencias políticas y coyunturales – admite la especulación utilitarista acerca de bienes mayores y menores y la necesidad de un frío cálculo para determinar qué acción beneficiará al mayor número y resultará perjudicial (mortal, en este caso) para la minoría. Como concluye Tellkamp, aunque Vitoria no puede ser clasificado como un «consecuencialista moral», resulta evidente que en su ética política se desmarca del imperativo universal que prohíbe matar al inocente para adentrarse en una serie de razonamientos probabilistas y subordinados al principio de utilidad. Aunque Tellkamp no llega a plantear este asunto, sería interesante ver en qué medida la posición de Vitoria resulta novedosa en la historia del tomismo hispánico y cómo perciben esta cesura los autores dominicos o jesuitas que, sin abandonar el marco conceptual general proporcionado en las obras del Aquinate, van haciendo cada vez más concesiones a los imperativos de la razón de Estado.

Con un uso muy riguroso de las fuentes, tanto Tellkamp como Castilla muestran que, aún a día de hoy, es posible entablar un diálogo filosófico y cara a cara con el maestro Vitoria. Ambos vuelven a replantearse los dilemas de los que se ocupó e intentan ponerse en la piel y contexto del fundador

de la Escuela de Salamanca. Lo más grato es que, manteniendo una gran fidelidad al contexto histórico y marco conceptual barajado por el propio Vitoria, no sólo problematizan y arrojan dudas sobre varios de sus razonamientos (tarea propia de una crítica genuinamente histórico-filosófica), sino que logran también ofrecer alternativas mejor fundadas racionalmente a algunos de los cabos sueltos en las teorías bélicas del fraile dominico y muestran, por otro lado, la actualidad de varios de los dilemas mencionados (tribulaciones y perplejidades eternamente ligadas a la guerra).

En contraste con el cuidado filológico y el apego a las fuentes que distingue a los capítulos arriba mencionados, la contribución al volumen de Johannes Thumfart, una defensa del acceso universal a las tecnologías digitales de la información y la comunicación escrita en clave vitoriana, resulta tan sugestivo como arriesgado y constituye, en cierto modo, un ejemplo del tipo de uso e interpretación instrumental de las fuentes clásicas que Zapatero o Fitzmaurice habían denunciado en sus respectivos capítulos. La propuesta de Thumfart consiste, en concreto, en considerar a las TIC contemporáneas como *res comunes* – en el sentido en que Vitoria las había definido en *De Indis* –, para exigir que el libre uso y acceso a las mismas sea reconocido internacionalmente como un derecho humano. En el razonamiento de Thumfart hay, ciertamente, un eco lejano de algunos de los títulos de guerra justa que Vitoria desarrolla en *De Indis*. Ahora bien, que Vitoria y sus ideas sobre el *ius gentium* resulten cruciales en la defensa de la justa reclamación de Thumfart y en la extrapolación que, a continuación, hace de estas ideas a las ciber-guerras del presente, consideradas justas si se libran en favor del *ius communicationis* de la humanidad en tanto que potencial usuaria de las TIC, resulta dudoso. Da la impresión, más bien, que la invocación de Vitoria como autoridad respecto a esta serie de problemáticas es un tanto forzada. Thumfart es, ciertamente, consciente de ello y argumenta en su defensa – de forma un tanto falaz – que la «pureza histórica absoluta» es un ideal imposible de alcanzar.

Con independencia de que el lector considere o no legítima esta equiparación del derecho a surfear en Internet con el derecho a recorrer mares y tierras y a beneficiarse de los bienes comunes, la aplicación forzada de los razonamientos de Vitoria a ciertas problemáticas presentes lleva a Thumfart a incurrir en varios errores conceptuales. El más

grave es su consideración de que Vitoria habría defendido una concepción del derecho natural desde postulados teológicos no antropocéntricos y objetivistas, y que sería, por tanto, en la naturaleza de las mismas cosas comunes donde radicaría la justificación de que estos espacios y recursos deban ser comunes. El malentendido al respecto puede ser aclarado leyendo con atención otros capítulos del libro, en especial la definición de ley natural que encontramos en el texto de Langella.

El volumen que reseñamos arroja, en definitiva, un balance netamente positivo. Aunque el rigor científico de los trabajos presentados es desigual, el mismo contraste existente entre los enfoques, métodos y fuentes barajados por unos y otros autores, hace que el volumen, como mosaico general, resulte atractivo e interesante y su lectura sea amena e instructiva.



Mario G. Losano

Attualità di Bartolomé de Las Casas: contro l'evangelizzazione »armis et bombardis«*

Il filosofo del diritto Luca Baccelli si propone »di discutere l'importanza e l'originalità del pensiero politico e giuridico di Las Casas, piuttosto che interpretare la sua biografia e approfondire i dettagli del suo impegno pratico in favore degli indigeni americani« (15). La struttura del suo libro si modella quindi secondo questa prospettiva: un primo capitolo riassume i dati essenziali della vita di Las Casas (1484–1566) per fissarne il percorso contrassegnato da varie contraddizioni. Queste ultime trovano espressione anche nel suo pensiero, le cui radici scolastiche vengono scosse dalle constatazioni empiriche sulle vicende indigene. Da cappellano dei *conquistadores* e sostenitore della schiavitù Las Casas diviene così apostolo degli indios e deciso abolizionista.

Il volume sintetizza in sei tappe la radicalizzazione del pensiero di Bartolomé de Las Casas (1484–1566), che giunge diciottenne a Cuba come colono (1502–1514); vive una prima conversione quando si rende conto dello sterminio degli indios e dell'illegittimità dell'*encomienda* (1514–1522); una seconda conversione lo porta a ritirarsi per approfondire i suoi studi, mentre altri viaggi in America lo rafforzano nelle sue convinzioni (1523–1532); tornato in Spagna, cerca di influire sulla

Corte e scrive la sua opera più celebre e più discussa, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* (1540–1547); le sue posizioni sono ormai radicali: per lui le guerre di difesa degli indios sono giuste, mentre le guerre di conquista spagnole sono illegittime (1547–1555); infine, è globalmente negativo sui poteri dell'imperatore e del papa sugli infedeli e sostiene la libertà naturale dei popoli (1555–1566).

Per tutta la vita Las Casas svolse una complessa attività di influenza sulla Corte e, contemporaneamente, di critica alle sue politiche, cosicché le sue opere finirono per essere vietate. A parte pochi scritti come la già citata *Brevísima relación*, solo nel 1989–1999 saranno pubblicati i 14 volumi delle sue *Obras completas*.

Le vicende biografiche si riflettono nel pensiero di Las Casas (e quindi nelle sue opere), alla cui analisi sono dedicati i cinque capitoli successivi. Appena giunto nelle Indie, Las Casas assiste al massacro di Caonao. Il capitolo sulle *Guerre diaboliche dei cristiani* ricostruisce il modo in cui il suo rifiuto del fondamento teologico della guerra giusta lo induce a dichiarare ingiusta la guerra contro gli indios. Qui si richiama a Francisco de Vitoria (1483–1546), che nella *Relectio de indis* dichiara

* LUCA BACCELLI, Bartolomé de Las Casas. La conquista senza fondamento, Milano: Feltrinelli 2016, 279 p., ISBN 978-88-07-10522-7

che gli indios sono »veri domini, sicut christiani« e che quindi con la conquista hanno subito una violazione di un loro *jus*, cioè una *injuria*, il che legittima la loro reazione anche violenta.

Il rapporto tra Las Casas e Vitoria è complesso e, quindi, molto discusso. Gli studiosi dell'Università di Pisa – con il volume di Lorenzo Milazzo, *La teoria dei diritti di Francisco de Vitoria* del 2012 – avevano già affrontato il rapporto tra *jus* e *injuria* in Vitoria. Anche Baccelli sottolinea che, per Las Casas, »gli spagnoli non hanno mai avuto giusta causa di guerra: gli indiani non hanno commesso *injuria* nei loro confronti, né li hanno molestati, sfidati o provocati, né hanno occupato le terre cristiane« (59 s.). Per questa ragione »Las Casas giustifica in più casi, come atti di legittima difesa, le stesse uccisioni di missionari pacifici« (75). Diverso è il caso »dei Turchi« (la battaglia di Lepanto – 1571 – si avvicinava): per Las Casas la reazione è lecita »se gli infedeli con un apparato bellico irrompono nelle nostre province o infestano le nostre coste in massa, come hanno fatto i Turchi con i loro terribili eserciti« (75).

»Il suo percorso è segnato da »conversioni« anche sul piano teorico-politico«, ma secondo Baccelli non si può parlare di »rottture epistemologiche« nel suo pensiero (182): Las Casas vuole infatti realizzare l'evangelizzazione degli indios, ma al tempo stesso salvarli dalla schiavitù e dall'*encomienda*, servaggio imposto dagli evangelizzatori.

Nel capitolo *La più dura servitù*, il rifiuto del fondamento aristotelico della schiavitù lo porta a difendere la libertà naturale di tutti, e quindi anche degli indios. Ai costumi degli indios Las Casas rivolge un'attenzione diretta: questa visione »proto-antropologica« degli indios, buoni selvaggi, è un'*Antropologia comparata*? (così è intitolato il successivo capitolo: e la risposta può essere affermativa). Insieme con il cannibalismo, il tema più controverso nel dibattito sui costumi degli indios è quello dei sacrifici umani, che sarebbero ingiustificabili alla luce del settimo comandamento, mentre »Las Casas sostiene che gli indigeni non erano in condizione di rendersi conto di commettere un atto illecito«, perché anzi ritenevano di »adempiere un sacro dovere nei confronti della divinità« (140 s.). La posizione di Las Casas viene qui confrontata con quelle di Vitoria e di Sepúlveda.

Da questa osservazione diretta – nel capitolo *Popoli, dominio, giurisdizione* – discende l'apologia delle istituzioni degli indios (cioè l'accettazione del

loro autogoverno), che Las Casas cerca di conciliare con la presenza imperiale. Queste pagine mettono in luce i fondamenti anche giuridici degli argomenti di Las Casas a favore degli indios. In questa complessa opera di conciliazione egli deve tener conto delle contrastanti forze in campo, che Baccelli sintetizza nella Corona di Castiglia, negli ambienti di Corte, nei conquistadores, nelle comunità degli indios e nella Chiesa cattolica (182). Alla fine, però, questa ricerca del compromesso porta Las Casas ad essere accusato »di aver messo a repentaglio la legittimazione del re di Castiglia sulle Indie« (175).

Il risultato di queste polemiche fu l'abolizione della schiavitù degli indios, sostituita però da quella dei negri importati dall'Africa: si lascia così la storia spagnola per entrare in quella luso-brasiliana, su cui dà notizie l'opera del 1997 di Rita Eloisa de Almeida, *O Diretório dos Índios. Um projeto de civilização no Brasil do Século XVIII*, che analizza la normativa illuminista voluta dal Marchese di Pombal. Nelle colonie spagnole si affermò la *encomienda*, istituzione – afferma Las Casas – creata per »ripartire gli indiani di questa isola ai cristiani come se fossero vacche o capre« e rivelatasi »mortifera e pestilenziale« (cit. a 102). L'insieme di queste misure portò al disastro demografico degli indios, che il demografo Massimo Livi Bacci ha documentato nel suo studio del 2005, *Conquista. La distruzione degli indios americani*, studio nel quale l'autore più citato è Las Casas.

L'analisi dell'evoluzione del pensiero di Las Casas si conclude con un quesito: *Che fare? Scoperta, conquista, evangelizzazione*. Sui due elementi che caratterizzano questa prima globalizzazione Las Casas assume una posizione netta: l'evangelizzazione è legittima; la conquista, no. Per questa via Baccelli ricollega Las Casas all'odierno universalismo democratico e alla nostra benevolenza verso l'alterità. In particolare, la dedizione totale alla causa degli indios (nei quali Las Casas vede i poveri del Vangelo) lo porta a posizioni di grande apertura teologica, tanto che uno dei fondatori della teologia della liberazione, il peruviano Gustavo Gutiérrez Merino, darà alla sua istituzione a Lima il nome di »Istituto Bartolomé de Las Casas«. »La visione teologica di Gutiérrez, – conclude Baccelli, – è molto vicina a quella di Las Casas e proprio per questo ci offre una prospettiva per interpretarne l'opera, nelle sue straordinarie aperture e negli inevitabili margini di ambivalenza« (52). Attraverso la teologia della liberazione, la visione umana di

Las Casas giunge sino alla nostra quotidianità: il libro di Gutiérrez del 2015, *Iglesia pobre y para los pobres*, si apre con un »prefacio del Papa Francisco«.

Di estrema attualità è anche il dibattito tra Vitoria (che sostiene la possibilità di evangelizzare con la guerra) e Las Casas (che si oppone all'uso della forza nell'evangelizzazione). Che differenza c'è tra l'imporre il Vangelo »armis et bombardis« e l'esportare la democrazia con droni e missili? E come giustificare l'uccisione dei civili tanto nelle guerre dei conquistadores quanto nelle attuali »guerre umanitarie« e nelle operazioni di »peace keeping«? Anche se Baccelli non si richiama a questi eventi fin troppo attuali, gli argomenti dei due teologi, esposti nelle sue pagine, si possono applicare agli odierni interventi in Iraq o in Libia (74–78).

Era tuttavia inevitabile che le idee di Las Casas fossero anche fortemente avversate. Anzitutto, per condannare l'ingiustizia della conquista, egli doveva descriverne anche la crudeltà: questo gli valse l'accusa di contribuire alla »Leyenda negra« alimentata dai nemici della Spagna. Ancora secoli dopo, uno storico come Ramón Menéndez Pidal sosteneva: »Es una mente anómala que los sicólogos habrán de estudiar«.

Le tesi dei *conquistadores* erano sostenute soprattutto dal teologo Juan Ginés de Sepúlveda (1490–1573), che propose »quattro titoli« per giustificare la Conquista e sottomettere gli indios, da lui definiti *homunculi*. Essendo incapaci di governarsi, sosteneva, era giusto che fossero sottomessi ai cristiani (che dovevano cristianizzarli, però senza asservirli); bisognava impedire il cannibalismo,

anche con la forza; bisognava salvare le future vittime dei sacrifici umani; infine, per realizzare il mandato divino dell'evangelizzazione, la guerra era uno strumento adatto.

L'ordine domenicano e la scuola di Salamanca si opponevano a questa visione e, per giungere a un accomodamento, nel 1550 e nel 1551 Carlo V convocò a Valladolid un consiglio di esperti. La »Disputa di Valladolid« dimostrò l'esigenza di rivedere le *Leyes de Indias*, che portò alle *Leyes Nuevas* del 1542 (con le quali si istituiva il »Protector de indios«) e, finalmente, alla *Recopilación de las Leyes de Indias* del 1680, che poneva gli indios sotto la tutela della Corona.

Rispetto alle contrastanti valutazioni su Las Casas, Baccelli evita »beatificazioni e demonizzazioni« e vede in lui l'inizio della critica del colonialismo e dell'imperialismo, attuata ricuperando la nozione di »guerra giusta nella rielaborazione di Vitoria«, ma »rovesciandone il significato«: poiché la conquista spagnola è ingiusta, bisogna riconoscere la »piena legittimità della resistenza indiana, fino alle estreme conseguenze di trucidare gli invasori« (226 s.).

Non possiamo sapere che cosa pensassero gli indios delle buone intenzioni di Las Casas, di Vitoria e di tanti altri, che però non riuscirono a salvarli dallo sterminio. Più che i loro ragionamenti, essi di certo sarebbero portati a condividere il giudizio formulato due secoli dopo da Georg Christoph Lichtenberg: »L'americano che per primo scoprì Colombo fece una brutta scoperta.«



Dante Fedele

Suárez, Grozio e la nascita dello *ius inter gentes**

Apparso presso Springer nel quarto centenario della morte di Francisco Suárez (1548–1617), questo lavoro di Vauthier Borges de Macedo propone un confronto tra i concetti di *ius gentium* elaborati dal gesuita spagnolo e dal giurista olandese Ugo Grozio. Alla base dello studio vi è la tesi, annunciata nel primo capitolo, secondo cui – malgrado vi siano nel *De iure belli ac pacis* soltanto quattro riferimenti espliciti al *De legibus ac Deo legislatore*, e benché i loro autori appartengano a due universi culturali contrapposti (la Spagna cattolica della Seconda scolastica e l'Olanda protestante dell'Umanesimo giuridico) – lo *ius gentium* suáreziano si rivela più simile a quello di Grozio che a quello di Vitoria, considerato solitamente il fondatore della Scolastica spagnola, mentre lo *ius gentium* groziano appare più prossimo a quello di Suárez che a quello di Gentili, il cui *De iure belli* è pure largamente usato dal giurista di Delft. Suárez e Grozio sono infatti i primi a liberare lo *ius gentium* dall'eredità del diritto romano per concepirlo come un diritto umano e positivo applicato ad un ambito «extranazionale» (sebbene non ancora propriamente «internazionale»). Lungi dall'essere fortuita, tale somiglianza dipende per l'autore da una condivisione di preoccupazioni e di fonti impiegate, nonché da un'influenza diretta esercitata dal *De legibus* sul pensiero del giurista olandese. Scopo della ricerca è dunque misurare la portata e i limiti di questa influenza, mettendo in luce al tempo stesso l'eredità scolastica e l'apporto originale presenti nell'opera di Grozio.

Il secondo capitolo prepara il terreno per l'analisi successiva, presentando dapprima una sintesi sulla vecchia questione della «paternità» del diritto internazionale, poi uno schizzo della dottrina medievale sul diritto di guerra, e infine un resoconto dell'evoluzione del concetto di *ius gentium* dalla

Roma antica al Cinquecento che – dopo Cicerone, Gaio e Ulpiano – si concentra su Tommaso d'Aquino, Francisco de Vitoria e Alberico Gentili. Al di là di alcune osservazioni poco condivisibili – ad esempio che *tranquillitas* avesse nel Medioevo una connotazione negativa (23), che Ulpiano fosse «cattivo giurista o cattivo filosofo» (35), o che il *mos italicus* abbia dato luogo alla produzione di «lunghi trattati» su qualunque argomento giuridico (36, ripreso a 102 e 133) –, a proposito di Gentili sarebbe forse stato interessante ricordare che il suo *De iure belli* (1598), pur testimoniando un approccio tradizionale al concetto di *ius gentium*, è il primo trattato dedicato al diritto di guerra tra soggetti politici indipendenti, il che ne fa un punto di svolta verso una concezione dello *ius belli* quale cardine del nascente *ius inter gentium*. Tuttavia, è pur vero che l'impostazione del volume privilegia l'analisi concettuale e si fonda sul presupposto per cui solo quando lo *ius gentium* acquisisce piena autonomia concettuale rispetto allo *ius naturale* è possibile riconoscere l'emergenza della nozione moderna di diritto internazionale (14 e 59).

Nei quattro capitoli successivi, Vauthier Borges de Macedo offre una disamina del pensiero di Suárez e Grozio, condotta in parallelo e strutturata in due tappe successive. In primo luogo è affrontata la nozione di legge che sta alla base della loro filosofia giuridica (cap. 3 e 4), a partire dalla diversa natura dell'approccio usato dai due autori (propriamente «teologico» in un caso, «eclettico» e aperto a varie influenze nell'altro). Si approfondiscono qui una serie di temi di grande rilevanza, quali la dialettica tra volontarismo ed intellettualismo, la nozione di bene comune, la teoria dei diritti soggettivi, la teoria della naturale socialità dell'uomo e la questione dell'«empia ipotesi» relativa all'inesistenza di Dio, per concludere con

* PAULO EMÍLIO VAUTHIER BORGES DE MACEDO, *Catholic and Reformed Traditions in International Law. A Comparison Between the Suarezian and the Grotian Concept of Ius Gentium*, Cham: Springer 2017, 309 p., ISBN 978-3-319-59402-6, ISBN 978-3-319-59403-3 (eBook)

alcune considerazioni sull'unità e l'immutabilità del diritto naturale. Benché l'analisi si concentri sui due autori protagonisti del volume, non mancano opportuni confronti in grado di chiarire il loro pensiero: pensiamo a quello tra Suárez e Tommaso riguardo al concetto di legge, che nel gesuita acquista un più diretto riferimento all'immanenza, oppure a quello tra Grozio, Hobbes e la tradizione stoica in tema di socialità naturale e, più in generale, di antropologia.

In secondo luogo è affrontata la dottrina dello *ius gentium* (cap. 5 e 6). In questo caso l'analisi spazia dal diritto di guerra alla teoria dello Stato, dal diritto di resistenza al contratto sociale, e dalle fonti dello *ius gentium* (questione che consente di aprire una proficua parentesi sul tema della consuetudine in Suárez) alla concezione della «società internazionale». La ricca disamina che ne risulta riesce – specie nel caso di Grozio – ad evidenziare l'evoluzione interna al pensiero dei due autori studiati, rimanendo vicina ai testi. Ciò di cui si avverte la mancanza – in questi capitoli come nei precedenti – è invece un più ravvicinato confronto con la letteratura secondaria che, da prospettive in parte diverse, ha già affrontato varie questioni qui sollevate. Se da un lato tale confronto avrebbe permesso di smorzare alcune affermazioni perentorie (si pensi all'idea per cui l'assenza di un diritto di resistenza in Grozio sarebbe da considerarsi un residuo premoderno (280 e 301), la quale dimentica la ricca produzione teologico-giuridica medievale e premoderna in materia di tirannide e tirannicidio), dall'altro avrebbe senz'altro offerto un contributo non marginale all'analisi, moltiplicando i punti di vista e conferendo alla lettura proposta una maggior profondità. La lacuna riguarda in special modo la bibliografia più recente: benché gli studi di Peter Haggenmacher siano ricordati a più riprese (non così però l'importante lavoro su «Droits subjectifs et système juridique chez Grotius» del 1997), dall'altro vari studiosi che si sono occupati da vicino di problemi analoghi a quelli trattati nel volume non sono mai nominati (citiamo a titolo d'esempio Josef Soder, Franco Todescan, Markus Kremer, Annabel Brett, Merio Scattola, Mark Somos e, per le fonti di Grozio,

Robert Feenstra), mentre altri, come Brian Tierney, sono menzionati in modo del tutto cursorio.

Per quanto riguarda il rapporto tra Suárez e Grozio, Vauthier Borges de Macedo accoglie la tesi di Haggenmacher secondo cui la *nova declaratio* aggiunta al *De iure praedae* (1605), che presenta una suddivisione dello *ius gentium* simile alla distinzione suáreziana tra *ius inter gentes* e *ius intra gentes*, sarebbe stata redatta negli stessi anni dell'opera alla quale fu acclusa, il che escluderebbe un'influenza diretta del *De legibus* (1612) e farebbe pensare a un'elaborazione autonoma. Tale influenza può invece essere riconosciuta a partire dal 1613–1614, prima nella *Defensio* redatta contro William Welwod sulla questione della libertà del mare, e poi nel *De iure belli ac pacis* (1625). La dimostrazione al riguardo appare convincente, salvo forse che per il ruolo attribuito alla consuetudine nel *De iure belli ac pacis* la quale, sulla base di un passo invero poco probante (II.4.5.2), non sarebbe per l'Autore semplice prova dell'esistenza dello *ius gentium*, ma – come in Suárez – assurgerebbe al ruolo di vera e propria fonte di tale diritto (294). Quanto poi allo scarso numero di riferimenti al *De legibus ac Deo legislatore* riscontrati nel *magnum opus* groziano, ciò sarebbe da ascrivere a ragioni di prudenza: Suárez fu infatti coinvolto in una controversia contro l'Anglicanesimo (testimoniata dalla *Defensio fidei catholicae et apostolicae adversus anglicanae sectae errores* del 1613), elaborò una dottrina del regicidio poco gradita a sovrani con cui Grozio intendeva mantenere buoni rapporti (quali Giacomo I e Luigi XIII, dedicatario del *De iure belli ac pacis*) e vide la propria opera bandita sia dall'Inghilterra che dalla Francia (121 e 165).

Il lavoro di Vauthier Borges de Macedo offre un rinnovato impulso allo studio di due personalità centrali nella storia della cultura giuridica occidentale; ci si può augurare che tale impulso non manchi di essere sviluppato negli anni a venire e che il contributo del volume al definitivo superamento della retorica dei «padri fondatori» del diritto internazionale possa essere pienamente raccolto.



Petr Kreuz

Kritische Edition der Pechbücher von Pardubice*

Die vorliegende Publikation enthält eine umfangreiche kritische Edition der Pechbücher, die in der böhmischen patrimonialen bzw. königlichen Kammerstadt Pardubice/Pardubitz in den Jahren 1538–1626 geführt wurden. Sie stellen einen einzigartigen und den bei weitem umfassendsten erhaltenen Komplex der Quellen dieses Typs aus den frühneuzeitlichen böhmischen Ländern dar. »Pech-« oder »Schwarzbücher« ist die häufigste Bezeichnung, man begegnet aber auch anderen Benennungen wie z. B. »Blutbücher« oder »Register der Folteraussagen«. Den Inhalt der erhaltenen Pechbücher aus dem 16. und vom Anfang des 17. Jahrhunderts bilden hauptsächlich Aussagen der verhörten Verbrecher, meistens unter Verwendung der Tortur, und Eintragungen über den Vollzug der auferlegten Strafen. Seit dem 17. Jahrhundert kamen allmählich weitere schriftliche Anmerkungen in Verbindung mit der Durchführung von Strafprozessen hinzu.

Das Pardubitzer Ensemble besteht aus drei Pechbüchern aus den Jahren 1538–1568, 1568–1590 und 1590–1626 sowie zwei Bruchstücken gleichen Inhalts. Der Gesamtumfang beträgt mehr als 600 Blätter und übertrifft damit andere böhmische Pechbücher größeren Umfangs (Kutná Hora / Kuttenberg, Tábor, Mladá Boleslav/Jungbunzlau) um annähernd das Doppelte. Dasselbe gilt für die Anzahl der Eintragungen, in den Pardubitzer Pechbüchern insgesamt 613.

Der emeritierte Bezirksarchivar von Jičín/Gitschin Jindřich Francek (geb. 1943) ist ein ausgewiesener Kenner der Strafjustiz und Kriminalität in den böhmischen Ländern des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit. Im letzten Jahrzehnt besorgte er die Edition von einigen aus Ostböhmen stammenden Pechbüchern. Seine bisher bedeutendste verlegerische Leistung stellt die gelungene kritische Edition des historisch wertvollen Pechbuches der patrimonialen Stadt Chlumec nad Cidlinou/Chlumetz an der Zidlina aus den

Jahren 1562–1671 dar. Obwohl diese Edition eine würdige Krönung seines Werks auf dem Felde des Zugänglichmachens von frühneuzeitlichen Pechbüchern und anderen Quellen zur Geschichte der Kriminaljustiz darstellen würde, legt Francek im Falle der vorliegenden zweibändigen kritischen Edition ein noch wesentlich umfangreicheres und würdigeres Werk vor.

In der Einführung (11–52) gibt der Herausgeber zunächst eine allgemeine Charakteristik der Pech(Schwarz-, Blut-)bücher gemäß dem bisherigen Stand der einheimischen Forschung.

Danach bringt er die historische Entwicklung der Pardubitzer Herrschaft seit der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts bis zum Anfang des 17. Jahrhunderts näher und zeigt die damit zusammenhängenden Wandlungen auf, die die Stellung der Stadt Pardubice betrafen: Die Grundlage der von Pardubice durchgemachten Entwicklung zur sogenannten patrimonialen Residenzstadt im 16. Jahrhundert war in den Jahren 1490–1491 vom damals das Amt des Obersten Hofmeisters des Königreichs Böhmen innehabenden Vilém von Pernštejn gelegt worden und zwar durch Kauf und Zusammenfügung der Herrschaften Pardubice und Kunětická hora / Kuneberg. Noch zu Anfang des 16. Jahrhunderts zählte die patrimoniale Stadt Pardubice nur 69 Häuser und einige Hundert Einwohner. Im Jahre 1560 kaufte König Ferdinand I. das Gebiet von Pardubice den Herren von Pernštejn/Pernstein für seinen Sohn, den späteren Kaiser Maximilian II., ab. Pardubice wurde so königliche Kammerstadt und Zentrum eines Kammergutes.

Schon in der Einleitung zu seinen Ausführungen über das Pardubitzer Gerichtswesen weist Francek auf einen bedeutsamen spezifischen Umstand hin, der sich auch deutlich in den Pechbüchern widerspiegelt: Vom 16.–18. Jahrhundert entwickelten sich in Pardubice das städtische und das patrimoniale Gerichtswesen parallel zueinander. In der Praxis bedeutete dies, dass spätestens seit

* JINDŘICH FRANCEK (Hg.), *Pardubické smolné knihy 1538–1626* [Die Pechbücher von Pardubitz 1538–1626], Band 1–2, Pardubice: Univerzita Pardubice 2016, 994 S., ISBN 978-80-7560-014-1

dem Anfang des 16. Jahrhunderts das Pardubitzer Stadtgericht nicht nur Kriminaljustiz für die Stadt selbst, sondern auch für die gesamte Herrschaft ausübte, wobei sich die Obrigkeit einerseits die Befugnis, in die Verhandlungen des Gerichts einzugreifen, und andererseits die Stellung einer Berufungsinstanz vorbehielt. Das Pardubitzer Gericht, ein aus zwölf Schöffen bestehender Stadtrat, wirkte also gleichzeitig als ein patrimoniales Gerichtstribunal. Im Bereich der Kriminaljustiz funktionierte es ebenso wie andere städtische Kriminalgerichte im damaligen Böhmen und richtete sich (mit Ausnahme der obrigkeitlichen Instruktionen und Privilegien) nach den gleichen (straf-)rechtlichen Vorschriften.

Den abschließenden Teil der Einführung bildet eine ausführliche Beschreibung und Charakteristik der drei edierten Pechbücher und zwei Bruchstücke. Aufmerksamkeit verdient eine von Francek getroffene Feststellung: Während das älteste Pechbuch (aus den Jahren 1538–1560) aus der Hand der Pardubitzer Stadtschreiber herrührt, weisen die beiden anderen einen abweichenden Charakter auf, da die Eintragungen in ihnen von obrigkeitlichen Schreibern gemacht worden sind. Gerade aus diesem Grund werden die Pardubitzer Pechbücher in der archivalischen Praxis als patrimoniale Quelle und nicht als Quelle städtischer Provenienz behandelt.

Die 613 Eintragungen belegen insgesamt 593 Verfahren, in denen 686 Personen verurteilt wurden (davon 561 Männer und 125 Frauen). Die meisten Prozesse vor dem Pardubitzer Gericht wurden in den Jahren 1571 (41) und 1590 (32) geführt, mit durchschnittlich bis zu fünf Fällen pro Jahr. Sieht man von einigen lateinischen Ausdrücken ab, sind die Pechbücher ausschließlich in tschechischer Sprache geschrieben.

Bei den strafrechtlichen Delikten überwiegen Eigentumsdelikte (insbesondere Diebstahl, weiter Raub, Brandstiftung, Wald- und Feldfrevel – zu ca. 55 %). Zahlenmäßig folgen Straftaten gegen Leben und Gesundheit (Mord, Kindsmord / *infanticidium*, Tötung, Verletzung – zu 16 %). In nicht ganz 15 % der registrierten Fälle handelt es sich um Sittendelikte (Unzucht, Ehebruch und Sodomie im Sinne von Geschlechtsverkehr mit Tieren). Die häufigste Form des Vollzugs der Todesstrafe stellten in Pardubice nach Ausweis der Pechbücher Erhängen (118 Personen) und Enthauptung (107 Personen) dar. Andere Arten der Todesstrafe waren Brechen mit dem Rad mit anschließendem Ein-

flechten in das Rad, Ertränken, Verbrennung und Vierteilung. Überraschend ist die Tatsache, dass in Pardubice noch in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts die Strafe der Pfählung zur Anwendung kam. Den Vollzug dieser Strafe registrieren die Pechbücher in ganzen 11 Fällen. Als Ensemble stellen die edierten Pechbücher eine wichtige Quelle zum Studium der Kriminalität in den böhmischen Ländern in der Frühen Neuzeit und auch zur Geschichte Ostböhmens im 16. und 17. Jahrhundert dar.

Auf die eigentliche Textedition (53–661) folgen textkritische und sachliche Bemerkungen (663–727), in denen Francek u. a. alle in den Pechbüchern aufgeführten Angehörigen des Adels und obrigkeitlichen Beamten identifiziert. Einen weiteren Teil der Edition bilden die Regesten der Eintragungen (729–779). Ziemlich viel Raum (779–792) nimmt das Glossar der in der fraglichen Zeit geläufigen Begriffe ein, ein traditionelles Element der editorischen Tätigkeit des Herausgebers. Es folgen eine Übersicht der Quellen und Literatur (793–799) sowie ein Verzeichnis der verwendeten Abkürzungen. Fast ein Fünftel des Gesamtumfangs der Edition wird von den sorgfältig und übersichtlich bearbeiteten Registern eingenommen, dem Personenregister (803–838), dem Register geographischer Namen (841–904) und dem Sachregister (905–992). Ein kurzes, nur eine Seite (993) einnehmendes Redaktionsresümee in englischer Sprache beschließt die Ausgabe.

Der besprochenen Publikation kann man trotz ihres imposanten Umfangs nur ein Minimum an Unzulänglichkeiten oder faktographischen Fehlern zum Vorwurf machen:

Nicht zustimmen kann man Francek, wenn er das Pardubitzer Gericht unter den Pernštejns als einen »privaten regionalen Gerichtshof« bezeichnet. Das tradierte Klischee der tschechischen Forschung zur Geschichte des böhmischen Strafrechts und der Kriminalität stellt dann Franceks Interpretation des Artikels S. XX. der Kodifizierung der Stadtrechte des Königreichs Böhmen aus dem Jahre 1579 dar. Seiner Meinung nach sei dieser die Tortur betreffende Artikel als eine vom Verfasser des genannten Gesetzbuches, Pavel Kristian von Koldín, original formulierte Bestimmung zu betrachten. Der betreffende Artikel ist aber zum wesentlichen Teil eine tschechische Übersetzung von Ulpian's Satz über *res fragilis* aus Buch 48 der Digesten Justinians (D. 48.18.1.23.). Ich halte es auch für nicht sicher, dass Jungen unter 18 Jahren

der Tortur nicht unterzogen werden durften, wie es Francek (29) anführt. Nach meinem Dafürhalten dürfte diese Altersgrenze in Böhmen vor der Schlacht am Weißen Berge eher bei etwa 14 Jahren gelegen haben.

Es ist bedauerlich, dass die Publikation nicht mit einem wesentlich umfangreicheren fremdsprachigen Resümee versehen wurde, das wenigstens eine partielle Rezeption von Franceks bedeutender Edition auch in den Ländern, in denen zumeist *bohemia non leguntur* gilt, erleichtern würde.

Zweifelsohne liegt mit der hier besprochenen Publikation eines der bedeutendsten Ergebnisse vor, mit welchem der Historiker, Archivar und Herausgeber Jindřich Francek nicht nur die Erforschung der Geschichte des frühneuzeitlichen Strafrechts und die historische Kriminalitätsforschung, sondern auch die gesamte tschechische Historiographie zu bereichern wusste.



Petr Kreuz

Die Gerichtsbarkeit der Pentapolitana*

Die vorliegende Monographie ist eine teilweise ergänzte Druckversion der Dissertation von Blanka Szeghy (Szeghyová), die im Jahre 2003 am Historischen Institut der Slowakischen Akademie der Wissenschaften verteidigt wurde.

Objekt des Forschungsinteresses der Autorin sind fünf heute ostslowakische Städte, die im späten Mittelalter und in der Frühen Neuzeit den Regionalstadtverband Pentapolitana im Königreich Ungarn bildeten, d. h. Košice (dt. Kaschau, ungarisch Kassa), Levoča (dt. Leutschau, ung. Lőcse), Bardejov (dt. Bartfeld, ung. Bártfa), Prešov (dt. Eperies oder auch Preschau, ung. Eperjes) und Sabinov (dt. Zeben, ung. Kisszeben). Die Autorin richtet ihren Blick in erster Linie auf die Strafgerichtsbarkeit in diesen Städten im 16. Jahrhundert.

Im umfangreichen ersten Kapitel gibt Szeghy eine detaillierte Übersicht über den bisherigen slowakischen und ausländischen Forschungsstand zur Geschichte des Stadtrechts und der Stadtge-

richtsbarkeit im Gebiet der heutigen Slowakei im späten Mittelalter und in der Frühen Neuzeit. In diesem Zusammenhang ist ausdrücklich die Tatsache zu würdigen, dass die Autorin sich auch in den älteren, überwiegend in ungarischer und deutscher Sprache veröffentlichten Forschungsergebnissen gut orientiert. Besondere Aufmerksamkeit widmet Szeghy den neueren Veröffentlichungen zur Gerichtsbarkeit in den erforschten Städten. Sie liefert außerdem eine Übersicht und Beschreibung der benutzten Quellen und weist damit auf die erhebliche Menge der Quellen einerseits und auf deren Lückenhaftigkeit andererseits hin.

Die Gerichtsverfassung in Ungarn im 15. und 16. Jahrhundert stellt Szeghy ausführlich im zweiten Kapitel dar. Sie charakterisiert die thematisch relevanten zeitgenössischen Rechtsquellen vom Hochmittelalter bis zum Ende des 17. Jahrhunderts.

Im dritten Kapitel behandelt die Autorin die Gerichtsbarkeit in den Pentapolitana-Städten. Sie

* BLANKA SHEGHYOVÁ, *Súdnictvo a súdna prax v mestách Pentapolitany v 16. storočí* [Gerichtsbarkeit und Gerichtspraxis in den Pentapolitana-Städten im 16. Jahrhundert], Bratislava: VEDA Vydavateľstvo Slovenskej akadémie vied 2016, 187 S., ISBN 978-80-224-1499-9

gibt zunächst Einblick in die Tätigkeit der städtischen Selbstverwaltung, ihrer Würdenträger und Angestellten und behandelt danach gründlich die alltägliche Tätigkeit des Stadtgerichts. Ausführlich befasst sie sich mit der Person des Henkers. Dieser war in dem erforschten Zeitalter in den Pentapolitana-Städten in der Regel als bezahlter Bediensteter tätig. Beachtenswert ist die Feststellung, dass der Henker auch in den größeren Pentapolitana-Städten im 16. Jahrhundert keine Selbstverständlichkeit war.

Im vierten Kapitel legt Szeghy eine knappe, doch hinreichende Beschreibung der zwei Gerichtsverfahren vor, mit denen man die strafrechtlichen Fälle vor den Pentapolitana-Stadtgerichten im 16. Jahrhundert verhandelte, d. h. des Akkusations- und Inquisitionsprozesses.

Das fünfte Kapitel bildet (zusammen mit dem folgenden) den inhaltlichen Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit. Unter dem Titel »Klassifikation von Delikten« beschreibt die Autorin eingehend einzelne Typen registrierter Straftaten (strafrechtliche Delikte). Bei der Gliederung dieser Delikte geht sie leider von einer weniger geeigneten Klassifizierung aus, die im Jahre 1984 der tschechische Historiker Jaroslav Pánek erstellt hat. Sie gliedert die Delikte demnach in: 1) Delikte gegen die kirchliche Ideologie; 2) Delikte gegen den Herrscher und den Staat; 3) Delikte gegen die Obrigkeit und die Stadtadministration; 4) Delikte gegen Leben und Gesundheit; 5) Delikte gegen Eigentum; 6) Delikte gegen die Ehre; 7) Sittendelikte.

Als methodisch sehr anregend betrachte ich die Bemühung der Autorin um eine Gliederung der in unstrittigen Fällen festgestellten Delikte und ebenso ihre Aufzählung der am häufigsten auftretenden Ansprüche aufgrund von Klagen in strittigen zivilrechtlichen Fällen. Schade, dass es hier nur bei einem Versuch blieb, ohne tiefere nachfolgende Bearbeitung. Die Delikte in den unstrittigen Fällen werden von Szeghy wie folgt eingeteilt: a) Schädigung der wirtschaftlichen Interessen der Stadt; b) Verstöße gegen die Anordnungen des Stadtgerichts; c) Verstöße gegen das gute christliche Benehmen; d) Liederlichkeit bei der Dienstausbübung. Es handelt sich also (ausgedrückt in gegenwärtiger Terminologie) um Verwaltungsdelikte oder Disziplinarverstöße. Die zivilrechtlichen Streitigkeiten charakterisiert die Autorin als Streite »wegen Eigentums-, materiellen oder finanziellen Schadens«. Konkret werden unter ihnen subsumiert: Geldstreite, Streite um verpfändetes Eigen-

tum, Nichtbezahlung des Entgelts für Arbeit und geleistete Dienste, Nichterfüllung von sich aus dem Vertrag ergebenden Pflichten; Streite um Hinterlassenschaften und um Erbsprüche, Mündel- und Waisenstreite, Streite um Ersetzung des materiellen Schadens, insbesondere des durch Tiere verursachten Schadens an Immobilien.

Es besteht kein Zweifel an dem Ergebnis der Autorin, dass neben den zivilrechtlichen Auseinandersetzungen zwei Gruppen strafrechtlicher Delikte den Hauptgegenstand der im Akkusationsverfahren eingereichten Klagen darstellen, und zwar Schädigung der Gesundheit und Ehrenbeleidigung. Die am häufigsten vorkommende Straftat, die von Szeghy in den untersuchten Quellen im gegebenen Zeitraum festgestellt wird, ist nichtsdestoweniger der Diebstahl, der in mehr als der Hälfte der ermittelten Fälle begegnet. Dieses Delikt wird einer eingehenden Beschreibung und Analyse unterzogen.

Von den Sitten- bzw. Sexualdelikten vermerkt Szeghy in den Städten der Pentapolitana Unzucht, Kuppelei, Ehebruch, Bigamie, Polygamie, Verlassen des Ehegatten/der Ehegattin, Inzest und Vergewaltigung. In den Kontext der heutigen Forschung fügt sich gut ihre Erkenntnis, dass die der Unzucht überführten Delinquenten zumeist mit lebenslanger (ewiger) Verbannung aus der Stadt bestraft wurden, reichere Schuldige konnten sich von einer strengeren Strafe aber durch Bezahlung einer Geldbuße und Legitimierung einer vorehelichen Beziehung freikaufen. Interessant ist die Feststellung, dass in der fraglichen Zeit in den Städten der Pentapolitana offensichtlich bei Vergewaltigung die Todesstrafe nur dann verhängt wurde, wenn das Opfer ein kleines Kind war.

Im sechsten Kapitel bietet die Autorin eine Übersicht und Analyse der auferlegten Strafsanktionen, eingeteilt in: a) Schadensersatz, Bußen und andere Ahndungen; b) Gefängnis; c) Verbannung aus der Stadt; d) physische, entehrende und verstümmelnde Strafen; e) Todesstrafen. Unter die nichtspezifizierten »anderen Ahndungen« reiht die Autorin nicht nur öffentliche Arbeiten, lebenslangen Dienst für die Stadt und Verbot der Ausübung eines Gewerbes in der Stadt ein, sondern auch öffentliche Abberufung einer Ehrenbeleidigung und entehrendes Stehen in der Kirche oder am Pranger auf dem Platze. Die Autorin bestätigt die Richtigkeit der Erkenntnis, dass im 16. Jahrhundert das Stadtgefängnis eher als Ort der Festnahme verschiedener Täter und zur Untersu-

chungshaft diene. Was den Vollzug von Todesstrafen anbelangt, vermerkt die Autorin in den untersuchten Quellen Erhängen, Enthauptung (mit dem Schwert), Ertrinken, Brechen mit dem Rad, Lebendigbegraben und Pfählung. Am häufigsten wurden Todesstrafen durch Enthauptung oder Erhängen vollzogen.

Im siebten Kapitel unternimmt Szeghy den Versuch, die Mentalität der Bürger der untersuchten Städte zu erschließen, je nachdem wie sie sich im Lichte der Gerichtseintragungen darstellt. Sie beschäftigt sich auch mit der Frage der Funktion der Strafe. Aufgrund der untersuchten Fälle bietet sie eine Übersicht der am häufigsten erschwerenden und mildernden Umstände. Letztere stellen ihr zufolge Jugend des Täters, Schwangerschaft, einwandfreier Leumund, höhere soziale Stellung und gute Eigentumsverhältnisse dar. Die erschwerenden Umstände waren vor allem schlechter Ruf und hoher verursachter Schaden.

Nach einem bündigen Schluss, in welchem Szeghy u. a. auf das große Informationspotential der frühneuzeitlichen Quellen von städtischer Gerichtsprovenienz aufmerksam macht, folgt eine englischsprachige Zusammenfassung. Das Verzeichnis der Quellen und Literatur weist neben dem Schriftgut aus den Archiven der fünf untersuchten Städte auch eine beachtliche Anzahl Primärliteratur und Quelleneditionen (etwas 40 Titel) sowie Fachliteratur (mehr als 200 Titel) auf.

Der Veröffentlichung könnte eine gewisse proportionale Unausgewogenheit vorgeworfen werden. Das erste, der bisherigen Forschung zur Rechtsgeschichte und Geschichte der Gerichtsbarkeit im Königreich Ungarn im Mittelalter und in der Frühen Neuzeit gewidmete Kapitel ist zwar dank der Informationen, die es beinhaltet, sehr wertvoll, aber mit Blick auf das zu behandelnde Thema zu breit angelegt. Auch das zweite Kapitel über das Gerichtswesen im Königreich Ungarn im 16. Jahrhundert könnte kürzer sein, wenn es auch sehr übersichtlich und gut bearbeitet ist. Ich glaube, Szeghy könnte den fraglichen Disproporz leicht ausgleichen durch eine Erweiterung des fünften und sechsten Kapitels, die den Schwerpunkt des Werkes bilden. Die Autorin nutzt leider diese sich anbietende Möglichkeit nicht, obwohl sie genügend Quellenmaterial dafür zusammengetragen hat.

Der aufmerksame Leser wird zwar in der vorliegenden Arbeit auf einige kleine Ungenauigkeiten stoßen, aber nur wenige schwerwiegende

Irrtümer und falsche Interpretationen feststellen können.

Eine auch in der slowakischen Historiographie vorkommende Legende ist die Behauptung, dass an Frauen die Todesstrafe durch Erhängen nicht vollzogen wurde (151). Wenn auch die Verfasserin diese Art von Hinrichtung bei Frauen in der in Frage kommenden Zeit bei den untersuchten Gerichten nicht belegen konnte, lässt sich daraus nicht der Schluss ziehen, dass diese Strafe in Mitteleuropa an Frauen nicht angewendet wurde. (Es bleibt nur die Frage, in welchem Umfang es in Ungarn zu ihrer Anwendung kam.)

In fachlicher Hinsicht wenig kompetent sind die Erwägungen der Autorin über die Altersgrenze der Strafverantwortung (Strafmündigkeit) in der Frühen Neuzeit im Allgemeinen (155) sowie ihre allgemeinen Konstatierungen bezüglich der Anwendung und der Prozessrolle der Tortur (154).

Die Behauptung der Autorin, die ungarischen Gerichte hätten sich auf die Halsgerichtsordnung Kaisers Karl V. (*Carolina*) berufen, ist von derartiger Bedeutung, dass sie sich nicht bloß durch Verweis auf die allgemeine Formulierung in einer der Arbeiten des ungarischen Historikers Gábor Klaniczay als richtig erweisen könnte (49). Gerade in diesem Falle würde der Fachleser einen Hinweis auf eine schriftliche Quelle begrüßen, die die damalige Gerichts- bzw. Entscheidungspraxis direkt widerspiegeln würde.

Bei der Abhandlung über Räuberei und Banditismus (slowakisch *zbojníctvo*) wäre es passend (neben obligater Erinnerung an die Theorie Hobsbawms), auf eine neuere westeuropäische Arbeit zu derselben Problematik zu verweisen (U. Danker, W. Seidenspinner, M. Spicker-Beck u. a.).

Hingegen ist es ausdrücklich zu würdigen, wie verständlich und fast fehlerlos Szeghy im nicht umfangreichen vierten Kapitel die Aufgabe der Schilderung über das damalige Prozessrecht bewältigt. Dies ist keine Selbstverständlichkeit in den tschechischen und slowakischen Arbeiten über die Geschichte der frühneuzeitlichen Gerichtsbarkeit.

Trotz obengenannter partieller Einwände und Bemerkungen kann eindeutig behauptet werden, dass die vorliegende Monographie einen bedeutsamen, wertvollen und anregenden Beitrag zur Geschichte der städtischen Gerichtsbarkeit (insbesondere der Strafgerichtsbarkeit) nicht nur im Gebiet der heutigen Slowakei, sondern auch hinsichtlich ganz Mitteleuropas darstellt. Die Feststellungen und Schlussfolgerungen, zu denen die Autorin

kommt, sollten also nicht von deutschen und mitteleuropäischen Rechtshistorikern außer Acht gelassen werden, vornehmlich nicht von denen, die sich mit der Geschichte der frühneuzeitlichen Stadtgerichtsbarkeit (insbesondere ihres strafrecht-

lichen Zweiges) und mit der Geschichte der Kriminalität und verwandten thematischen Bereichen beschäftigen.



Robert von Friedeburg

Reformation und Recht*

Martin Heckels monumentale Kompilation kennt – soweit ich sehe – kein vergleichbares Werk, weder zum Thema noch dem Genre nach. Auf nicht ganz tausend Seiten – rund 170 davon eine inhaltlich strukturierte Literaturübersicht – verhandelt der Autor in großer Quellennähe, beeindruckender analytischer Durchdringung und präziser Diktion die drei großen Sachbereiche, welche der Untertitel nennt: die »Entwicklung der Theologie Luthers«, die »Auswirkung auf das Recht«, die Rahmenbedingungen Reichsreform und Territorialstaatsbildung, und die Auseinandersetzung mit »Rom und den Schwärmern«.

Wie die ausführliche Literaturschau am Ende erkennen lässt, kennt Heckel die ältere und jüngere Forschung genau, hat sie aber nur zum Teil für seine Ausführungen nötig. Im Wesentlichen lässt sich der Band als Vorlesung lesen, in der für den Leser in konziser Diktion Merkmale der behandelten Problembereiche entwickelt (in Normaltype) und dann erläuternde Beispiele beigegeben werden, nicht zuletzt zu einschlägigen Quellen (in kleinerer Type). Die Vorlesung ist in sechs Teile und dann wiederum 21 Abschnitte (Kapitel) gegliedert. Sie beginnt mit einer Reihe wichtiger Prolegomena zur »Rolle des Rechts angesichts der Wahrheitsfrage«, u. a. zur »Ambivalenz der Rechtsentwicklung«, zum »Recht im Kreuzfeuer religiöser Absolutheitsansprüche« und zu Forschungsbegrif-

fen wie »Konfessionalisierung und Säkularisierung«. Es folgen die fünf Teile zu »Eigenart, Rahmenbedingungen und Anfängen der lutherischen Reformation«, zu »Luthers Werdegang und Grundlegung der Reformation«, zu den »Auswirkungen der evangelischen Lehre auf die Entwicklung der kirchlichen Institution«, zur »Klärung und Festigung der Reformation«, zu »Luthers Haltung zu den politischen Kräften und Konflikten seiner Zeit«, und schließlich ein Epilog zu »Nachwirkungen und Vermächtnis«.

Dem Band und Martin Heckel ist allerhöchstes Lob zu zollen. Heckel verfolgt i. W. nicht eine bestimmte These oder Argumentationslinie, sieht man davon ab, dass Recht und Handhabung von Recht sicherlich zu den allerbedeutendsten, aber auch komplexesten Sachbereichen spätmittelalterlicher und frühneuzeitlicher Gesellschaft im lateinischen Westen zählte. Wenn man, wie der Rezensent, davon überzeugt ist, dass die jüngeren Kategorien, welche durch soziologische und anthropologische Einflüsse auf die Geschichtswissenschaft – wie Macht und Ritual – nur mit großem Vorbehalt zum Verständnis der Zeit beitragen, dass aber grundlegende Information beispielsweise zur »scholastischen Rechts- und Rechtfertigungslehre« oder zum »Naturrecht im Ockhamismus« unbedingt notwendig zum Verständnis der Dinge sind, dann liegt hier ein Lehrbuch von unschätzbarem

* MARTIN HECKEL, Martin Luthers Reformation und das Recht: Die Entwicklung der Theologie Luthers und ihre Auswirkung auf das Recht unter den Rahmenbedingungen der Reichsreform und der Territorialstaatsbildung im Kampf mit Rom

und den »Schwärmern« (Jus Ecclesiasticum: Beiträge zum evangelischen Kirchenrecht und zum Staatskirchenrecht 114), Tübingen: Mohr Siebeck 2016, XIV, 988 S., ISBN 978-3-16-154211-4

Wert vor, nicht zuletzt durch die gedankliche und sprachliche Durchdringung komplexer Sachverhalte. Große Teile des Buches sollten von den Studierenden, die sich der Reformation und dem Recht widmen wollen, intensiv durchgearbeitet werden, und dem fortgeschrittenen Leser schadet die Lektüre auch nicht.

An einzelnen, ganz kleinen Stellen, beispielsweise im Hinblick auf die Frage, inwieweit Luthers Naturrechtsauffassung nun richtunggebend für spätere Vorstellungen vom modernen Staat war, mag man noch weiter diskutieren wollen (581 f.): Für zentrale Argumentationslinien des jüngeren Naturrechts bei Pufendorf und Locke würde ich seine langen Linien gelten lassen (und lehne mich dabei schon weit aus dem Fenster), aber zu dem modernen Anstalts- und Sozialstaat des späten 19. Jahrhunderts, zu dem im Register (982) der Bogen geschlagen wird, würde ich nun nicht gleich weiterargumentieren. Auch bleibt es die Frage, ob man für das 15. bis 17. Jahrhundert vom ›Territorialstaat‹ und nicht besser einfach vom ›Fürstentum‹ sprechen sollte. Aber das sind Quisquilien.

Sie ändern nichts an dem grundsätzlichen Glanz dieses Werkes: In einer geschichtswissenschaftlichen Lage, in der weithin Konzentration auf wenige Jahrzehnte oder die Dichotomie von ›Vormoderne‹ und ›Moderne‹ zu dominieren scheint, hat Heckel noch einmal auf der Höhe der weitverzweigten Forschung und mit einer direkten Quellen- und Sachkenntnis, die wohl nicht viele gleichwertige Kenner auf Augenhöhe hat, die mittelalterlichen und neuzeitlichen Zusammenhänge der lutherischen Reformation und der Rechtsentwicklung vorgestellt, auch wo sie in unsere eigene Zeit weisen. Die Rechtsgeschichte erscheint hier, in der umfassenden und informierten Form, in der Heckel sie uns präsentiert, der ›Normalgeschichte‹ in weiten Teilen bei der Fähigkeit, auch große Linien sachgerecht zu beschreiben, als Fach überlegen.

Das Mindeste, was wir tun können, ist dem Buch die Anerkennung zollen, die es verdient, und das heißt, es fleißig und ständig zu gebrauchen.



Wim Decock

Normative Competition and the Early Modern Culture of Ambiguity*

This special issue of one of the leading German historical journals features case studies and a theoretical model to conceptualize multinormativity in the early modern period. The overarching concept that holds the contributions together is that of »normative competition« (*Normenkonkurrenz*), developed by Hillard von Thiesen. It offers a dynamic, interactive, and actor-centered approach to the co-existence of potentially conflicting normative

orders in the early modern period. Von Thiesen draws attention to the manifold ways in which subjects consciously or unconsciously contribute to the shape and operation of norms. He offers an alternative to existing models that try to describe and explain normative change in the early modern period, such as Gerhard Oestreich's model of »social discipline« (*Sozialdisziplinierung*) and Wolfgang Reinhard and Heinz Schilling's model of

* ARNE KARSTEN, HILLARD VON THIESEN (eds.), *Normenkonkurrenz in historischer Perspektive* (Zeitschrift für Historische Forschung, Beihefte, 50), Berlin: Duncker & Humblot 2015, 343 p., ISBN 978-3-428-84635-1

»confessionalization« (*Konfessionalisierung*). In von Thiessen's view, these models are inadequate. They are implicitly indebted to Max Weber's paradigm of the gradual rationalization of Western civilization, and they assume a static opposition between norm-creating authorities and norm-receiving subjects. The models of »social discipline« and »confessionalization« start from the belief that citizens' behavior gradually and homogeneously adapted to the norms laid down by the authorities. Recent historical scholarship has demonstrated that the top-down imposition of norms by state authorities and religious institutions often failed. A gap existed between the norms on the books and the norms in action, to the extent that daily life deviated from norms imposed by central authorities like the state or religious institutions in the first place. Von Thiessen, however, wants to avoid narratives of failure or success. Rather than starting from an antagonistic vision that pits institutional norm-producers against passive norm-receiving subjects, von Thiessen emphasizes the synergistic role played by all actors in the production and implementation of norms.

Drawing on the work of Hans-Georg Soeffner, a sociologist, von Thiessen conceives of individuals in the early modern period as simultaneously participating in three competing normative systems: a religious, a political, and a social normative system. Each in their own way, those systems communicated potentially contradictory behavioral expectations to individuals, who actively managed them. The religious normative system drew on divine revelation and theological wisdom. Religious norms were largely stable, recorded and communicated in different media, like theological treatises, sermons, religious iconography and confession. Increasing concern with the salvation of the soul and the rise of confessional states meant that the religious normative system was dominant in the early modern period. At the same time, the political, or rather »common good-oriented« (*»gemeinwohlorientiert«*), normative system gained importance. It rested on collective decisions for the sake of the common good. Common-good-oriented norms were mostly recorded and valid for different regions, regardless of personal interests and social networks. They fundamentally contributed to the legitimization of the modern state, as long as they did not contradict fundamental religious norms. Most early modern individuals, for example, did not accept Macchiavellian reason of

state. Common-good-oriented norms were also very much connected to social norms, to the extent that the political loyalty of early modern citizens was principally oriented towards the person of the prince rather than the abstract notion of the state. As a result, expectations following from political norms often conflicted with social norms. In von Thiessen's view, the social normative system was closest to the individual. Even if it was less stable and largely unwritten, the social normative system was immediately present and ubiquitous. It included social expectations, such as the consumption of goods according to status, the protection of clients, supporting relatives, and the preservation of class honor.

Normative competition between the religious, political, and social normative systems could lead to conflict or collaboration. Political and religious norms often mutually reinforced each other in communities that considered themselves to be elected by God. Florian Schmitz shows in his contribution on a 1534 corruption trial in Bern that anti-bribery legislation received additional justification on religious grounds by followers of Zwingli. But competing norms could also lead to conflict. Against the background of the rising bureaucratic state, the common good dictated that positions should be distributed according to merit, while the persistence of social norms put pressure on leaders to appoint family members and friends. The growing rejection of corruption in the early modern period is symptomatic of this tension. By the same token, social norms prompted litigants to offer gifts to judges, while the common good and religious authorities rejected those practices as bribery. In practice, individuals managed those competing normative expectations by developing pragmatic solutions that could differ from one situation to another. For example, as Florian Schmitz shows in his contribution on the Bern corruption trial, some of the fiercest anti-corruption advocates wanted the defendants to be sentenced to death so as to show their own loyalty both to the anti-corruption legislation and the Gospel, but they readily accepted bribes from their friends once they were in office.

In what is probably the most interesting part of von Thiessen's theoretical model, he gives an overview of strategies to cope with normative competition, including »organized hypocrisy« (*»organisierte Heuchelei«*), »ambiguity tolerance« (*Ambiguitätstoleranz*), and »normative division of labor«

(*normative Arbeitsteilung*). Those strategies were so ubiquitous at the time that, in this reviewer's opinion, von Thiessen rightly considers them constitutive of early modern normative culture. Following André Krischer's adoption of the term »ambiguity tolerance«, originally developed by psychologists, von Thiessen rightly insists that it is central to understanding early modern normative culture. He cites the example of Giovanni Maria Campani (c. 1589–1656), who authored a treatise on the morality of judging but was incapable himself of refusing bribes. Ultimately, he remained faithful to social norms and face-to-face values, including the acceptance of bribes, regardless of his profound knowledge of the parallel existence of political and religious norms that prohibited bribery. Apparently, Campani accepted that different contexts required different modes of action. As a writer of a deontological treatise, he had to give theoretical priority to religious and political norms, but social norms obliged him to adopt a different attitude in practice. This tolerance of ambiguity was facilitated by a casuistic approach to normativity, turning the early modern period into the golden era of casuistry, as von Thiessen rightly points out. This is obvious from the practice of confession and the hundreds of casuistic moral-theological treatises that were generated both in Catholic and Protestant territories around the globe and that, strangely enough, receive little attention in the work under review – apart from occasional references to authors such as Diego

Láinez and Martín de Azpilcueta in Julia Zunckel's masterful contribution on the normative controversy surrounding the Genovese market for bills of exchange during the pontificate of Gregory XV. For the early modern citizen, the parallel existence of divergent normative systems did not necessarily lead to the kind of perplexity a modern individual would face. In a brilliant contribution explaining the rupture between early modern and modern understandings of normativity, Jens Ivo Engels explains why. Drawing on insights from Zygmunt Bauman and Bruno Latour, he sees the defining characteristic of the modern period in the obsessive and yet futile attempt to induce normative uniformity by excluding casuistic approaches to morality and discrediting normative ambiguity.

To conclude, this special issue offers both major theoretical contributions and skillful case studies on »normative competition« in the early modern period. While jurists and legal historians, in particular, will regret that the contributors have not integrated debates on »legal pluralism« (John Griffiths), »jurisdictional pluralism« (Richard Ross / Lauren Benton), »legal hybridity« (Seán Donlan), or »multinormativity« (Miloš Vec / Thomas Duve) into their analyses, they will appreciate the attempt to offer a comprehensive model for understanding the ambiguous co-existence of social, political and religious norms in the early modern period.



Flavia Tudini

L'arcivescovo Mogrovejo e le riforme previste dal Concilio di Trento: i decreti del III Concilio di Lima (1583)*

Il III Concilio di Lima, celebrato dall'arcivescovo Mogrovejo nel 1583, è considerato uno dei momenti fondanti della Chiesa iberoamericana. Esso permise la ricezione dei dettami tridentini nella provincia ecclesiastica del Perú e segnò l'importante passaggio della Chiesa locale dal periodo della conquista a quello della consolidazione delle istituzioni ecclesiastiche. I suoi decreti non solamente riformarono i comportamenti del clero, ma influirono anche sulla società del vicereame, rimanendo validi fino al Concilio plenario latinoamericano del 1899. A differenza del II Concilio di Lima, celebrato nel 1567 dall'arcivescovo Loayza, i decreti del Concilio del 1583 affrontarono problematiche più ampie, scendendo dettagliatamente nella vita quotidiana dei fedeli e non limitandosi ad enunciati astratti. Inoltre, una seconda e importante differenza rispetto al concilio precedente riguardava le sessioni relative agli *indios* e agli spagnoli, che nel concilio celebrato da Mogrovejo non vennero divise, ma formarono un insieme organico di norme. Il concilio, infatti, oltre all'azione riformatrice, si proponeva anche di promuovere la protezione della popolazione nativa dagli abusi degli spagnoli e di garantire il trattamento che sarebbe dovuto essere loro riservato in quanto «niños» nella fede cristiana, temi sui quali la legislazione conciliare si soffermò nel dettaglio. Al riguardo, tra i capitoli più rilevanti spiccano quelli riferiti alla conoscenza della lingua «general de los indios» (il *quechua* e l'*aymara*) da parte dei sacerdoti e dei religiosi, necessaria per ottenere una più sincera e profonda conversione.

L'importanza del III Concilio di Lima è stata sottolineata dalle tante pubblicazioni sull'argomento, che hanno visto la luce già a partire dal-

l'ultimo decennio del Cinquecento. Il Concilio è stato spesso considerato come uno spartiacque nella vita della chiesa americana. La rilevanza di tale cesura ha spinto numerosi studiosi ad associare la figura dell'arcivescovo Mogrovejo a quella del cardinale Carlo Borromeo, arcivescovo di Milano: già nel corso del Seicento, il secondo arcivescovo di Lima venne definito il «Borromeo de los Andes», per i suoi meriti di riforma e per l'impegno nel governo della provincia ecclesiastica del Perú. Il Concilio e i suoi protagonisti sono stati oggetto di numerose critiche di stampo storico-istituzionale e canonico ed i suoi atti e decreti sono stati pubblicati più volte, a partire dagli anni immediatamente successivi alla chiusura del concilio e fino a tutto il Novecento. Tra le numerose opere si ricordano gli studi della prima metà del Novecento di Roberto Levellier o di Rubén Vargas Ugarte sull'organizzazione istituzionale ed ecclesiastica del Perú. In modo più specifico sul III Concilio di Lima e sulla figura dell'arcivescovo Mogrovejo si rimanda agli studi di García Irigoyen del primo Novecento o agli scritti di Vicente Rodríguez Valencia della metà del secolo; più recentemente, Primitivo Tineo ha condotto uno studio sui Concili provinciali del Perú, analizzando approfonditamente la convocazione, lo svolgimento, i decreti e l'effettiva applicazione del concilio del 1583.

La prima edizione dei decreti conciliari risale al 1590. Poiché tale opera presentava alcune carenze, nel 1591 venne realizzata una seconda edizione – definita «normativa» – il cui testo venne successivamente approvato sia dal *Consejo de Indias* sia dalla Santa Sede. Questa edizione coesisteva con una traduzione spagnola voluta dallo stesso arcivescovo Mogrovejo in occasione degli appelli dei *cabildos*

* LUIS MARTÍNEZ FERRER, JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ, Tercer concilio limense (1583–1591). Edición bilingüe de los decretos, Lima: Facultad de Teología Pontifica y Civil de Lima 2017, 347 p., ISBN 978-9972-620-25-6

ecclesiastici su alcune decisioni conciliari. Questo testo non includeva, però, alcuni dei documenti emanati dal Concilio, ed in particolare quelli di carattere catechetico (come i catechismi, il confessionario ed il sermonario) e quelli disciplinari (come il sommario del II Concilio di Lima del 1567, le istruzioni ai visitatori ecclesiastici e le censure ecclesiastiche). A seguito dell'approvazione regia e di quella pontificia, l'edizione latina del 1591 divenne il riferimento normativo, utilizzato nei diversi fori di giustizia.

Ulteriori edizioni vennero successivamente redatte per scopi specifici legati al al governo dell'arcidiocesi o in occasione del processo di beatificazione e canonizzazione dell'arcivescovo Mogrovejo che si concluse nel 1726. Nel Novecento, poi, nuove edizioni dei decreti conciliari vennero inserite in importanti pubblicazioni di raccolte di documenti relative alla storia istituzionale ed ecclesiastica dell'America spagnola, come ad esempio quella di Roberto Levellier del 1919 o quella di Rubén Vargas Ugarte del 1951. Tra le edizioni più recenti, si rimanda a quelle del padre Enrique Tomas Bartra Serra del 1982 e a quella di Francesco Leonardo Lisi del 1990. Infine, si ricorda che solamente a partire dall'edizione del 1863 di Juan de Tejada y Ramiro le edizioni iniziarono a presentare anche la traduzione in spagnolo dei decreti conciliari.

Questo ricco panorama storiografico – composto da studi sulla figura dell'arcivescovo Mogrovejo, sulla convocazione e svolgimento del III Concilio di Lima e sulle riforme ecclesiastiche del Perù nel XVI secolo – viene ora arricchito dall'importante volume curato da Luis Martínez Ferrer e José Luis Gutiérrez, che propongono un'edizione del testo »normativo« del 1591, elaborata a partire dall'esemplare manoscritto conservato presso la Biblioteca dell'Università di Salamanca. Questo manoscritto è con ogni probabilità la copia dell'originale redatto durante il Concilio, arricchita con le correzioni fatte della Santa Sede in occasione della *recognitio*, che il padre José de Acosta portò con sé da Roma per preparare la successiva edizione. Contiene copia della lettera di José de Acosta al presidente del *Consejo de Indias*, copia di una lettera di risposta del cardinale Carafa a Mogrovejo e diverse testimonianze notarili. Include, infine, i testi dei decreti con a margine le correzioni romane apportate da Acosta. Insieme a questa fonte, i due curatori hanno preso in considerazione anche i documenti conservati presso l'Archivio Segreto

Vaticano, in particolare le annotazioni redatte dalla Congregazione del Concilio.

L'originalità del volume curato da Luis Martínez Ferrer e José Luis Gutiérrez sta nel proporre una nuova edizione dei decreti conciliari a partire da quella »normativa« del 1591, utilizzando quindi il testo dei padri conciliari, a cui vengono aggiunte le modifiche e le annotazioni elaborate durante il doppio processo di approvazione, a Roma e a Madrid. In questo modo si presenta al pubblico un'edizione che vuole essere non solamente filologicamente attendibile, ma anche attenta agli aspetti storico-istituzionali e canonistici del processo di approvazione, solo in parte evidenziati dalle precedenti pubblicazioni. Inoltre, la rigorosa trascrizione dei decreti è corredata da una traduzione spagnola dell'originale latino, elaborata non utilizzando traduzioni coeve o basate su edizioni diverse da quella »normativa«, e che rende quindi la nuova opera profondamente diversa dal lavoro proposto da Lisi negli anni Novanta del Novecento.

Il volume curato da Luis Martínez Ferrer e José Luis Gutiérrez si divide in due parti, una prima di analisi storico-documentale del Concilio del 1583 ed una seconda contenente la trascrizione dell'edizione del 1591, con a fronte la traduzione spagnola. La prima parte, di Luis Martínez Ferrer, si articola in un'introduzione storica e canonica della celebrazione del III Concilio di Lima, con la descrizione delle sue caratteristiche e peculiarità. Successivamente viene illustrata la tradizione manoscritta dei decreti e le diverse edizioni che a partire dal 1590 vennero pubblicate. In particolare Martínez Ferrer analizza nel dettaglio i meriti e i limiti delle precedenti edizioni, in modo da far comprendere al pubblico l'importanza che assume questa nuova pubblicazione nonché la sua scientificità. A conclusione di questa prima parte, un capitolo a cura di José Antonio Benito presenta i profili biografici dei vescovi partecipanti al Concilio, mettendo così in luce le diverse personalità che influirono nell'elaborazione degli atti e la grande partecipazione della gerarchia ecclesiastica, che mai prima di allora – come anche poi nei successivi concili – si manifestò in modo così evidente. Nella seconda parte del libro è presentata l'edizione della fonte vera e propria, corredata da una sua breve introduzione (le trascrizioni sono state curate da Luis Martínez Ferrer, mentre le note esplicative e le traduzioni da José Luis Gutiérrez) e dalla trascrizione delle correzioni apportate dalla Congregazione del Concilio (queste ultime curate da Francesco Russo).

È un volume importante, quello curato da Luis Martínez Ferrer e José Luis Gutiérrez, non solamente per l'approfondimento storico relativo alla convocazione e agli effetti del Concilio del 1583 sull'organizzazione ecclesiastica del Perù. L'aspetto forse più rilevante di questo lavoro è l'attenzione filologica prestata alla trascrizione e alla traduzione dei decreti, che permette agli studiosi di avvicinarsi alle fonti, presentate con una rinnovata chiarezza, con la sicurezza di lavorare sui testi pensati e redatti dai padri conciliari e mondati di quelle interpreta-

zioni aggiunte nei processi di trascrizione, edizione e traduzione che non sempre hanno utilizzato tutte le fonti a disposizione, necessarie invece per un'edizione veramente completa. Pertanto, quello di Luis Martínez Ferrer e José Luis Gutiérrez si rivela essere un utile e ricco strumento per lo studio storico-istituzionale e canonico del III Concilio di Lima e della sua effettiva applicazione in Perù.



Pilar Mejía

Protestantes e Inquisidores en Indias*

Cómo reaccionaba la inquisición española ante la presencia de protestantes en sus colonias americanas es una de las preguntas transversales de la investigación que nos presenta el libro de Joël Graf. A partir de un análisis comparativo de los respectivos procesos inquisitoriales, el autor analiza las lógicas históricas, geográficas, jurídicas y teológicas que estaban a la base de las formas en que los tres tribunales inquisitoriales americanos procesaron a los diversos protestantes entre los siglos XVI y XVIII. Presentado de forma cronológica, el autor va mostrando las diferentes formas de reaccionar de los tribunales, sus prácticas jurídicas y principales debates. Entre ellos, quisiéramos resaltar algunos aspectos fundamentales del libro: a) los mecanismos de inclusión del catolicismo, basados en prácticas de disimulo, reverencia y auto-denuncia; b) las particularidades americanas de los denominados «herejes nacionales»; c) el poco uso de los tratados internacionales en medio de una amplia oferta normativa.

Buscando alejarse del concepto de «tolerancia», por considerar este término como insuficiente para explicar las relaciones entre el catolicismo y el protestantismo en América, Graf propone analizar estos casos en términos de procesos de inclusión,

exclusión y disimulación, lo cual ocurría de forma simultánea en distintos tribunales. Analiza entonces, en el desarrollo de los procesos inquisitoriales, la centralidad de las formas de reconciliación con la Santa Fe Católica por parte de aquellos protestantes procesados: el hecho de que manifestaran su disposición para convertirse, que fueran «disimulados» en sus prácticas religiosas, que reverenciaran las fiestas católicas, que evitaran actos escandalosos y que no propagaran sus propios cultos.

Como formas de inclusión católica dirigidas hacia los protestantes, el autor describe tanto aquellos procesos que se inician a través de prácticas de auto-denuncia, como aquellos que finalizan con reconciliaciones a través de las diferentes figuras de la abjuración y de la absolución (*ad cautelam*), y también aquellos numerosos procesos suspendidos por falta de denunciaciones y testigos. Todos ellos hacían a su vez parte de procesos cada vez más comunes de conversión, dentro de un Imperio español que prohibía la permanencia de extranjeros en las Indias.

La figura del extranjero se presenta entonces como un desafío para la Corona española. Por ello, el libro muestra también como, acompañando a los procesos de conversión, los extranjeros llevaban

* JOËL GRAF, *Die Inquisition und ausländische Protestanten in Spanisch-Amerika (1560–1770). Rechtspraktiken und Rechtsräume*, Köln: Böhlau 2017, 320 p., ISBN 978-3-412-50907-1

a cabo procesos de «naturalización» a través de composiciones o permisos para comerciantes y asentistas de negros; con ello quedaban exentos de represión religiosa, siempre y cuando no practicaran su religión públicamente, ni portaran libros «heréticos», ni cometieran actos «escandalosos». Otros extranjeros, por su parte, podían volverse «vecinos» si demostraban con testigos su pertenencia y el bienestar hecho a la comunidad por largo tiempo.

Así, el resto de «extranjeros» debían ser entonces considerados como «herejes nacionales». Bajo el término «nacional», se entendía que eran «herejes» de nación extranjera, siendo este un criterio teológico para determinar el tipo de «errores» que se practicaban: según su origen, tipo de bautismo, educación, costumbres, formas de conversión, origen religioso de sus padres, nivel de contacto previo con la doctrina católica, si provenían de algún puerto, etc. Todas ellas eran razones para justificar o no su desconocimiento de la fe católica, y de esto dependía su forma de ser procesados y remediados. Así, el libro nos muestra cómo algunos holandeses, ingleses y hanseáticos eran tratados como «herejes nacionales», por mostrar a través de sus historias de vida el poco contacto que tenían con el catolicismo, mientras que los franceses en cambio podían ser procesados con mayor rigor y tratados como «herejes formales», en la medida en que tenían un mayor contacto con la doctrina católica. Sin embargo, es necesario matizar estas tendencias, pues en todo caso aquellos que mostraran voluntad de conversión y sobre todo si ellos mismos se auto-denunciaban, serían tratados como «herejes nacionales espontáneos», que eran «suavemente procesados», y podían quedarse en Indias, civilizarse cristianamente, siguiendo aquí Graf las aportaciones de Tamar Herzog a este tema.

Pero, ¿eran los protestantes procesados de manera diferente por los tribunales inquisitoriales americanos, que por parte de sus homólogos en la península ibérica? El autor responde a esta pregunta, sistematizando los procesos de cada uno de estos tribunales, en Nueva España, Lima y Cartagena de Indias, en cuatro grandes periodos históricos (1560–1604, 1604–1650, 1650–1700 y 1700–1770). Con ello, busca mostrar la importancia de los contextos locales para su juzgamiento a través de una serie de desafíos particulares: los primeros corsarios, los casos reportados desde Filipinas, los desafíos que le presentaban las Antillas caribeñas multiconfesionales al tribunal cartagenero, los pe-

riodos de mayor y menor auge procesal, los permisos a extranjeros durante los asientos de negros y finalmente el incremento en las conversiones durante el reinado de los borbones.

Sin embargo, ante la dificultad de hallar grandes tendencias, el autor presenta pequeños balances para cada periodo destacando los casos de protestantes comerciantes o piratas como reflejo de los principales debates jurídicos, políticos, teológicos y económicos, que se manifiestan a través de la correspondencia entre los inquisidores locales y el Consejo de la Suprema en Madrid. Con ello, el autor muestra una diversa casuística en la que intervienen criterios morales, canónicos y teológicos para el procesamiento de los protestantes, más allá del respeto de las cláusulas de protección religiosa de los acuerdos internacionales o de las acciones diplomáticas, tan recurrentes en Europa. Ello, especialmente, cuando los procesados cometían actos escandalosos, rechazaban el catolicismo, no mostraban la debida reverencia o representaban un peligro para las «plantas nuevas de la fe» americanas.

Ya desde el primer capítulo, el libro nos muestra la organización misma de los tribunales, su forma de proceder y sus fuentes normativas. Asimismo, pone en evidencia el rol central de los tribunales americanos en el control de la llegada de «herejías protestantes» y la protección de poblaciones indígenas. Con ello nos expone una síntesis de las diferentes Instrucciones para inquisidores, manuales para procesar, cartas acordadas y fuentes castellanas; también demuestra la autonomía de los inquisidores, siguiendo sus experiencias y costumbres en otros tribunales. El autor se pregunta entonces si los inquisidores tenían en cuenta las cláusulas de protección religiosa de cada uno de los tratados de paz, acuerdos, cese de armas y negociaciones entre el Rey y las otras potencias. Para ello, hace un recuento de cada uno de los acuerdos (1575, 1597, 1604, 1609, 1648, 1653–1655, 1667–1670, 1713), buscando analizar su utilización o no en los procesos y comunicaciones con la Suprema sobre cada caso en particular. Con un foco en las prácticas jurídicas de los tribunales, el autor encuentra que los principales argumentos utilizados por los inquisidores, en medio de una multiplicidad de fuentes normativas para procesar a los protestantes, era justamente la actitud de éstos hacia el catolicismo, si lo reverenciaban o rechazaban, si cometían actos escandalosos o mantenían sus prácticas en disimulo, si eran «espontáneos», o si bus-

caban su conversión. Por ello, resulta difícil encontrar una posición sistemática sobre el tipo de procesamiento a los protestantes en Indias, sin tener en cuenta el contexto geográfico local y la situación específica del procesado.

Cada una de las preguntas y perspectivas tratadas en la investigación corresponde a las necesidades de la más reciente historiografía sobre la inquisición, la cual está ahora más interesada por emprender estudios comparativos entre los tribunales, alejarse de los balances estadísticos, mirar los periodos con menor número de procesos como reflejo de las tareas de instrucción doctrinal del tribunal, analizar los debates teológicos y no sólo aquellos económicos-políticos, y tener en cuenta los diferentes criterios y fuentes utilizadas por la inquisición más allá de la centralidad de las leyes y cláusulas.

A través de un amplio manejo de las fuentes inquisitoriales, el libro compila de manera ordenada cada uno de los procesos llevados a cabo a

los protestantes en América y aporta elementos a los principales debates de la reciente historiografía. Si bien su forma de presentación cronológica nos permite ver el desarrollo de los procesos entre los siglos XVI y XVIII, esto, sin embargo, nos impide ver hasta cierto punto la centralidad de aspectos fundamentales en torno a las prácticas de inclusión y los fundamentos teológico-morales de aquellos procesos a protestantes que podrían tener un mayor despliegue. De la misma manera, si bien la división de las prácticas en los tribunales según los tres distritos inquisitoriales resulta útil para fines comparativos, consideramos que sus implicaciones en la construcción de los «espacios jurídicos» podría seguir siendo objeto de desarrollos posteriores. Esperamos que los temas transversales, así como las nuevas preguntas y reflexiones que aborda esta valiosa investigación, sean el incentivo para ulteriores trabajos.



José de la Puente Brunke

Protegidos en el Perú*

Desde las perspectivas de la historia del derecho indiano y de la historia social de la administración, el libro que nos ofrece Mauricio Novoa presenta nuevas luces para entender el concepto de la protección de los naturales en la América hispana y para conocer las características de los personajes encargados de tal cometido ante los estrados de la Audiencia de Lima. Igualmente, su lectura es muy útil para analizar las relaciones entre las instancias de poder y los indígenas, al igual que el uso que estos hicieron de los mecanismos judiciales.

Bajo el concepto genérico de protección de los naturales, desarrollaron sus labores los denominados defensores, abogados y protectores fiscales, quienes tuvieron la misión de defender los intere-

ses de la población indígena ante los tribunales. Dicha protección se fundamentaba en el carácter de «miserables en Derecho» que les fue atribuido. Ese concepto provenía del derecho romano, y se refería a las personas que estaban en una situación de desprotección ante los poderosos. La figura del protector de naturales apareció en el Perú desde el tiempo de la conquista. Esa protectoría tuvo un itinerario largo y complejo: estuvo al inicio a cargo de los obispos, y posteriormente pasó a los fiscales de la Audiencia, hasta 1575 – año que señala el inicio del marco cronológico propuesto por este libro –, cuando el virrey Francisco de Toledo dispuso la aparición del defensor general de indios como cabeza del esquema protector, que contem-

* MAURICIO NOVOA, *The Protectors of Indians in the Royal Audience of Lima. History, Careers and Legal Culture, 1575–1775*, Leiden / Boston: Brill Nijhoff 2016, 325 p., ISBN 978-90-04-30516-8

plaba además la existencia de abogados y procuradores de indios y de protectores en cada una de las ciudades de españoles en el virreinato. A mediados del siglo XVII, sin embargo, el defensor general – cuya falta de preparación jurídica fue motivo de debates – fue sustituido por el protector fiscal, como nuevo magistrado integrante de la Audiencia de Lima, vigente hasta aproximadamente cien años después, cuando se definió que los protectores no debían ser ministros del alto tribunal. El libro plantea un muy completo estado de la cuestión en torno a la bibliografía existente sobre este tópico y presenta claramente los aportes originales que se propone ofrecer.

Parte central del libro es el estudio del grupo de hombres que tuvo a su cargo la protección de los indígenas entre 1575 y 1775. Indaga en torno a las trayectorias de dichos personajes y sus características sociales, al igual que con respecto a la cultura jurídica que tuvieron y a su propio desempeño procesal. Debe destacarse el análisis prosopográfico, desarrollado a partir del cotejo de numerosas y variadas fuentes, entre las que destacan las relaciones de servicios y los documentos notariales. Así, se concluye que quienes ejercieron la protección de indios – excepción hecha de los defensores generales – nacieron, en su mayoría, en América, y muchos en la propia ciudad de Lima. Esto resulta interesante, ya que muchos de ellos destacaron su condición de criollos como un argumento adicional para obtener el puesto, a pesar del tenor de normas legales en contrario. Si bien pertenecieron a diversos círculos sociales, lo que esta biografía colectiva demuestra es que muchos de ellos afianzaron o elevaron su status mediante convenientes alianzas matrimoniales y formaron parte de una élite urbana compuesta por la interrelación de descendientes de encomenderos, de comerciantes, de magistrados, de terratenientes y de viejas familias aristocráticas. Las carreras personales de estos individuos son examinadas minuciosamente y a partir de ello se plantea cómo la protección de indios les sirvió para obtener una mayor influencia en el medio y para desarrollar importantes redes sociales. Los defensores generales – que no solían tener preparación jurídica – se caracterizaron por ser usualmente titulares de corregimientos de indios. En cuanto a los abogados y protectores fiscales, que sí tuvieron formación jurídica, varios de ellos ostentaron cátedras universitarias y algunos llegaron a ser oidores de la Audiencia de Lima. Igualmente, en ciertos casos la cercanía a algún

virrey fue decisiva en los nombramientos que recibieron.

En lo relativo a su posición económica, las fuentes llevan a Mauricio Novoa a afirmar que muchos de estos individuos desarrollaron diversos negocios que les permitieron engrosar su patrimonio, frecuentemente gracias a las mismas vinculaciones familiares y sociales que establecieron. La muestra de ello está constituida por las referencias a la cultura material que los rodeaba: las casas y el elegante mobiliario del que gozaron; su vestimenta y objetos de uso personal; o la tenencia de esclavos.

El análisis de la cultura jurídica de estos personajes permite profundizar en las ideas y en las doctrinas manejadas por los juristas de entonces y poner de relieve la importancia de las bibliotecas personales de muchos de ellos, en las cuales tenían especial predominio los libros de derecho castellano, ya que era la principal fuente en lo referido a asuntos de derecho privado, penal y procesal. La importancia que por entonces tenían las bibliotecas de juristas y magistrados se pone en evidencia en dos de los apéndices de esta obra, que transcriben en detalle las listas de libros que poseyeron dos de los juristas estudiados: Cipriano de Medina en el siglo XVII y García José Lasso de la Vega en la centuria siguiente.

En cuanto a la litigación, se concluye que los protectores fueron bastante exitosos en su defensa de los intereses indígenas – sobre todo en casos referidos a disputas de tierras y a sucesiones en cacicazgos –, y que incluso desarrollaron estrategias jurídicas que, en ciertas ocasiones, se convirtieron en doctrina definidora del status indígena. Estamos ante una importante contribución al análisis de la litigación indígena en el Perú virreinal, que se suma a los recientes aportes de otros jóvenes investigadores, como Renzo Honores o José Carlos de la Puente. Destaca Mauricio Novoa la habilidad de los protectores como litigantes, a pesar de que supuestamente debieron prevenir que los indígenas se involucraran en litigios, por el riesgo de que salieran perjudicados.

En definitiva, este libro constituye una notable contribución al mayor conocimiento de un sector importante de agentes de la administración. La biografía colectiva que el libro presenta se sustenta en una acuciosa investigación, como lo demuestran los cuadros y los apéndices, y en particular el constituido por las notas biográficas de los personajes estudiados. Al leerlo en el Perú de nuestros días, es inevitable pensar en la crisis que padece la

administración de justicia, y en las dificultades que presenta hoy en día la defensa de los derechos de los ciudadanos, lo cual es más grave aun en el caso de las poblaciones rurales y andinas. No por casualidad, Mauricio Novoa concluye su estudio recordando que en la segunda mitad del siglo XIX hubo quien planteó el restablecimiento de los protectores de indios, ante la evidencia de que el triunfo, con la Independencia, de los ideales liberales y

democráticos, no había supuesto una mejora en las condiciones de vida de las poblaciones menos favorecidas. Además de ser un brillante estudio de un crucial aspecto de nuestra historia jurídica y social, este libro nos compele a reflexionar en torno a la importancia clave de una reforma de la justicia si queremos afrontar el futuro exitosamente.



David Rex Galindo

Love as a Crime and a Sin: Sodomy, Power, and Identity in Colonial Peru in the 16th–17th Centuries*

It was seventeen years ago when the first same-sex marriage was celebrated in a civil ceremony in Amsterdam, right after the Dutch Parliament passed legislation that legalized same-sex marriages. Since then, same-sex marriage has become legal in over two dozen countries worldwide. Last year, the German *Bundestag* added Germany to the growing list of countries where same-sex couples can obtain a legal marriage license. The past decades have indeed witnessed social mobilizations around the globe for LGBTI+¹ rights. Whether through legislation, court rulings, or popular referenda, 25 countries grant full juridical marital recognitions only recently enjoyed by opposite-sex partners to all citizens, regardless of their gender and sexual preferences. However, this legal evolution has been uneven. Currently, in many countries, LGBTI+ relations not only contravene moral codes but are still punishable crimes with varying amounts of prison time, fines, and in a few cases, with the death penalty.²

Beyond the juridical sphere, LGBTI+ people face widespread prejudice, abuse, and marginalization in their daily lives. In most cases, moral, religious, and juridical prosecution and discrimination force people with different sexual and gender orientations to live hidden lives within their societies. This invisibility particularly materializes in the archives, the bread and butter for historical research. Only recently have scholars began digging for historical records to show the historicities behind sexual behaviors and transgressions; the historical roots of moral, religious, and juridical discrimination against sexual and gender minorities; and the daily lives of those pushed into the «closet». For the early modern period, scholars have found juridical cases as well as legal and theological treatises; sources that offer invaluable insights into the intimate world of early modern subjects and the construction of sexual subjectivities. Because of its transgressive nature both then and now, the historicity of legal, popular, and

* FERNANDA MOLINA, Cuando amar era pecado. Sexualidad, poder e identidad entre los sodomitas coloniales (Virreinato del Perú, siglos XVI–XVII), IFEA; Plural Editores 2017, 179 p., ISBN 978-99954-1-742-0

1 Inclusive acronym that stands for Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender,

Transsexual, Intersexed and other forms of sexual and gender identities beyond the male and female binaries.

2 MARÍA R. SAHUQUILLO, YOLANDA CLEMENTE, «El avance de los derechos LGTBI se estanca», El País, June 29, 2018 <https://elpais.com/internacional/2018/06/28/actualidad/15301916>

80_934093.html (accessed July 8, 2018); and ALISON SMALE and DAVID SHIMER, «German Parliament Approves Same-Sex Marriage», New York Times, June 30, 2017 <https://www.nytimes.com/2017/06/30/world/europe/germany-gay-marriage.html> (accessed July 8, 2018).

religious prejudice against sexual diversities becomes handy to study our contemporary times. Indubitably, much of the early historical research on LGBT+ communities has taken a double scholarly and activist approach.³

Fernanda Molina's path-breaking *Cuando amar era pecado* contributes to such trends that seek to deepen our understanding of the historicities and complexities of sexual and gender subjectivities, with a focus on male same-sex relations in viceregal Peru in the 16th and 17th centuries. This is hence an important scholarly addition to the study of the history of discrimination against queer people in Latin America. *Cuando amar era pecado* is a thoughtful and mature revision of a doctoral thesis the author defended in 2010 at the University of Buenos Aires in Argentina. It is a stimulating book, which uses a well-written narrative to address her topic in all of its historical and historiographical complexities. Beyond anachronistic and essentialist approaches, Molina demonstrates that sexual practices are historically and socially conditioned, and that they are deeply connected to politics, religion, the institutions, and society. She chose sodomy as the polysemic term that best describe the sexual phenomena of her study, though Molina focuses on male-to-male relations. Overall, this is thus an important addition to the study of masculinity and male same-sex sexual practices within colonial studies. It should further appeal to legal historians. Molina's deep knowledge of early modern Spanish legal culture and her thoughtful analysis of court cases and the intricacies behind the colonial juridical system as it pertained to sodomy makes *Cuando amar era pecado* an important legal historiographical contribution.

Molina has arranged her book thematically. In the first chapter, titled »Sodomía«, Molina delineates the colonial legal framework that stems from medieval Castilian legal culture (particularly the *Siete Partidas* and the *Leyes de Toro*) and medieval theological scholasticism (mainly Thomas Aquinas) to pinpoint the intertwined sinful and criminal nature of sodomitical male-to-male practices in colonial Peru. Because of its criminal nature in the period under study, Molina reminds readers

that those convicted of sodomy faced capital punishment, e.g. burning at the stake. A second chapter, »Justicia«, fleshes out the multifaceted juridical culture that regulated the administration of justice in the early modern Hispanic world. Molina points out that a multi-normative system or »juridical pluralism« (»pluralismo jurídico«, 54) of competing legal practices and normativities in both ecclesiastical and civil courts placed sodomy cases under three different jurisdictions: ecclesiastical courts, criminal civil courts, and the Inquisition. Surprisingly, Molina shows that such multinormativity hampered rather than fostered the prosecution of sodomy in colonial Peru. For instance, cases of sodomy within the Catholic Church either disappeared or were destroyed to prevent civil procedures against their cohort and the consequent unwanted publicity and social stigmatization; this is of critical importance in the cases of sodomy due to the scandal that it elicited in *ancien régime* societies and the harsh punishments it entailed. Hence, sodomy is perhaps an illustrative window to show how socio-economic, religious, corporative, and ethnic privileges prevailed in the administration of justice. Overall, Molina proves what other scholars have already pointed out for other juridical scenarios: that the administration of justice rested on the existence of privileges and the juridical casuistry of judges.

Based on juridical cases from archival repositories, legal historians might also find much value in the following chapter titled »Poder« or »Power«. Even if power is a good analytical tool to delve into sexual relations in general and within sodomitical practices in colonial society in particular, Molina suggests being cautious when assigning sexual roles based on power relations. It is true that manifestations of sexual coercion appear in situations of hierarchical, socioeconomic, racial, age, and labor submissions – even more so in exclusively male environments of enclosure such as religious convents and ships. Yet when studying sodomy (and sexual relations in general), the author further seeks out eroticism, desire, affection and pleasure, and the alteration the socio-economic and ethnic roles as features to comprehend

3 For instance, George Chauncey, a professor of History at the University of Columbia is an illustrative example of these two focuses. See his *Why Marriage? The History Shaping Today's*

Debate over Gay Equality (New York: Basic Books, 2004), and his Columbia website: <https://history.columbia.edu/faculty/chauncey-george/> (accessed July 8, 2018).

sexual relations and the daily lives of colonial men. Obvious inequality need not solely reflect the active-passive or penetrated-penetrator roles in sexual intercourse as mirrors of submission. In some cases, »[f]ar from what might be expected, it is not the master who commanded and subordinated the will of his dependent but, in defiance of the hierarchies and the social order itself, it was the servant who seemed to take the lead in the relationship.«⁴ Consent, Molina asserts, becomes an important variable to look at.

The few Inquisitorial cases are the backbone of the fourth chapter, »Religión«, which showcases how the Peruvian Holy Office prosecuted sodomites for heretical manifestations as well as for moral transgressions. Her last chapter, »Identidad«, turns to the sexual subject from an empirical, historical perspective that pursues an approach without limitations to sexual diversities instead of rigid and, in some cases, anachronistic terminologies and models. Sodomy was more than a juridical and theological category, Molina convincingly asserts: archival sources expose the complexities and pluralities of being a sodomite in 16th and 17th-century Peru. Because sodomy not only related to sexual intercourse but also to affections, emotions, desires, pleasure, and eroticism, sodomy varied as much as those individuals involved. In this vein, the author further speculates that like in other parts of the Ibero-American worlds, sodomites in colonial Peru might have also enjoyed social networks and spaces to construct a sort of »sodomite solidarity« (160).

Molina's research rests substantially on a solid examination of archival sources of civil, ecclesiastical, and inquisitorial cases from national and local archives in Spain, Peru, and Bolivia. A corpus of around 50 juridical cases (mostly criminal but also a dozen inquisitorial cases) comprise the backbone of her study. The lack of archival evidence

stems from the juridical process that involved sodomy – various juridical layers overlapped in addressing the »nefarious sin« in the early modern Hispanic world, which hampered the proper functioning of the juridical system and caused the loss and destruction of legal proceedings. As Molina carefully shows, juridical juxtaposition in the administration of justice further resulted in jurisdictional struggles over privileges among local interests and corporativism that obstructed justice. Supplementing the meagerness of the empirical legal archives, she masterfully weaves together a vast array of juridical and theological treatises, legislation, dictionaries, chronicles, and pastoral literature to construct a view (even if fragmentary in some cases) into the daily lives and feelings of colonial men. Although it would not change Molina's conclusions, and notwithstanding possible editorial delays in publishing the book, an updated bibliography beyond 2011 might have offered readers the most recent scholarship on the ever-growing field of gender and sexuality in Latin America.

This is a long-awaited book and a much-needed study of same-sex sexual relations in the viceroyalty of Peru during the first centuries of Spanish colonialism. The author has done a superb job of exploiting juridical sources and gender, juridical, and social methodologies to offer a vivid insight into colonial same-sex relations. The book is exquisitely written, full of detail, and nicely presented. Molina's book is an important addition to the study of »Derecho Indiano« or Spanish colonial law from the viewpoint of colonial transgressions, gender studies, the history of sexuality, and social studies. *Cuando amar era pecado* will further appeal to students and scholars of colonial Latin America.



4 »Lejos de lo que podría esperarse, no es el amo el que mandaba y subordinaba la voluntad de su dependiente sino que, desafiando las jerarquías y el propio ordenamiento social, era el

criado quien parecía lleva la voz cantante en la relación« (101; my own translation).

Nicole von Germeten

African-Descent Women and the Manumission Process in Viceregal South America*

In *Fractional Freedoms*, Michelle McKinley explores the agency, legal machinations, and emotional lives of enslaved and manumitting African-descent women in 17th-century Lima, the capital of the Viceroyalty of Peru. Readers of this book learn to view these women as active protagonists in a complex legal system. McKinley informs her readers of the manifold structures and processes of the Spanish imperial justice system, so we can grasp the subtle understandings needed to navigate manumission. The book's greatest strengths rest in its highly-informed historiographical and theoretical discussions, its deep dive into archival cases, and the author's meticulous presentation of Spanish justice and its effect on the women. *Fractional Freedoms* guides readers to the conclusion that freedom from slavery typically was not a definitive state, and that freedom and slavery did not exist as two clear extremes in legal status. Instead, McKinley explicates the states of »quasi emancipation«, an ongoing condition that she also calls »contingent« or »conditional« liberty (11). This significant grey area between the poles of liberty and freedom derives from the history, ideals, and basic day-to-day functioning of Spanish justice, which fitted very well into the baroque worldview and was also reflected in the art and religiosity of the era.

McKinley focuses on how slaves acted as protagonists who spread and took advantage of legal knowledge and expertise through their own social, familial, and patronage networks. Setting the stage, McKinley observes that, in the 17th century, African-descent slaves and free people represented a significant proportion of the population of Lima. As the seat of the Viceroy of Peru, this city had a fully developed Spanish infrastructure in terms of various levels of courts, crown administrators, a Holy Office of the Inquisition tribunal, and a wide

variety of ecclesiastical institutions. Spain regulated the slave trade to the Americas via licenses called *asientos*, but let other nations, especially Portugal, negotiate the trade and organize transport. Many 17th-century slaves in Lima were not in fact African-born.

Judicial functionaries and imperial subjects in the Americas envisioned an ideal king as the source of all justice. As an extension of the king, judges should act mercifully, and their contemporaries valued a rhetoric of mercy highly. Spanish court structures provided judicial resources for all ranks of American society, although navigating the system required insider knowledge, persistence, and expendable funds. Competing sources of authority (for example, in terms of marriage rights, masters versus the diocesan court) permitted litigants to empower themselves with a variety of legal stances within the viceroyalty. Ultimately, decisions made within the justice system almost always preserved race, gender, and class hierarchies.

McKinley superbly tracks the subtle niceties of internal judicial practices and customs, which, even at the micro level, had an enormous influence on the negotiation of freedom from enslavement. She explores a variety of cases, many of which targeted familial ties and affective bonds. McKinley begins with complaints made by enslaved spouses when masters forced a couple's separation. This section investigates the theoretical and practical usefulness of the institution of marriage in a society that had slaves. Another focus of the book are cases when an individual's enslaved status, racial designation, or even personal honor was amorphous, leading to complications as individuals litigated for marriage annulments. Conflicts also arose over the legal status of infants who were granted their freedom at the baptismal font. This could happen due to a fascinating relationship

* MICHELLE A. MCKINLEY, *Fractional Freedoms: Slavery, Intimacy, and Legal Mobilization in Colonial Lima, 1600–1700*, New York: Cambridge University Press 2016, 282 p., ISBN 978-1-316-62010-6

between the mother of the baby and her female owner (for example, a nun), which McKinley terms »maternalism« (156). In other examples, McKinley investigates enslaved individuals' use of perceived negative characteristics, such as running away, drunkenness, and injuries or ailments, in their interactions with the judiciary.

All of these judicial negotiations demonstrate that slaves did know their legal rights and creatively and energetically asserted them before the courts, using the appropriate rhetoric needed to achieve their goals. Perhaps even more engaging for the reader, the documentation resulting from the disputes offers historians an opportunity to understand the subjectivity of 17th-century enslaved men, women, and children, revealing the relationships both with their peers and even, surprisingly, their masters and mistresses. Despite their repetitive nature, or possibly because of it, records of manumission document the emotional communities of viceregal Lima, the ways that feel-

ings themselves, even expressions of compassion or respect, actually preserved the hierarchies of patronage in the slave system. Testamentary grants of freedom, which often included set terms of labor, even after the death of the owner, also involved performances of certain paternalistic or maternalistic emotions and ultimately a continuation of patronage.

This erudite book should become a reference work on the subject of negotiating freedom and slavery in the Spanish viceregal court system. It effectively brings to life the legal protagonism of enslaved women and their families, while at the same time offering a strong theoretical and historiographical structure that repositions slavery in the context of a long-term process towards manumission. It should be required reading for students of the early modern African diaspora as well as those interested in global histories of the law.



Otto Danwerth

Últimas voluntades y voces indígenas*

El testamento representa uno de los géneros de fuente archivística más ricos para el desarrollo de diversos temas de investigación en la época colonial hispanoamericana. Durante mucho tiempo la historia política, legal y social de las Indias solía tener en cuenta testamentos de individuos o grupos particulares, pero por lo general se trataba de españoles. Salvo algunas excepciones, como en el caso de ciertos miembros de la nobleza indígena, no había estudios etnohistóricos sobre los documentos de última voluntad referidos a la población autóctona. Sólo a partir de la década de 1980, comenzaron a ser trabajadas de una manera más sistemática este tipo de fuentes por parte de al-

gunos investigadores mesoamericanistas. Gracias, en particular, al interés lingüístico de la »New Philology« en este tipo de textos, a menudo redactados en náhuatl u otros idiomas prehispánicos (maya, mixteco), se han venido preparando ediciones críticas de un gran número de testamentos procedentes del México central. En los Andes coloniales, por el contrario, los escribanos registraron testamentos en castellano y no en idiomas indígenas (como quechua, aymara o guaraní). Aunque historiadores del virreinato peruano también analizaron y transcribieron testamentos indígenas en algunos de sus estudios, durante el siglo XX no se publicaron ediciones similares.

* MARK CHRISTENSEN, JONATHAN TRUITT (eds.), *Native Wills from the Colonial Americas. Dead Giveaways in a New World*, Salt Lake City: The University of Utah Press 2016, 256 p., ISBN 978-1-60781-416-0

Hace 20 años, en 1998, apareció el libro titulado *Dead Giveaways. Indigenous Testaments of Colonial Mesoamerica and the Andes*, editado por Susan Kellogg y Matthew Restall. Pronto se convirtió, al menos en el mundo anglófono, en una obra de referencia para esta temática, ya que presentó en una obra colectiva nuevas perspectivas para la interpretación de este tipo de fuentes. Las tres áreas enfocadas por los colaboradores del libro fueron México central, Mesoamérica meridional (Oaxaca, Yucatán, Guatemala) y los Andes. En cada uno de los diez capítulos fueron presentados un estudio introductorio, la transcripción de un testamento particular y su traducción al inglés.

La colección de estudios que reseñamos aquí se presenta como un «follow-up» de aquel libro – algo que consta también en el subtítulo de la obra – y ha sido publicada por el mismo sello editorial de Salt Lake City. Sus editores, Mark Christensen y Jonathan Truitt, han mantenido la estructura de cada artículo: investigación, edición y traducción de un documento. En cambio, no siguen al libro editado por Kellogg y Restall en cuanto a la organización de las partes principales según áreas geográficas. En su lugar, han optado por organizar las once contribuciones del libro en tres partes sistemáticas. Como explican en la introducción, Christensen y Truitt se propusieron ampliar la perspectiva regional precedente al ámbito general de las «Américas coloniales». Este ambicioso plan chocó, sin embargo, con grandes obstáculos. Ya sea por la inexistencia de testamentos indígenas en algunas de las regiones o por la falta de investigadores con las capacidades lingüísticas imprescindibles para examinar los documentos de última voluntad disponibles en otras, no se han podido presentar estudios de caso sobre «Brazil, French Canada, the Great Lakes region, Costa Rica, and Hawai'i, as well as the Choctaw, Guaraní and Cherokee» (7). Por ello, sólo un artículo – sobre la región de Nueva Inglaterra en la América británica – transciende realmente el ámbito de las regiones «clásicas» que ya habían quedado cubiertas en 1998. Entre ellas, Mesoamérica (a la que se dedican ocho

contribuciones) resulta mucho más representada que la región andina (sobre la que versan apenas dos textos).

La introducción del libro subraya, con razón, la gran diversidad existente entre los distintos grupos de indígenas que se enfrentaron en las Américas con las nuevas prácticas europeas relativas a la disposición de cuerpos, bienes y aspectos religiosos en vista de la muerte. Durante la época prehispánica, particularmente en algunas zonas imperiales, existieron tradiciones orales, mnemotécnicas o códices en los que se recogían o regulaban aquellos aspectos. Estas prácticas facilitaron, quizás, la adaptación a las cartas escritas, características de Europa, para comunicar las últimas voluntades. En otras regiones coloniales donde predominaron grupos menos sedentarios, casi no se han encontrado testamentos indígenas. Mientras que, al parecer, tales documentos no llegaron a producirse en las colonias francesas y portuguesas, contamos con pocos ejemplos para la América británica. En relación con esta diversidad de contextos, hubiera sido conveniente una discusión más detallada sobre las culturas testamentarias inglesa y española. Tal aproximación hubiera permitido entender mejor la traslación de diferentes formas y prácticas normativas europeas al Nuevo Mundo. Además, los editores no se detienen apenas en el trasfondo castellano de las disposiciones *mortis causa* – salvo una referencia al libro de Carlos Eire, *From Madrid to Purgatory. The Art and Craft of Dying in Sixteenth-Century Spain*, Cambridge 1995, no sacan partido de la amplia literatura española sobre el medievo y la temprana edad moderna –, aunque explican brevemente la forma que tenían los testamentos en la América Española. Un esbozo historiográfico informa, ciertamente, sobre el tratamiento que han recibido los testamentos en la América hispánica y la América británica. Ahora bien, desafortunadamente, la literatura citada en la introducción (6–8) toma casi exclusivamente en consideración obras escritas en inglés, de forma que los editores no hacen referencia a varios estudios relevantes y colecciones recientes de testamentos indígenas en América del Sur.¹

1 Véanse MARGARITA E. GENTILE LAFAILLE, *Testamentos de indios de la Gobernación de Tucumán, 1579–1704*, Buenos Aires 2008; RAÏSSA KORDIĆ RIQUELME / CEDOMIL GOIĆ (eds.), *Testamentos coloniales chilenos*, Madrid / Frankfurt am Main

2005; JULIO RETAMAL AVILA, *Testamentos de Indios en Chile colonial, 1564–1801*, Santiago de Chile 2000; PABLO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ (ed.), *Testamentos Indígenas de Santafé de Bogotá. Siglos XVI–XVII*, Bogotá 2002. – En el mismo año que el libro

reseñado apareció AUDE ARGOUSE, *Je le dis pour mémoire. Testaments d'indiens, lieux d'une justice ordinaire*. Cajamarca, Pérou, XVII^e siècle, Paris 2016.

Las tres partes del libro, cada una encabezada por una breve introducción, enfocan los siguientes temas: mujeres coloniales, estrategias de las élites, naturaleza individual y colectiva de la muerte. En la primera parte, los diferentes estudios de caso tienen como protagonistas a mujeres que cuestionaban los papeles tradicionalmente asociados a su género. Karen Graubart ilustra en su trabajo sobre el testamento de Catalina de Agüero (Trujillo, 1570) la «hybridity» de una mujer indígena cuya vida oscilaba entre el campo donde nació y la ciudad nor-peruana donde vivió posteriormente. Madre de dos hijos mestizos, Catalina murió siendo propietaria de algunos bienes raíces y disponiendo de una amplia red social. En vida, se vistió, además, tanto con ropa *cumbi* como con textiles de lino europeo. Tatiana Seijas, en el siguiente estudio, analiza un testamento hecho conjuntamente por un «indio de las islas filipinas» y su esposa *mulata* en México (1677). Este documento excepcional arroja luz sobre las complejidades étnicas y socio-económicas en la capital de la Nueva España. La testadora se casó, además, dos veces e invirtió, de hecho, parte del dinero que le había dejado en herencia su primer esposo para comprar la libertad de su segundo cónyuge. Éste había llegado a México como esclavo y fue considerado, en principio, como «chino», aunque más tarde hizo su testamento como «indio». Otro testamento de la misma ciudad data de 1648: nos referimos al de Nicolasa Juana, quien perteneció a la parroquia de Mixtecos en México – la única de la ciudad en la que no se hablaba náhuatl –, por lo que su carta de última voluntad fue escrita en español. En su análisis de esta fuente, Jonathan Truitt resalta el componente espiritual asociado tanto a la posesión y distribución de artefactos, esculturas e imágenes religiosas (algunas estampas debían, por ejemplo, ser quemadas, de acuerdo al testamento) como la mención de una mujer que gozaba de autoridad (*tenantzin*) en otro barrio de la ciudad. Por último, Kevin Terraciano, el único colaborador que también participó en *Dead Giveaways*, ofrece en su contribución el retrato de una mujer mixteca llamada Lucía Hernández Ñuquihui (segundo apellido cuyo significado es «6-Cocodrilo»). Su testamento, fechado en 1633, fue redactado en *lengua mixteca* en Teposcolula (Oaxaca), en el sur de México. Terraciano analiza el lenguaje utilizado en el documento, concentrándose tanto en el uso llevado a cabo por los escribanos coloniales como en las interpretaciones de investigado-

res actuales. Demuestra además que, gracias a su familia, red social y habilidad como comerciante de ropa y tela, la testadora obtuvo una posición socio-económica afortunada.

Mientras que las mujeres mencionadas pertenecieron, en su mayoría, a estratos medios de la sociedad colonial, los protagonistas de la segunda parte del libro son miembros de la élite indígena. Se examinan, en estos casos, las estrategias adoptadas por las élites para mantener su posición social y política en distintos lugares de Mesoamérica. Richard Conway explica cómo, a finales del siglo XVII, miembros de la élite nahua en Xochimilco (Valle de México) recurrían a testamentos y documentos pictográficos para defender las herencias de sus tierras y solares. A veces, ambos documentos se complementaron en litigios y procedimientos legales. Las funciones de las representaciones pictográficas cambiaron en el tiempo según nuevos contextos judiciales. Cuando mapas y pinturas eran utilizados como instrumentos en un juicio, no solo fungían como pruebas de propiedad, sino que también suministraban argumentos retóricos y podían convertirse en síntesis judiciales. Tanto escribanos de cabildo como jueces podían modificar las imágenes; por ello, además de glifos, se añadieron a las pinturas notas en escritura alfabética. La contribución de Mark Christensen se basa, por su parte, en un centenar de testamentos registrados durante el siglo XVIII en Ixil, un pueblo de Yucatán. Los descendientes de los conquistadores Pech, que habían colaborado con los invasores castellanos en el siglo XVI, utilizaron la práctica testamentaria para mantener su posición política, social y económica. Pretendían reafirmar, de este modo, sus privilegios como «hidalgos» y, transcurridos dos siglos después de la conquista, seguían apelando a elementos como herencia, matrimonio y oficios. Cabe mencionar también que, como los testamentos habían sido firmados por miembros del cabildo indígena, se trata de documentos que ayudan a entender mejor el gobierno local maya. El artículo de Owen H. Jones versa sobre los testamentos k'iche' de Guatemala (siglos XVII y XVIII) y el importante papel jugado por los líderes de los tres pueblos maya objeto de estudio. Se trata de personalidades que estuvieron presentes cuando los testadores expresaron sus últimas voluntades. Puesto que los escribanos en Rab'in al dejaron también constancia de las voces de los líderes, un análisis filológico concienzudo hace posible percibir la esfera público-comunal de este acto «dialo-

gocéntrico». Es importante destacar, además, que los miembros de la élite preferían testar ante un notario público español, mientras que indios comunes solían hacerlo en presencia de un escribano de cabildo indígena. Al parecer, cada comunidad desarrolló su propio estilo para redactar y registrar testamentos.

En la tercera parte del libro se discute la naturaleza individual y colectiva de la muerte. Kathleen J. Bragdon reconstruye rituales funerarios del siglo XVIII en el sur de Nueva Inglaterra con testamentos escritos en idiomas indígenas (wampanoag), recurriendo además a investigaciones arqueológicas y etnohistóricas. La autora demuestra que las nuevas formas inglesas de testar introducidas en paralelo a la cristianización coexistieron con ciertas tradiciones autóctonas. Con la práctica testamentaria se incorporaron, de acuerdo a Bragdon, nuevos modelos idiomáticos y legales al lenguaje local. Por otra parte, los ritos mortuorios serían importantes para la misma definición de las comunidades indígenas y reflejarían cómo se fue individualizando progresivamente el concepto de «persona». El trabajo de Lisa Sousa vuelve al sur de México y se enfoca sobre el testamento de Jerónimo Flores, escrito en la región de Villa Alta (Oaxaca) en 1660. El testador perteneció a los Mixe, un grupo étnico cuyos miembros no escribieron sus testamentos en su lengua materna mixe, sino en náhuatl, su «segundo idioma». Manejando un *corpus* de ochenta testamentos (1572–1774), Sousa explica cómo las prácticas de tenencia de la tierra y las formas de transmisión de la propiedad se transformaron a lo largo de la época colonial. Aunque ello suponía una extensión del náhuatl a los «usos y costumbres» de los Mixe, lo cierto es que éstos lo usaron como *lingua franca* escrita para expresar y defender sus concepciones sobre la posesión y el trabajo de tierra, la organización social y la estructura de la familia. En su contribución, Erika R. Hosselkus examina veinticuatro testamentos (1612–1634) que fueron redactados por un mismo escribano en Huexotzinco, población situada en el valle de Puebla-Tlaxcala. Los testadores nahua indicaron con precisión los lugares predilectos para sus sepulturas: querían ser enterrados en la iglesia franciscana de San Miguel, al pie del altar o junto a ciertas estatuas e imágenes de santos, y no, en cambio, junto a los difuntos miembros de su familia (como sucedía en otros lugares). Las cláusulas espirituales de los documentos indican también cifras regulares de misas y ofrendas; cote-

jándolos con otros documentos, permiten destacar la importancia de las cofradías para los ritos funerarios y el funcionamiento de la red social. El último artículo regresa a ese mundo peruano con el cual los editores del volumen habían dado comienzo a los estudios de caso. Paul J. Charney examina trece testamentos de nobles e indígenas «comunes» registrados en comunidades rurales del valle de Lima (1596–1607). Explica cómo los andinos se adaptaron al sistema español de deuda y crédito, conceptos que no existían en la época prehispánica. Sostiene que, a través de tales obligaciones, registradas en las últimas voluntades, se crearon redes de confianza («networks of trust») que, gracias a la reciprocidad andina, podían llegar a continuar también después de la muerte. No debe resultar sorprendente que los nobles indígenas – que recibían considerables préstamos por parte de españoles – tuvieran más y más diversos deudores; los documentos analizados reflejan que las deudas fueron pagadas en metálico o en especie. Este estudio ilustra el paulatino cambio hacia una economía regional de mercado cada vez más caracterizada por los crecientes lazos existentes entre deudores y acreedores (lo cual se ve ejemplificado por la producción de *chicha* y el comercio de ropa).

La sección final consiste en una contribución especial por parte de los editores de *Dead Giveaways*, quienes fueron invitados a escribir el epílogo al presente libro. En él, Susan Kellogg y Matthew Restall ofrecen un buen resumen de los capítulos precedentes y presentan reflexiones acerca de tendencias actuales y futuras de la investigación sobre testamentos. Como características metodológicas de este tipo de estudios resaltan el interés creciente en el lenguaje (filología y escritura) y en el uso de fuentes pictóricas. Para teorías de cambio cultural – especialmente en contextos urbanos – subrayan el uso de conceptos como «hybridity» e «interculturalization» (entendida como un proceso más abierto y variable que «aculturación» o «transculturación») y el hincapié en la importancia de tradiciones y prácticas locales. Los autores del epílogo recomiendan el empleo de métodos característicos de los «memory studies» para analizar las memorias individuales, familiares o comunales que se actualizaban mediante la práctica testamentaria. Otro enfoque mencionado de pasada es la lectura de los testamentos en tanto que documentos autobiográficos (quizás se podría hablar de ellos como un tipo de «egodocuments») y sin desatender el papel de los escribanos. En cuanto a las perspectivas de investi-

gación sugieren abordar nuevos temas, entre otros, el cambio de la mortalidad, los patrones mortuorios y la muerte como experiencia y símbolo. Para tales fines, según su opinión, habría que combinar testamentos con otros tipos de fuentes: »annals, chronicles, pictorial histories, funerary descriptions, burial records, legal cases covering not just property distribution but burial or other death-related conflicts, as well as the rich death-related sodality records from across the Iberian Americas« (252).

En resumen, *Native Wills from the Colonial Americas* constituye una recomendable colección de estudios de caso que sigue las líneas generales ya elaboradas en *Dead Giveaways*. En cada capítulo se presentan investigaciones etnohistóricas basadas en un *corpus* más o menos grande de testamentos y, al mismo tiempo, la transcripción fidedigna y la traducción al inglés de un testamento particular. Este formato resulta ser muy útil tanto para investigadores como para fines docentes. Las investigaciones específicas sobre estos protocolos notariales manejan hábilmente una amplia variedad de metodologías, citan la literatura pertinente (en estos casos, se refieren incluso a la bibliografía latinoamericana existente) y presentan un cuidadoso *close reading* de las fuentes escritas en español o en idiomas indígenas para llegar, por último, a conclusiones sugerentes. Además, la división del libro en tres secciones generales permite captar bien los distintos enfoques de los trabajos, dedicados al papel activo de las mujeres, a las estrategias de las élites y a la naturaleza de la muerte en tanto que fenómeno individual o colectivo. En los diversos estudios se ilustra también con acierto el valor de los testamentos indígenas como fuentes para abordar una gran variedad temática de problemas en la América temprano-moderna (relevantes para la historia social, política, económica, religiosa y cultural), mostrando que las cláusulas espirituales y las disposiciones materiales registradas en ellos – en conjunto con las prácticas testamentarias – nos permiten percibir las voces y reconstruir la »agency« de individuos indígenas que casi nunca dejaron otras huellas en la documentación.

También para la investigación en historia del derecho resultan de interés los estudios contenidos en el libro, especialmente los dedicados al variado uso de los testamentos en litigios jurídicos suscitados para comprobar la propiedad de tierras u objetos. Aunque, en su gran mayoría, eran analfabetos, los testadores tenían acceso a lo que los editores

del libro publicado en 1998 llamaron »legal literacy«. Aparte de este aspecto, que se podría haber analizado con mayor profusión en varias regiones americanas gracias a la rica casuística de soluciones jurídicas ofrecidas por el Derecho Indiano, la vertiente normativa casi no ha sido abordada en los estudios. Piénsese en el mismo género de este tipo de documentos, criticado a veces como excesivamente formalista. Sin embargo, desde la larga tradición europea de redacción de cartas testamentarias se podrían ofrecer interpretaciones más sutiles a los investigadores para que se comprendan mejor tanto la traslación de formas y prácticas normativas europeas al Nuevo Mundo como las peculiaridades indianas y adaptaciones posteriores. En este respecto, para la América española, sigue siendo recomendable la síntesis de Víctor Tau Anzoátegui, *Esquema histórico del derecho sucesorio. Del medioevo castellano al siglo XIX*. Segunda ed., Córdoba / Argentina 1982 (primera ed. 1971). También las fuentes del derecho seglar y canónico en las Indias – legislación, tratados y manuales pragmáticos – ofrecen un rico *corpus* de fuentes que se podría explotar con provecho en el campo de los estudios etnohistóricos. Asimismo, la cristianización de la muerte, tan relevante para la conversión y el cambio cultural, se refleja en la normatividad religiosa y en diversas fuentes catequéticas. Otro aspecto que ha sido bien documentado en los estudios histórico-jurídicos son los abusos cometidos por parte de escribanos, curas y albaceas en el marco de las prácticas testamentarias.

Cabe constatar que, a pesar de su título, el libro reseñado no versa sobre »las Américas«. Más bien, presenta un énfasis regional que apunta claramente a Mesoamérica y, en menor grado, a la costa del Perú; solamente un artículo trata de Nueva Inglaterra. Sin embargo, el intento de los editores de abrirse a nuevas regiones – como las colonizadas por protestantes británicos – merece reconocimiento. Como recientemente se han publicado más ediciones y estudios sobre testamentos indígenas en América del Sur (Perú, Nueva Granada, Chile, Tucumán), habría quizás un cierto potencial para un tercer tomo que incidiera en una perspectiva comparativa no solamente entre regiones, sino también entre varios de los grupos étnicos presentes en las Américas. Con respecto a Ibero-América, al menos, la diversidad cultural se puede estudiar muy acertadamente a través de la lente de la práctica testamentaria. Para tal proyecto tendrían que tomarse en consideración no solamente testamen-

tos de indígenas, sino también de europeos, afro-americanos, mestizos y otras ›castas‹. El gran potencial para este tipo de estudios etnohistóricos – no restringidos a la población indígena – lo muestra, precisamente, el artículo de Tatiana Seijas. Desde estos postulados se podría incluir fácilmente a la América portuguesa, habitualmente ausente.

Aunque, al parecer, no existen testamentos indígenas en Luso-América, sí hay trabajos prometedores sobre la práctica testamentaria en Ibero-América que abarcan también el Brasil colonial.²

Gustavo César Machado Cabral

Forging an Empire in Writing*

The Portuguese crown held considerable territory in the early modern period and sought measures to preserve its political power, as in any other extended empire. A strategy based on official communications, particularly letters, was a very important instrument to govern not only the overseas territories, but also those in Europe located far from Lisbon. Understanding the role of these communications, as well as their practical application, is the focus of *Um reino e suas repúblicas do Atlântico: comunicações políticas entre Portugal, Brasil e Angola nos séculos XVII e XVIII* (›A kingdom and its republics in the Atlantic: Political Communication between Portugal, Brazil and Angola during the 17th and 18th Centuries‹). Applying a transatlantic perspective, João Fragoso and Nuno Gonçalves Monteiro, the editors, generally study the political institutions of the Portuguese Empire, which were founded on a common architecture that included every single village in all territories of the kingdom as well as in America, Africa, and Asia. This particular analysis, however, is restricted to the states of Brazil and Maranhão in America and Angola on the Atlantic coast of Africa. In this context, the official communications played an important role in connecting the central authority to local powers, both by hearing and by command-

ing when necessary. This is exactly what the book intends to demonstrate.

We can clearly notice a common background, which the sources confirm throughout the book, in all the published texts. First, all of them refer to the cities and villages in the Portuguese Empire as communities with a considerable level of autonomy from the crown, constituting the ›republics‹ mentioned in the title, in an unequivocal reference to the political thought of Aquinas and the scholastics, especially authors like Francisco Suárez. Local communities shaped social life most of the time, but this did not mean that the crown was powerless or irrelevant. As the editors write explicitly, the municipal councils were the heads of political communities endowed with jurisdiction.

On the other hand, all articles prove that intense contact between Lisbon and the ›republics‹ of the kingdom was the key to this model's success. With its foundation after the Portuguese Restoration in 1640 and at least until the ascension of King Joseph I and the Marquis of Pombal in 1750, the *Conselho Ultramarino* became the center of political communication with the overseas possessions. Within the relevant *Projeto Resgate Barão do Rio Branco*, hundreds of thousands of documents of the *Arquivo Histórico Ultramarino* (where these docu-

2 Por ejemplo: ROBERTO GUEDES / CLAUDIO RODRIGUES / MARCELO DA ROCHA WANDERLEY (coords.), Últimas vontades: testamento, sociedade e cultura na América Iberica (séculos XVII e XVIII), Rio de Janeiro 2015.

* JOÃO FRAGOSO, NUNO GONÇALO MONTEIRO (eds.), Um reino e suas repúblicas no Atlântico: comunicações políticas entre Portugal, Brasil e Angola nos séculos XVII e XVIII, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira 2017, 475 p., ISBN 978-85-200-1269-7

ments were archived in Portugal) are now available electronically. Many monographs about the colonial institutions, particularly theses and dissertations, published in the last two decades have been based on these documents. Despite the use of the same database, this volume has a different aim, which is not only to understand the nature and features of the documents written in America or Angola and sent to the kingdom, but also to see them as part of imperial governance, which depended on formal instruments, such as consultations answered by the council.

The book is divided into three parts, and the first one, *Arquitetura da Monarquia e circulação da comunicação*, is divided into three chapters, opening with a study by João Fragoço about »mercies« (i.e. grants of offices and gifts by the crown to vassals and their families) and their relevance for the relations between the center and the periphery in Portugal. According to the author, successful petitions for an office as compensation for vassal services to the commonwealth were clear manifestations of a »sentiment of belonging« to the Portuguese monarchy. People felt they were part of the empire, which is why Fragoço believes that the *mercês* were a crucial element in maintaining a »pluricontinental« and corporatist monarchy based on a negotiated coexistence of powers. The predominance of the *mercês* as a subject of correspondence corroborates this view in most of the captaincies analyzed. The two following chapters deal with the institutions involved in communication. Maria Fernanda Bicalho, José Damião Rodrigues, and Pedro Cardim look into the role of *cortes* (assemblies of states), *juntas* (boards of municipal councils and the governor of a captaincy) and of the procurators in political communication, noting their objective to pay attention to the local powers. The presence of representatives (procurators) of some overseas municipal councils in the Portuguese *cortes* after the Restoration and the organization of *juntas* as local assemblies in America can be seen as a means of managing the interests of cities and villages that reinforced the position of local institutions in guaranteeing royal authority. After that, Maria Fernanda Bicalho and André Costa discuss the *Conselho Ultramarino* as the institution responsible for overseas affairs, tracking the number of consultations documented in the database over time. This diachronic survey reveals the decrease in importance this Council suffered when the Secretariat of State was created, which

centralized most decisions about public affairs in the kingdom in the mid-18th century.

Part two, *Temas da comunicação*, starts with an impressive article by Pedro Cardim and Miguel Baltazar on the diffusion of Portuguese royal legislation. The authors discuss the complex typology of royal norms and use the database *Ius Lusitaniae*, which holds 6 574 laws enacted by the Portuguese kings between 1621 and 1808, to analyze the most repetitive themes, the process of publication, and how these norms circulated, were compiled and became mandatory in local juridical spaces, especially in the overseas territories. Carla Almeida, Antonio Carlo Jucá de Sampaio, and André Costa have prepared a chapter about the fiscal issues and how they can be understood from the perspective of political communication. Bearing in mind that the municipal councils also had the power to institute taxes, the authors realized, using the database, that some aspects of fiscal practice, such as the public sale of the right to levy and collect taxes, were usually based on urgent necessities and in agreement with local powers. War and military affairs are discussed by Roberto Guedes Ferreira and Mafalda Soares da Cunha in a chapter that highlights their relevance even during peacetime, when providing military offices according to local requirements was a common theme. Here we can also observe the logic of the *mercês*. Ending this part, Antonio Carlos Jucá de Sampaio debates issues of economic history, namely currency and commerce, in order to understand the practices of social life in an economy with scarce currency and dependence on exchanges. Such dependence explains why sugar became an important element of credit and sometimes an unofficial (though recognized by the crown) medium of exchange in many areas of Brazil until the development of mining during the 18th century.

Focusing on agents and institutional spaces of communication, part three begins with a chapter by Francisco Cosentino, Mafalda Soares da Cunha, Antônio Castro Nunes, and Ronald Raminelli about the governors and their duty of communicating with the crown. Almost one-fifth of the documents in the database were issued by governors, a general category that included viceroys, governors-general, governors of captaincies and *capitães-mores*. Therefore, most of them deal with questions of government. Mafalda Soares da Cunha, Maria Fernanda Bicalho, Antônio Castro Nunes, and Isabele Mello look into the administration

of justice in their chapter about the *corregedores* and *ouvidores* as agents in political communication. Their description leaves no doubt about how these documents were used juridically: they were not sources to reconstruct the content of lawsuits or procedural details (e.g. producing evidence and decision-making), but a consistent means to grasp some practical questions and the relations between the crown-appointed judge (*ouvidores*) and the central power. The chapter by Ronald Raminelli concerns the political power of the municipal councils, which their correspondence with Lisbon reveals. The growing amount of documents sent by the cities, according to Raminelli, corresponds to their ability to negotiate with the crown, although this changed from 1750 on, when the Secretariat of State started dealing directly and more frequently with the governors. A specific analysis of the Angolan experience, mixing the databases of the *Arquivo Histórico Ultramarino* and the *Biblioteca Municipal de Luanda*, appears in the chapter by Roberto Guedes Ferreira about political communication in the municipal councils of Luanda and Benguela and the Governor of Angola, predominantly in the second half of the 18th century. Finally, the chapter by Nuno Gonçalo Monteiro and Francisco Cosentino tackles the petitions from corporative groups in some cities of the kingdom (Évora, Faro, Viana, and Vila Viçosa) and in the most important captaincies of America. These petitions, which were collective requirements from groups of interest (many of them popular economic activities such as tailors, carpenters, and blacksmiths), indicate intense correspondence with the center independent of individual requirements.

All contributions to this volume pay special attention to an important question that has recently been discussed in legal theory¹ and in a few

works by António Manuel Hespanha.² This book brings legal history into the very fruitful debate on the role of political communication, particularly the dynamics of power in the relations between the center and the peripheries of the empire, since localities asked for solutions and seemed to behave according to the answers they received. Furthermore, these studies enable a detailed look at the social (and juridical) life in many areas of the empire, even the farthest, and they are all integrated into a logic of belonging to the same political institutions. The crown and its possessions established much more complex relations than the simple reductions traditional historiography describe.

Even without stating it expressly, law is a central concern of this book, and this is why it is extremely relevant for legal historians studying the early modern period. There are some aspects, however, in which the legal-historical approach could go further, such as in conceptualizing law or describing what can be understood as contemporary law and sources of law, which is one of the central, but commonly neglected, issues in analyzing law in Portuguese America.³ Legal historiography mostly identifies law and legal norms with those enacted by the king – a very restrictive concept that is not sufficient to describe other normativities that co-existed in the same juridical space⁴ and cannot explain coherently, for example, the nature of the answers to consultations of the *Conselho Ultramarino*. A few problems of legal theory must be solved in order to understand the nature of these sources, but works like this book are a helpful starting point for this research agenda.



1 THOMAS VESTING, *Die Medien des Rechts*, Bd. 2: Schrift, Velbrueck 2011; THOMAS VESTING, *Die Medien des Rechts*, Bd. 3: Buchdruck, Velbrueck 2013.

2 ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, Prefácio, in: *Um império e suas repúblicas no Atlântico*, eds. JOÃO FRAGOSO, NUNO GONÇALO MONTEIRO, Rio de Janeiro 2017, 9–11; ANTÓNIO MANUEL

HESPANHA, Prefácio, in: GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL, *Literatura Jurídica na Idade Moderna. As decisões no Reino de Portugal (séculos XVI–XVII)*, Rio de Janeiro 2017, XIII–XVI.

3 The research Project I coordinate (»Direito colonial brasileiro: mapeamento e análise crítica das fontes, séculos XVI–XVIII«) at the Federal

University of Ceará (Brazil) is particularly concerned about understanding the concepts of law and sources of law in Portuguese America.

4 About multinormativity, see THOMAS DUVE, Was ist »Multinormativität«? Einführende Bemerkungen, in: *Rechtsgeschichte – Legal History* 25 (2017) 88–101, <http://dx.doi.org/10.12946/rg25/088-101>.

Thomas Duve

Folgenloser Imperialismus? Livland unter schwedischer Herrschaft*

Westeuropa, das Baltikum, Russland und Skandinavien erscheinen heute als benachbarte Regionen von großer sprachlicher und kultureller Vielfalt. Wie eng sie historisch miteinander verwoben sind, wie dynamisch sich mit den imperialen auch die Rechtsräume in diesen Regionen veränderten, gerät dadurch leicht aus dem Blick. Livland, besiedelt von Esten, Letten und Litauern, seit dem 13. Jahrhundert unter dem Einfluss von deutschen Schwertbrüdern, Missionsbistümern, bald Herrschaftsgebiet des Deutschen Ordens, seit der Mitte des 16. Jahrhunderts zu Polen gehörend, im 17. Jahrhundert unter schwedischer, vom 18. bis zum 20. Jahrhundert unter russischer, eigener und deutscher Herrschaft, ist sicher ein Extremfall. Einem Ausschnitt aus der wechselvollen Geschichte dieser historischen Region – den Jahrzehnten schwedischer Besetzung zwischen 1630 und 1710 – widmet sich das Buch des finnischen Rechtshistorikers Heikki Pihlajamäki.

Der Fall Livlands und dessen vorübergehende Eingliederung in das schwedische Reich sind schon deswegen besonders interessant, weil Livland seit dem 16. Jahrhundert Teil des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation war und sich bereits vorher für das römisch-kanonische Recht geöffnet hatte. Zugleich prägten Gewohnheitsrechte, Jurisdiktionsprivilegien, Einbindung in das Alte Reich das Rechtsleben. Ganz anders Schweden, stärker zentralisiert und nur wenig berührt vom *ius commune*. So trafen die neuen Herrscher auf viele fremde Elemente in einer fremden Ordnung. Was passierte bei der Begegnung dieser beiden unterschiedlichen Rechtskulturen unter den asymmetrischen Bedingungen imperialer Ausdehnung?

Diese die Analyse leitende Frage beantwortet Pihlajamäki in drei dichten Studien zur Justizge-

schichte (Kapitel 3), zum Verfahrensrecht und zur Rechtsquellenordnung (Kapitel 4, 5), allesamt aus der archivalischen Überlieferung gearbeitet. Auch den für frühneuzeitliche imperiale Herrschaft typischen Rechtsquellenpluralismus, den er in den Untertitel seiner Studie setzt, rekonstruiert er konsequent aus dieser Perspektive der Rechtspraxis: »The only way to find out about legal pluralism in a particular region is to go to the archives and find out« (7). Doch das gelehrte Recht ist als Folie stets präsent, rechtsvergleichende Bezüge sind ihm selbstverständlich, beides verleiht seinem Blick auf die Praxis beeindruckende Tiefenschärfe. Eingeleitet wird die Untersuchung von einer auf das 17. Jahrhundert hinführenden Einführung in die livländische und die schwedische Rechtsgeschichte (Kapitel 2) – fast ein auch aus den vielen deutschsprachigen historiographischen Quellen gearbeitetes kleines Lehrbuch zur Rechtsgeschichte eines bedeutenden Teils des Ostseeraums.

Die Untersuchung der Gerichtsverfassung beginnt mit einem präzisen verfassungsgeschichtlichen Vergleich zu anderen zusammengesetzten Staaten und imperialen Herrschaftsstrukturen, zu den schwedischen Erfahrungen in Estland und in Norddeutschland und Pommern (85–100). Eine Reihe von Fallstudien zeigt, dass die mit der Rezeption verbundene Professionalisierung in Livland offenbar bereits zu einer beträchtlichen Resilienz im Justizsystem geführt hat, die dem schwedischen Reformwillen Grenzen setzte. Ein ähnliches Fazit steht am Ende der Analyse des Verfahrensrechts. Auch hier setzten sich letztlich juristische Praktiken und Konventionen gegen den Reformwillen der Eroberer durch. Die Sonderstellung des Adels, dessen besonderes Gewicht im Rechtssystem, nicht zuletzt auch die Stabilisierung des Rechtswissens und der Praktiken durch die

* HEIKKI PIHLAJAMÄKI, *Conquest and the Law in Swedish Livonia (ca. 1630–1710). A Case of Legal Pluralism in Early Modern Europe* (The Northern World 77), Leiden / Boston: Brill 2016, 308 S., ISBN 978-90-04-33152-5

Ausbildung in Deutschland oder an der estnischen Universität in Dorpat (Tartu) trugen dazu bei. Interessant, weil der großen europäischen Erzählung der langsamen Durchsetzung des inquisitorischen gegenüber dem akkusatorischen Verfahren widersprechend, sind die Befunde zum Strafprozessrecht. Im Zivilprozess dagegen findet ein Verrechtlichungs- und Professionalisierungsprozess statt, der sich in das vom westlichen Europa geprägte Bild einfügt. Was die Rechtsquellen angeht, so geben die Analysen, die insbesondere Peter Oestmann für das Reichskammergericht durchgeführt hat, auch einen Schlüssel zum Verständnis für diesen Fall: Die Statutentheorie konnte manches im Nachhinein rechtfertigen, eine wirklich handlungsleitende normative Kraft hatte sie nicht. Man wusste, was recht war.

Zu welchem Schluss kommt die Studie? Selbst der Staat der Moderne, so beginnt Pihlajamäki seinen Rückblick, kämpfte in seinem Versuch um

Rechtsvereinheitlichung oder imperiale Ausdehnung mit Pfadabhängigkeiten, Praktiken, Privilegien und Traditionen. Frühneuzeitliche zusammengesetzte Staatlichkeit wie die des schwedischen Imperiums scheiterte bei ihren Bemühungen. Zu stark waren nicht zuletzt die Prägungen durch die deutschen Länder und das gemeine Recht, zu stark auch die überkommene Gerichtsverfassung und ihre Institutionen. Trotz achtzigjähriger Dauer konnte die schwedische Herrschaft die Rechtsgeschichte Livlands nicht dauerhaft prägen – ein aus in verschiedene nationale Archive verstreuten Quellen destillierter Befund, der die vielsprachige und von nationalen Erzählungen geprägte Forschungstradition seit dem 19. Jahrhundert aufnimmt, um wichtige Archivstudien ergänzt und eindrucksvoll in rechtshistorisch-vergleichende analytische Kategorien von heute übersetzt.



Karl-Heinz Lings

Ausgehandelte Ehre*

Regina Dausers an der Schnittstelle zweier Normensysteme angesiedelte Augsburger geschichtswissenschaftliche Habilitationsschrift ist eine äußerst ergiebige Fundgrube für Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker, zu deren Interessengebiet Fragen der Multinormativität gehören. Der Fokus der Autorin ist auf die königliche Ehre im Jahrhundert nach dem Westfälischen Frieden gerichtet, wie sie von einem Herrscher beansprucht und von anderen zugestanden oder verweigert wurde. Sichtbaren Niederschlag findet dieser Konkurrenzkampf vor allem in den von der Autorin sowohl quantitativ wie qualitativ ausgewerteten Titulaturen der »völkerrechtlichen« Verträge, welche schon nach zeitgenössischer Auffassung das positive Völkerrecht spiegeln. Diesen praxisorien-

tierten Normbereich zieht Dauser ganz bewusst als primäre Quellengrundlage heran, da dessen enorme Publizität, wie sie an mehreren Beispielen nachweisen kann, unbestritten und für die Akteure erkennbar handlungsleitend war.

Bevor sich Dauser mit der Analyse von 453 Dokumenten (hauptsächlich verschiedene Arten von Verträgen, aber auch Ratifikationen: Verzeichnis 326–353) den »quantifizierenden Perspektiven« (105–154) widmet, lässt sie nach einer sachlichen und methodischen Einführung (11–38) die zeitgenössische Literatur zum Titulaturgebrauch zu Wort kommen (39–104). Die ausgewählten Traktate von John Selden, Abraham de Wicquefort, Zacharias Zwanzig, Johann Christian Lünig und Jean Rousset de Missy decken das zeitliche Spek-

* REGINA DAUSER, Ehren-Namen. Herrschertitulaturen im völkerrechtlichen Vertrag 1648–1748 (Norm und Struktur 46), Köln, Weimar, Wien 2017, 355 S., ISBN 978-3-412-50590-5

trum aus unterschiedlicher und kritischer Perspektive (Rechtsgeschichte, Zeremonialwissenschaft, diplomatische Ausbildung und Praxis) ab. Eine gerade auch für die Völkerrechtsgeschichte zentrale Erkenntnis der Studie, »dass die herkömmliche Vorstellung von einer Rangfolge, im *ius praecedentiae* formuliert und verteidigt, nicht in einer raschen ›Erfolgsgeschichte‹ vom Gleichheitskonzept abgelöst wurde«, wird hier schon deutlich. Zwar propagieren die drei letztgenannten Autoren im 18. Jahrhundert – nicht zuletzt im Interesse ihrer Landesherren – das Leitbild souveräner Gleichheit und daraus resultierender Gleichrangigkeit, doch in der Präsentation ihrer Beispiele greifen sie immer wieder auf das tradierte Schema der Hierarchie zurück.

Titulaturen waren im Untersuchungszeitraum veränderliche, sehr flexibel einsetzbare und eingesetzte Instrumente zur Formulierung konkreter Macht- und Geltungsansprüche. Ausdruck eines Strebens nach Höherem waren der ursprünglich dem Kaiser vorbehaltene *Majestas*-Titel und Attribute wie *Potentissimus*, deren Verwendung Dauser im zweiten Teil ihrer Arbeit quantifizierend nachgeht (105–154). Während die »Aufsteiger« im zähem Ringen der (Bündnis-)Vertragsverhandlungen darauf abzielten, solche königlichen Ehren nach und nach zu ergattern und sich so unter den gekrönten Souveränen zu etablieren, versuchten die von diesem Aufstieg bedrohten Mächte ihrerseits – dem Kaiser kommt in dieser Gruppe eine Sonderrolle zu – solche Ansprüche abzuwehren, solange sie nicht die Hilfe des Vertragspartners dringend benötigten oder ihm sonst eine Gunst erweisen wollten. Titulaturen waren insofern ein Handelsgegenstand oder, wie Dauser es ausdrückt, Teil eines »Belohnungssystems« (154). Für diese Erkenntnisse ausgewertet wurden Verträge der Könige Frankreichs, Savoyen-Sardiniens und des Zaren sowie von Portugal, England / Großbritannien, Brandenburg-Preußen und des österreichischen Zweiges der Habsburger, deren aus unterschiedlichen Gründen wechselnder Titulaturgebrauch in den Fallbeispielen des umfangreichen abschließenden Teils (155–299) auf einer erweiterten Quellenbasis vertiefend thematisiert wird.

Diese vier Detailstudien stellen, auch unter rechtsgeschichtlichem Aspekt, das Kernstück der Arbeit dar. Die überzeugenden Ergebnisse eröffnen auch Nachbarwissenschaften neue Fragestellungen und geben Anstöße zu weiteren Forschungen. Deutlich herausgearbeitet werden das bis in die

Einzelheiten gehende Ineinandergreifen und vielfältige Überschneidungen der Normbereiche Ehre und Recht. In »Portugal um 1648: Johann IV. von Braganza und der Streit um den wahren *Rex Lusitaniae*« geht es um die Versuche des neuen portugiesischen Königs, gegen den Widerstand der spanischen Rivalen in Münster und Osnabrück seine Stellung im europäischen Rahmen festlegen zu lassen. Angesichts der Nichtzulassung seiner Gesandten gelang dies nur ansatzweise, die Schweden konnten zumindest die Aufnahme von *Rex et Regnum Lusitaniae* (die Formel ist auch für die Bewertung verfassungshistorischer Diskussionen im Reich von Bedeutung) in das *Instrumentum Pacis Osnabrugense* durchsetzen. Damit wurde völkerrechtlich als Teilerfolg eine begrenzte Anerkennung erreicht, während die für die Ehre wichtigen Präzedenzfragen – Johann IV. hatte seinen Gesandten hier an früheren päpstlichen Rangordnungen orientierte Instruktionen mitgegeben – gar nicht in Angriff genommen werden konnten. Diese standen im zweiten Fallbeispiel »England nach der Glorious Revolution: Wilhelm III. von Oranien – ein ›besserer Stuart‹?« von Anfang an im Mittelpunkt. Ausgehend von den einschlägigen Erfahrungen des neuen Herrschers als niederländischer Generalstatthalter schildert Dauser detailliert die Auseinandersetzungen um die Prädikate bei der Titulierung, die in zahlreichen Varianten ihren Niederschlag fand. Traditionelle rangrechtliche Argumentationslinien bestimmten weiterhin Denken und Handeln von Kaiser und Königen: Wenn sich Wilhelm auf die Gleichheit der Könige berief, »bezog [er] sich bei näherem Hinsehen nur auf die Gleichheit mit den besonders bevorzugten Monarchen« (219). Ursprünglich rechtliche Argumentationen ließen sich also auch für andere Ziele instrumentalisieren. Für Rechtshistoriker ebenso interessant ist Dausers Beobachtung, dass ehrenhafte Titulaturen oft zunächst in Handschreiben von Herrschern auftraten, bevor sie in einer späteren Phase der bilateralen Beziehungen Eingang in die förmlichen Verträge fanden. Auch hier gibt es Parallelen zum Rechtsbereich: Das spanische Königspaar akzeptierte in den Auseinandersetzungen nach dem Frieden von Utrecht einen Brief Georgs I. von England mit dem Versprechen der Rückgabe Gibraltars, da ein inhaltsgleicher förmlicher Vertrag politisch nicht durchsetzbar war.

Wie sich Ehren-Titel und Territorien des Herrschers zueinander verhielten, verfolgt Dauser in ihrem dritten Beispiel »Preußen 1700–1732: der

preußische Königstitel, eine Titulatur »aus dem Setzkasten«. Auch wenn ein souveräner Herrscher theoretisch sich seinen Titel selbst gab, war es doch ein Gebot politischer Klugheit, den Gebrauch im Vorfeld abzusichern. König »von Preußen« oder »in Preußen« war nicht nur aus polnischer Sicht ein bedeutsamer Unterschied, ein Jurist hätte dies mit Blick auf die aus dem Titel abzuleitenden Rechtsansprüche (aktuelles Beispiel Mazedonien) wohl noch stärker betont. Sehr aufschlussreich sind auf der anderen Seite die Beobachtungen der Autorin zum Namen »Oranien« als »freischwebendes« Etikett, das von den Nachkommen des Hauses unabhängig von dem namengebenden Territorium mit anderem Besitz verbunden werden konnte (254). Maßgebende Instanz für derartige Fragen war traditionell der Kaiser, dessen entscheidende Stellung allerdings zunehmend angefochten wurde. Kompliziert wurde es, als nach 1745 im habsburgischen Haus Erbe und Kaisertitel verschiedenen Personen zugeordnet waren: »Maria Theresia und der Kaiserinnentitel – eine »ausgeliehene« Würde?« ist das letzte Fallbeispiel des Buches über-

schrieben, in dem es um die problembehafteten Versuche Wiens geht, angesichts der königlichen Machtstellung und kaiserlichen Würde der Monarchin an den kaiserlichen Vorrechten festzuhalten. Wie bei den anderen Kapitelüberschriften kommt auch hier die Fähigkeit der Autorin zur knappen und präzisen Formulierung zum Ausdruck, welche die Lektüre des Buches insgesamt sehr angenehm macht.

Die an der Person orientierte Normenordnung der Ehre und das stärker zu Institutionalisierung tendierende System des Rechts gemeinsam zu betrachten ist, wie die vorliegende Arbeit eindrucksvoll bestätigt, vielversprechend. Fragen nach Normerzeugern und »Richtern«, nach Präjudizien und Protesten, Umgehungs- und Streitvermeidungsstrategien, bi- oder multilateralen Lösungen, Ausschluss und Zurücksetzung und viele andere mehr verdienen stärkere Beachtung. Regina Dauers Methode und Ergebnisse sind dabei richtungsweisend.



Elisabetta Fiocchi Malaspina

Ius gentium europaeum e la sua prassi: a proposito delle raccolte di documenti diplomatici*

Tre sono i codici al centro del volume di Massimo Panebianco: il *Codex juris gentium diplomaticus* redatto dal matematico, filosofo, diplomatico e giurista Gottfried Wilhelm von Leibniz nel 1693; il *Codex Italiae diplomaticus* di Johann Christian Lünig, pubblicato in quattro tomi nel decennio compreso tra il 1725 e il 1735 a Francoforte e a Lipsia e il *Corps universel diplomatique du droit des gens* di Jean Dumont edito ad Amsterdam tra il 1726 e il 1731.

Il discorso diplomatico si snoda tra l'analisi del contesto storico e sociale di una Europa in continua trasformazione e l'evoluzione del diritto delle genti: quest'ultimo viene dipinto attraverso la nascita dei codici diplomatici, »collocato« non solo nella realtà italiana, ma in quella europea e successivamente universale, con particolare attenzione agli Stati italiani preunitari, all'Europa pre e post Westfalia e ricondotto alle sue radici dall'età antica sino a quella moderna.

* MASSIMO PANEBIANCO, Introduzione alla codicistica del *Ius gentium europaeum*. Codice Lünig-Leibniz-Dumont, Napoli: Editoriale Scientifica 2016, 272 p., ISBN 978-88-6342-936-7

Centrale nella ricostruzione storico-giuridica è la volontà di presentare, attraverso i codici, una visione unitaria e al tempo stesso universale del diritto internazionale, prendendo in considerazione specifiche raccolte di trattati e di documenti diplomatici, che risaltano la natura dinamica e le peculiarità insite nella disciplina. Lo sguardo di osservazione offerto da Panebianco privilegia il concetto di spazio inteso come il luogo in cui la diplomazia ha potuto concretamente prendere forma: spazio che, a seconda del codice preso in considerazione, è rispettivamente italiano, europeo ed universale.

Il *Codice Lünig*, cioè il *Codex Italiae diplomaticus*, è una raccolta di prassi diplomatica relativa alla situazione politica della penisola italiana che copre un arco di periodo molto vasto, circa un intero millennio, dall'Europa Carolingia del IX secolo fino all'Europa della prima metà del XVIII secolo. Si tratta di una collezione di migliaia di testi diplomatici che ebbero un impatto «internazionale» all'interno di un contesto storico segnato da profondi cambiamenti, in cui l'Italia e le diverse realtà politiche che la compongono sono i protagonisti.

Panebianco si riferisce al *Codex Italiae* metaforicamente come una sorta di «confezione [...] di una storia cinematografica di dieci secoli mediante un codice diplomatico dall'Europa del 700, che da allora si aggira, come uno splendido fantasma, nelle biblioteche cartacee e telematiche come un unico e irripetibile nella storia dei rapporti italo-tedeschi» (25). Viene ricostruito il destino fortunato e sfortunato dell'opera: da un lato, infatti, essa testimonia lo sviluppo di un genere letterario dei codici diplomatici che contribuisce a descrivere in termini politici e giuridici la trasformazione europea e la prassi degli Stati; dall'altro, invece, i critici dei codici diplomatici hanno in parte ricondotto tali opere ai soli testi dei «sovrani, principi e diplomatici», sminuendone la loro portata. L'analisi si sofferma pertanto sulla spiegazione delle scelte compiute da Lünig, che ha incluso numerosi allegati riguardanti gli indici dei trattati riprodotti, al fine di fornire il contesto sia storico che politico della penisola italiana.

Il *Codex iuris gentium diplomaticus* di Leibniz viene affrontato in una corposa sezione del volume, in cui si riflette sull'importanza del codice per la storia della diplomazia moderna. In esso traspare tutta la formazione scientifica e culturale dell'autore e soprattutto viene introdotto un concetto di codice inteso come «strumento di accen-

tramento dello *jus gentium* in Europa» (54). L'arco di tempo preso in considerazione comprende circa trecento documenti diplomatici datati tra il 1087 e il 1500. La fortuna del *Codex iuris gentium* è ricondotta da Panebianco all'estensione dell'opera oltre il Sacro Romano Impero sino all'intera società europea, permettendo, quindi, di tracciare una storia normativa dell'Europa, incentrata sia sulla disciplina dei diplomi, sia sulle relazioni internazionali.

L'opera di Leibniz viene confrontata con quella di Lünig: in primo luogo si riscontra la diversa consistenza numerica dei diplomi riprodotti, oltre mille nel codice Lünig, di cui il *Codex* di Leibniz costituisce l'antecedente; in secondo luogo nel codice Leibniz, il giurista e matematico tedesco raccoglie i titoli di diplomi annotati e commentati insieme alla prassi diplomatica, mentre Lünig sembra più orientato ad essere un titolista dei trattati massimati.

È molto interessante come Panebianco utilizzi il codice Leibniziano per descrivere «l'intero percorso euro-nazionale ed euro-italiano dello Stato moderno, nelle sue varie dimensioni regionali-locali, nazionali ed universali», che si manifesta in un preciso momento di transizione dal diritto italiano a quello europeo «ben radicato nella storia fino agli ultimi miti della sua modernità» (152).

Il passaggio dal *codex* al *corpus* è al centro della disamina dedicata all'imponente opera di Jean Dumont: il *Corps universel diplomatique du droit des gens*. Esso è composto da documenti diplomatici raccolti in ordine cronologico. Panebianco minuziosamente ricostruisce la genesi del *Corps*, la sua creazione progressiva e graduale, l'apporto fornito anche da altri collaboratori, soffermandosi nello specifico sulle copertine dei singoli volumi, sul preliminare edito nel supplemento finale del 1739 in due volumi, con la firma di Jean Barbeyrac, sugli indici cronologici ad opera di Jean Rousset de Missy presenti nel tomo V del 1728, nonché su quello analitico e per materie, edito sempre nel *supplément* del 1739, posto alla fine del volume del *recueil historique*. Tre sono nello specifico gli elementi che emergono dal *Corps* e che contraddistinguono il suo utilizzo: *in primis* la finalità di voler riunire e archiviare documenti diplomatici e trattati di importante rilevanza; la necessità di avere un supplemento che corrisponda ai tempi più recenti ed infine la presenza di un cerimoniale diplomatico rivolto non soltanto alle convenzioni pubbliche ma anche al corpo diplomatico.

L'importanza del *Corps universel diplomatique du droit des gens* è costituita dalla nuova rappresentazione del sistema europeo generatosi dopo la pace di Westphalia: il diritto internazionale è ora da intendersi come *jus inter gentes* e non come *jus inter civitates*. A tal fine viene, pertanto, illustrato come il diritto delle genti elaborato all'interno dell'opera svolga «una funzione esclusiva ed unica come diritto delle genti europee, all'interno dello spazio giuridico internazionale universale inteso come diritto pubblico degli Stati e dei popoli europei» (160).

Sono gli stessi documenti diplomatici a fornire la prova della trasformazione europea, della creazione del «concerto europeo», dell'equilibrio di potere, dell'introduzione del francese come lingua della diplomazia e dell'affermazione del vocabolario diplomatico e giuridico.

La parola chiave per comprendere questo cambiamento è «universale».

Si assiste, infatti, ad un determinante spostamento dell'obiettivo dalle collezioni squisitamente europee, in cui al centro vi erano singoli o alcuni Stati europei a raccolte con finalità universalistiche: ed è proprio tale finalità che contraddistingue l'evoluzione del diritto internazionale e le relazioni tra gli Stati durante tutta l'epoca moderna.

Accanto all'opera di Dumont è necessario richiamare anche il *Recueil des principaux traités d'alliance, de paix [...] conclus par les puissances de l'Europe tout entre elle qu'avec les puissances et états dans d'autres parties du monde* di Georg Friedrich von Martens edito a Gottinga nel 1791, che ha rappresentato, insieme al *Corps*, un significativo punto di riferimento diplomatico in ambito europeo ed extraeuropeo.

Successivamente le raccolte del secolo XIX si contraddistinguono per collezionare al loro interno i repertori di trattati internazionali e quelli nazionali, quasi a divenire specchi delle molteplici relazioni statuali con risvolti non solo politici, ma anche economici, finanziari, sociali e culturali. Nel corso del Novecento, invece, si assiste ad un profondo cambiamento perché le raccolte di trattati internazionali acquistano rilevanza più squisitamente storica e hanno come protagonisti le Organizzazioni internazionali ed europee.

Una sezione del volume ha ad oggetto la ricostruzione della tradizione storica della comunità internazionale attraverso l'analisi dei documenti e dei testi giuridici: il punto di partenza è la geopolitica del mondo antico, con particolare riferi-

mento all'Asia occidentale e all'Africa mediterranea, al sistema romano dello *jus gentium*, in cui Panebianco approfondisce le peculiarità e riconduce il principale punto di forza nella sua valenza sia sotto l'aspetto privato che pubblico: «di qui il suo straordinario successo ai fini della creazione di un patrimonio giuridico prima limitato all'Italia [...], poi esteso all'Europa [...], poi esteso all'intero mondo in senso universale [...]», fungendo da «collante» fra diritti statali nazionali, come un ordinamento ponte, destinato al «co-ordinamento» di tutti gli altri» (187).

La disamina sul mondo antico si sviluppa inoltre in una attenta riflessione sull'origine dello *ius gentium europaeum* inteso come spazio giuridico compreso tra due distinte frontiere culturali, sociali, politiche e religiose: una prima frontiera che lo delimita è quella euro-cristiana a partire dal 476 d. C. ed una seconda euro-islamica (628 d. C.). Per l'epoca medievale vengono presi in considerazione i trattati carolingi dei secoli VI e VIII; i trattati pontifici dell'VIII secolo, ma in particolare i trattati imperiali durante il periodo di Carlo Magno, che hanno avuto lo scopo di «facilitare», l'esercizio e il ripristino del potere regale e imperiale e la contestuale delimitazione dei confini interni dello spazio giuridico. Per quanto invece riguarda l'epoca moderna è stato scelto di illustrare l'*Europäische Völkerrecht*, soprattutto il decisivo apporto fornito dal giurista tedesco Johann Jakob Moser per il diritto delle genti: il programma scientifico di Moser, come spiega Panebianco, si caratterizza per aver elaborato una serie di disposizioni di diritto internazionale, stabilendo le peculiarità del sistema europeo settecentesco.

Il percorso giuridico di Moser e la sua maturità scientifica vengono affrontati attraverso i suoi scritti dedicati al diritto delle genti in tempo di guerra e in tempo di pace, basti solo citare il *Grund-Sätze des europäischen Völker-Rechts in Kriegs-Zeiten* edito a Tubinga nel 1752. Essi costituiscono gli antecedenti del *Versuch des neuesten Europäischen Völker-Rechts in Friedens- und Kriegszeiten*, edito in dieci volumi a Francoforte tra il 1777 e il 1780: si tratta di una opera di significativa importanza come raccolta-repertorio di trattati. Tre sono i principi ispiratori del *Versuch*: l'obbligatorietà, che traspare nei primi libri, dedicati ai diritti dei sovrani; la reciprocità, che si manifesta, ad esempio, nel terzo libro, relativo al diritto degli Stati sovrani di determinare un proprio cerimoniale diplomatico; ed infine la sanzionabilità, a cui è

dedicata l'ultima parte dell'opera, intesa come una serie di garanzie da rispettarsi nelle controversie internazionali.

Per Panebianco il *Versuch* è »la prova documentale della transizione tra il diritto internazionale imperiale al diritto interstatuale. [...] Le nazioni europee, come eredi e successori, riterranno di essere degne di assumere [...] la funzione di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale«. La Società delle Nazioni e successivamente l'Organizzazione delle Nazioni Unite del 1945, rappresentano una risposta, ma »quella sfida è ancora in corso, innanzi agli occhi del giurista del XXI secolo« (245–246).

Il volume è completato da una appendice in cui sono catalogati i diplomi del Sacro Romano Impero nel periodo intercorrente tra l'800 e il 1725; i titoli riportati nella parte speciale del *Codex Lünig*, nonché gli indici-elencchi dei diplomi inerenti alla penisola italiana tra la seconda metà del VI secolo e la prima metà del XVIII secolo, prendendo in considerazione, a seconda del contesto storico-geo-

grafico, il Ducato di Milano, il Ducato di Savoia, il Gran Ducato di Etruria (Toscana), il Ducato di Mantova e di Monferrato, il Ducato di Modena e Reggio, la Repubblica Veneta e la Repubblica di Genova.

I diversi angoli di osservazione presentati da Panebianco offrono un quadro articolato e complesso di una disciplina in continua trasformazione, attenta alle esigenze politiche e sociali, ma anche riflesso della tradizione storica della comunità internazionale, che affonda le sue radici nella pratica diplomatica, quale protagonista, nel corso dei secoli, dei mutevoli rapporti tra gli Stati. Le raccolte di documenti diplomatici, quali il *Codex juris gentium diplomaticus*, il *Codex Italiae diplomaticus* e il *Corps universel diplomatique du droit des gens*, sono un perfetto esempio di cristallizzazione giuridica dell'evoluzione della diplomazia »nei grandi spazi internazionali: italiano, europeo ed universale«.



Fupeng Li

And or With Others: Normative Orders of Nations in South and Southeast Asia, c. 1500–1900*

In the past 30 years, the end of the Cold War and the breakdown of the modernist frame of politics have promoted the historical turn of international law. A non-Eurocentric narrative of international law is needed not only to help it go beyond the geographical and conceptual self-justification, but also to open itself to other normative orders.¹ This presents an intellectual and normative challenge to legal historians, who increasingly

explore the normative dialogue and competition in interstitial areas, such as South and Southeast Asia in their existence between the Islamic, Sinocentric and European orders. It is this issue and this important era of globalisation that Clara Kemme's book examines roughly over the period from 1500 to 1900, in particular how the key concepts of tribute and treaty were understood through diplomatic ideas and practices in South and Southeast

* CLARA KEMME, *Between Tribute and Treaty: Implementing the Law of Nations in South and Southeast Asia, c. 1500–1900* (Rechtsgeschichtliche Studien 75), Hamburg: Verlag Dr. Kovač 2017, 377 p., ISBN 978-3-8300-9493-7

1 MARTTI KOSKENNIEMI, *Why History of International Law Today?*, in: *Rechtsgeschichte* 4 (2004) 61–66, <http://dx.doi.org/10.12946/rg04/061-066>.

Asia, how the treaty system as a product of international law became global and why it prevailed over other systems of order (2).

The comparison *Between Tribute and Treaty* guides the narrative with eight chapters and three broadly chronological, themed sections. In addition to the temporal dimension, a triple geographical comparison runs through each chapter, including namely India and the Indonesian archipelago, the British and Dutch East India Companies as well as European international law and Asian normative orders. However, the subtitle strikes a balance by taking the conceptual framework of European international law as the epistemological criterion and applying it to other areas (352).

The first chapter provides a brief overview on the conceptualisation of the law of nations, essentially focusing on the preconditions of treaty making, such as authority and territory, statehood and sovereignty, independence and equality. Kemme argues that the »original« period (16th–18th century) of international law provided more space for interpretation before the imperialist stage (19th century). Chapter two continues by examining how public authorities in India and the Indonesian archipelago were conceptualised and organized in comparison to the European model of sovereignty and statehood. Kemme argues that »sovereignty« in pre-colonial South and Southeast Asia represented more a symbolic and spiritual authority than absolute power in a certain domain, and »state« stood for something like a network independent of the territory. The diversity of political authorities constituted loose normative orders, which made it possible not only to conclude official agreements with each other, but also provided the British and Dutch East Indian Companies the opportunity to penetrate them.

Chapters three and four focus on the tribute system, an alternative normative order outside Europe to regulate formal relationships between political entities in India and the Indonesian archipelago. Kemme examines how political entities communicated with each other and whether communication took place in a supra-local normative framework (93). The Indian Ocean functioned as a connector that facilitated very early exchanges between rulers in the Hindu and Islamic worlds. Maritime Southeast Asia was on the edge of the world, but the tendrils of the Chinese tribute system and the Islamic order reached it nonetheless. Kemme reveals a more complicated picture of

diplomatic exchange in practice, such as war and peace, the formalisation of agreements as well as letters and gifts. Beyond practice, Kemme shows a very different worldview that emphasized cosmological order, supernatural power and ritual expression, promoted a multi-centred network and underpinned the tribute system and its openness.

The multi-centred political structure in South and Southeast Asia offered Europeans far more room for manoeuvre. In chapters five and six, Kemme analyses the provisions of the treaties concluded by Europeans with local entities in the 18th and 19th centuries. The treaty functioned as a new normative mechanism for transforming the European powers from being just another player to a central role in pitting local entities against each other. Moreover, the European powers redefined the tributary relationship gradually by placing themselves at the core of the tributary hierarchy as arbiters and mediators. Kemme devotes chapter seven to the context of treaty making, where she argues that the motivation and fulfilment of treaties were changing dramatically with the shifts in the relative strength of both sides. The treaties brought regional prosperity and stability based on mutual respect and benefits in 18th century, however, they also served as a political instrument to erode native authority in 19th century. Her argument is convincing, it offers an interactive perspective on the motivations and actions centred around treaties, and it provides a nuanced understanding of the normative dependency on treaties. The last chapter focuses on how the normative framework of the treaty entangled with the tribute order. Kemme argues a customary colonial system formed gradually, relying on strategic interpretations and deviating from their original understandings (336). The colonists and natives produced a hybrid normative order through their discourse and became hybrids themselves in supporting or refuting the Other in their coexistence.

This book is of interest to anyone researching the history of international law in a global perspective, British and Dutch colonial histories and the pre-colonial history of India and Indonesia. In contrast with theoretical works in this field, Kemme takes a different approach linking the theoretical framework of international law to its practice (351). However, her analysis and description of the practice are trapped in the conceptual cycle of self-definition. Although Kemme points out that non-European orders cannot be described with the

terminology of international law, the latter has been used as a framework of comparison in her study as well as for identifying the elements creating »a« global normative order (352).

Kemme's study on South and Southeast Asia shows her keen intellect, since the dependencies and peripheries are essential for understanding the global history of international law. In India and the Indonesian archipelago, various normative orders interacted with and depended on each other, each serving as self and other simultaneously. As a normative instrument, treaties and tribute were media that connected the self to the other (37). The homogeneous universality of Christian-European international law hypothesises a dialogic mechanism between one nation »and« its equivalent, so a treaty can potentially convert others into »Us«. Tribute is a gift passing among various political entities to symbolise bilateral relationships

based on mutual interest and respect. The relative centres connect themselves »with« others in a hierarchical order. It stresses dynamic relationships rather than the equality of legal status. Thus, formal inequality leads to openness and diversity (131, 179). How we think about others, »and« or »with« other, lays the foundation for different normative orders. It is necessary to apply some kind of terminology, such as multinormativity, to respond to the epistemological challenge and to understand the dynamics of normative (re-)production.² Kemme makes an excellent contribution to rethinking the global order. However, for legal historians of international law, imperial history and regional study on South and Southeast Asia, there is still open space for intercultural dialogues.



Justine Keli Collins

A Comprehensive Analysis of English Case Law on Colonial Slavery in England*

Colonial slavery in the English Atlantic world continues to spark a plethora of scholarship of varying depth. A large amount of such literature was in response to the landmark case of *Somerset v Stewart*. Recently, Dana Rabin delved into a comparative history of arguments from the *Somerset* case premised on the connectivity between villeinage and slavery and its delineations of property, freedom and »bloodlines«. *Sharp's Cases on Slavery* follows suit – Andrew Lyall, an Irish legal historian and adviser at the University of Richmond's Center for Law Reporting – addresses case law concerning the legal status of African slaves who were brought to England from its colonies. The protagonist of these cases was Granville Sharp, a civil servant and the first English abolitionist. His accounts of the

numerous cases he worked regarding contested slave statuses provided the essential background for this book.

Lyall collated Sharp's manuscripts through in-depth multi-archival research that spanned several locations in the USA and the UK. With the exception of the *Zong* case, which touched on issues of insurance and maritime law, the cases predominantly cover slave status. The personage linking that case to the other cases is the judge, the eminent Lord Mansfield, who is another major figure in the book, as he presided over most of the relevant proceedings. *Granville Sharp's Cases on Slavery* starts with an introduction to all the pertinent cases and figures to provide the necessary foundation for the reader. One is not simply given

2 THOMAS DUVE, *Global Legal History: A Methodological Approach*, Oxford Handbooks Online 2017; THOMAS DUVE, Was ist »Multinormativität«?

– Einführende Bemerkungen, in: *Rechtsgeschichte – Legal History* 25 (2017) 88–101, <http://dx.doi.org/10.12946/rg25/088-101>.

* ANDREW LYALL, *Granville Sharp's Cases on Slavery*, Oxford / Portland, OR: Hart Publishing 2017, VII, 424 p., ISBN 978-1-5099-1121-9

the cases to peruse but also a vivid depiction of English society and the plights of the blacks therein. In this regard, Lyall draws the reader in, with context, which is essential to those unfamiliar with the intricacies of English case law.

English law's lack of clarity concerning the status of slaves in the American or West Indian colonies is a major theme of this book. The cases illustrated the confusion the judiciary faced in deliberating over various incidents that called a black person's situation into question. It pointed to the law's lack of precedent and inability to properly deal with slave issues. In this vein, Lyall indirectly points out the paradox in the English slavery regime: while slavery was legal in the colonies and was the catalyst for the Industrial Revolution and much economic success for England, the English judicial system and English society were not ready or equipped to deal with the repercussions of the very system that enriched them, especially when these consequences required attention in England. English society seldom experienced much of colonial slavery or its substance. These cases and the reluctance of the judiciary to deal with such matters exposed this fact.

Lyall also explores the notion of slaves as property – an issue that has kindled a wealth of debate and scholarship. English case law was not consistent on this matter either. An array of cases concerning various slave issues in England all touched upon whether owners' slaves constituted property in the colonies. However, each case seesawed between decisions allowing contested slaves their freedom in England and those enabling their captivity and re-enslavement in the colonies. This oscillation went on from 1600s right up to the seminal case of *Somerset v Stewart* in 1772.

The book is not simply about the litigation on the predicaments faced by blacks in England. It also examines the transcripts of the central character of the work, Granville Sharp. Sharp was greatly inspired by the case of a teenaged, battered young black man (*Stapylton* case), which catalysed his study of law and his abolitionist movement. Much of the book depicts the various deliberations and arguments of those involved in this case, especially Sharp's detailed remarks. Through Sharp's tran-

scripts, Lyall exposes the confusion of practitioners over the Lordships' opinions and judgments. The failure to provide a clear stance on slave status within England was due to the hesitancy of the judiciary to upset the »Planter oligarchy« of the colonies, many of whom were their own business associates. Furthermore, this disinclination to decide on the matter also marked their awareness of the profitability of the trade that served their empire so well.

Lyall concludes with a letter from William Blackstone to Sharp, followed by a synopsis of relevant parts of his *Commentaries* on slave status in England. Blackstone's commentaries appeared to provide the basis of Mansfield's judgment in *Somerset*; that is, English common law provided a spirit of liberty, which was an integral part of English constitution, namely *habeas corpus* and foreigners. This *habeas-corpus*-and-foreigners proviso meant that liberty was a right guaranteed for all who set foot on English soil regardless of ethnicity, creed or origin.

What this work omits is an account of the impact these cases had on the colonies. The brief look into Virginian slave law as colonial law, though succinct, lacks insight into slave law in the island colonies. If a report is to be representative of the colonies, it should at least discuss each major slave-holding territory.

Lyall succeeded in allowing the vast amount of primary sources he discovered to speak for themselves. Reproducing the various cases, letters, opinions and transcripts provides the reader with a vivid picture of the complexity involved in Sharp's struggle for justice and freedom for the blacks in England. He also manages to give insights into Mansfield's life outside the courthouse, which enables the reader to understand his judgments and the difficulties he faced in reaching them. The number of cases, some unreported, is extraordinary and will be a boon to legal historians working on colonial slavery. This book augments the extant scholarship on slave status and *Somerset*, as it lends additional sources to further develop and understand these complex legal issues.



Antoni Lahondès

Sujets et souverain*

Interdépendances dans l'Empire britannique du XVIII^e siècle

L'ouvrage d'Hannah Weiss Muller explique les liens qui unissent les sujets et leur souverain dans l'Empire britannique du XVIII^e siècle. Le statut de sujet du roi conférait une certaine protection des droits, garantissait des privilèges et pourvoyait une liberté politique souvent enviée, comme le rappelle l'auteure, par des intellectuels européens, notamment français.

Or, ce lien qui unissait chaque Anglais à son souverain, tel qu'il s'est construit depuis le Moyen Âge (en particulier après Conquête normande de 1066) est à l'épreuve des grands changements politiques et démographiques du XVIII^e siècle, autant en métropole que dans ses colonies. L'Acte de l'Union de 1707 forme la Grande-Bretagne à partir de l'Angleterre et de l'Écosse. Dès lors, on parlera de sujets britanniques plutôt qu'anglais. Au cours du XVIII^e siècle, l'Empire colonial britannique s'étend considérablement. Il est question dans cet ouvrage des habitants de Gibraltar et de Minorque (acquises par le Traité d'Utrecht de 1713), du Canada et de Grenade (acquis par le Traité de Paris de 1763), et enfin du Bengale. L'Empire compte alors une population de plus en plus importante et hétérogène, ce qui va mettre à l'épreuve ce statut de sujet. En effet, il ne faut pas entendre seulement «sujet» par «assujetti», mais plutôt par «citoyen». Toute personne assujettie (au sens générique du mot) n'est pas nécessairement sujette, ceux qui sont assujettis sans être sujets du roi, sont généralement appelés les «habitants». Les populations indigènes sont assujetties à l'autorité de leur puissance coloniale, le plus souvent sans être des sujets du roi. Elles sont uniquement abordées sous l'angle de l'attribution éventuelle de ce statut, ou du moins de certaines de ses caractéristiques. Les esclaves sont quant à eux hors du champ de l'étude car il n'était pas question que des droits, et encore moins que le statut de sujet ne leur fussent accordés.

L'extension de ce statut à tous les habitants de l'Empire, ou bien le fait de le réserver aux seuls «vrais Britanniques» est donc à la fois une question de droit privé (statut personnel) et une question structurelle, politique.

Dans les deux premiers chapitres, l'auteure remonte à l'Angleterre médiévale, où ce statut est avant tout synonyme d'allégeance au roi, qui protège en contrepartie ses sujets. Alors que la sujétion est étendue au XVII^e-XVIII^e aux Écossais et à d'autres peuples des colonies, les lois et la jurisprudence qui régissent ce statut vont s'enrichir. Les éléments déjà présents au Moyen Âge vont alors connaître un renouveau (telle la protection offerte par la Magna Carta, 1215), puis seront renforcés (Déclaration des droits, 1689). Le statut de sujet sera étendu aux Écossais nés après 1603, date de l'Union des Couronnes (Calvin's Case, 1608): puisque le même souverain règne sur l'Écosse et l'Angleterre, les enfants qui naissent dans ces royaumes (droit du sol) deviennent sujets du roi d'Écosse et d'Angleterre (Jacques VI/I). Le statut *De Natis Ultra Mare* (1351) accordait le statut de sujet aux enfants nés de parents anglais à l'étranger (droit du sang).

Ce «corps de droits» garanti par ces Chartres anglaises octroie droits et privilèges aux sujets de Sa Majesté. La double dimension historique: union entre le sujet et le souverain (allégeance) et les privilèges et libertés des sujets (octroyés et protégés par le roi) est mise en perspective, au XVIII^e siècle, de part et d'autre de l'Empire. Aussi sommes-nous emmenés en «Méditerranée britannique» (troisième chapitre), principalement à Gibraltar et Minorque où apparaît l'opposition entre sujets «réels» et «prétendus». Les premiers sont les «vrais anglais», les sujets «prétendus» sont ceux parmi la population autochtone qui aspirent à la protection du roi, alors que ce statut n'est accordé qu'à ceux

* HANNAH WEISS MULLER, *Subjects and Sovereign: Bonds of Belonging in the Eighteenth-Century British Empire*, Oxford, New York: Oxford University Press 2017, 344 p., ISBN 978-0-19-046581-0

qui sont nés après la capture de ces territoires. Dans cette première moitié du XVIII^e siècle, on entrevoit, à partir de cas bien présentés, les défis auxquels serait confrontée une sujétion trop étendue: Londres doit-elle porter secours aux habitants de ses territoires lorsqu'ils sont capturés par des corsaires? S'ils sont sujets, oui, d'autant qu'ils n'hésitent pas, loin de la métropole, à se prévaloir des privilèges que leur confère ce statut. Les autorités britanniques ont alors davantage de responsabilités. En accordant au plus grand nombre ce statut de sujet, la vocation commerciale de ces colonies est dépassée, elles deviennent ainsi des territoires à intégrer politiquement.

Les deux derniers chapitres (4 et 5) portent sur la seconde partie du XVIII^e siècle, durant laquelle l'Empire connut une transformation considérable, avec la conquête puis l'intégration en son sein de populations non-britanniques, non-protestantes, mais chrétiennes, telles que les Français du Canada et de Grenade. Lors de la conquête de ces territoires, les Britanniques s'étaient engagés à ce que les Français qui souhaiteraient y rester deviennent «sujets du roi», une différenciation apparaît alors entre les «vrais sujets» et «nouveaux sujets» dans ces colonies. Une analyse à la fois juridique et sociologique illustre les rivalités entre ces deux groupes; dans le cadre des lois et de la «constitution» anglaise, se mêlent intérêts privés contradictoires et oppositions ethno-religieuses. Le principal point d'achoppement est la liberté garantie à ces catholiques par le Traité de Paris (1763) de pratiquer leur religion «en tant que le permettent les lois de la Grande-Bretagne». Cela doit-il leur accorder exactement les mêmes droits que les Britanniques?

Outre les droits «judiciaires» de ces sujets, la question de la représentation politique que le modèle britannique pourvoit est en jeu. Le système colonial laissait jusqu'alors les Britanniques seuls maîtres des assemblées représentatives qu'ils avaient créées outre-mer. Or, cette population chrétienne d'origine française remet en cause ce

«monopole». Une solution en demi-teinte apparaît: leur accorder les droits civils, et leur refuser tout ou partie des droits politiques, ce qui crée deux catégories de sujets.

La situation est encore plus complexe dans la grande région du Bengale, où les Britanniques étendent progressivement leur contrôle à partir de Calcutta, car non seulement un droit, mais aussi des institutions anciennes y sont maintenues, sous le patronage de l'empereur moghol, qui est en quelque sorte un co-souverain. De plus, la population de cette région est très diverse: hindous et musulmans côtoient une population européenne bigarrée. Les autorités et les juristes sont alors confrontés aux défis du pluralisme juridique (autant en droit privé qu'en droit public). Ici, le modèle qui a été étendu outre mesure de l'Écosse au Québec montre ses vraies limites, il ne sera pas extensible à l'infini, et il faut inventer de nouveaux modèles intermédiaires, en fonction du contexte local. Pendant ce temps, l'allégeance des «vrais sujets» se dérobe dans les treize colonies.

Le statut de sujet est souvent représenté sous son meilleur jour. Il pourrait être mis en perspective avec des exemples moins favorables, le peuple acadien a ainsi surtout souffert de son assujettissement. L'ouvrage aurait alors emprunté une direction plus critique. Le style littéraire de cet ouvrage rend sa lecture fluide et agréable, y compris pour des lecteurs dont l'anglais n'est pas la langue première. C'est un voyage dans le temps et dans l'espace, un récit vivant, des airs de *Tour du Monde en 80 Jours* chez les sujets du XVIII^e siècle. Hannah Weiss Muller a écrit plusieurs articles ainsi que sa thèse de doctorat sur des thèmes voisins. Cette connaissance approfondie du sujet, la «mobilisation» d'un grand nombre de sources primaires, ainsi qu'une belle plume sont les clés de cet alliage réussi qui concilie plaisir de la lecture et apport scientifique.



Victoria Barnes

Corporations in the British Empire in the Wake of the American Revolution*

Corporations and American Democracy's exploration into the history of the corporation is prompted by recent decisions in the Supreme Court of the United States. In both *Citizens United* and *Hobby Lobby*, the litigants, lawyers and those on the bench engaged in a debate about the rights of corporations. Lamoreaux and Novak's edited collection asks what the original understanding of the corporation was at the time of the American founding. The answer given in the ten essays has important ramifications for contemporary law-making in the aftermath of these two landmark cases. Using research on the original understanding of law and ideas at the time of the founding, jurists have a better understanding of the American constitution and its intended meaning. This line of judicial reasoning means that historical research is firmly on the lawyer's agenda. Arguments steeped in originalism often appear as judicial ammunition for those on the political right who are resisting change and seek continuity with the past. While the use of historical study in the courtroom has a political objective, scholars on both the left and right have perused legal-historical research under the cloak of originalism.

The ideas embodied by the American constitution at the time of the nation's founding tend to be seen as truly American. The founding fathers and American colonists were, however, familiar with English law and the concept of the corporation as defined by it. In English law, a corporation, such as a city, town, guild, club, body, or business, was characterised most clearly by its legal personality. This was separate from the individuals who came together jointly to create it. The corporation would thus have an infinite life span that was independent from the finite lives of its owners. The corporation would have the ability to own property and enter into contracts in its own corporate name. The latter would mean the corporation was liable for its

debts, and it was capable of possessing limited liability. To become a corporation in 18th-century England, an organisation needed a charter. A charter was usually obtained through the parliamentary process, and parliament was the main regulator of corporations. A collective would petition parliament to obtain exclusive corporate status.

This system of corporate chartering was not an English invention. England copied this model from other jurisdictions. Antecedences can be found in Dutch company law, for example. While this method of corporate promotion and regulation was not British in origin, it was used throughout the colonies of British Empire. Cawston and Keane's *The Early Chartered Companies* shows that Britain's colonial possessions were, for the most part, settled through chartered companies. After those communities were established, the system of trade and commerce created in the British Empire was organised through the same mechanism. Chartered companies were the principal instrument used to raise the capital, which was necessary to create long-distance networks and foster global trade. The global lineage of corporations and corporate charters is hard to trace; the present volume focusses on the American experience.

Charters in the thirteen states, which later became part of the United States of America, were either granted by parliament in England or the governors of colonies. When the states became independent, this was a moment for the greatest divergence from the English model. A clear bifurcation of the English and American systems is visible in a number of contexts, but most curious here is the American obsession with »corporations«. In the language of English trade and commerce, the word »company« is used predominantly. The expression »corporation« is an unashamedly legal term; it has a firm and uncompromising legal definition. In the English commer-

* NAOMI R. LAMOREAUX, WILLIAM J. NOVAK (eds.), *Corporations and American Democracy*, Cambridge/MA: Harvard University Press 2017, 528 p., ISBN 978-0-674-97228-5

cial world, the growth of corporations, unincorporated entities, joint stock companies, and partnerships gave rise to much confusion. As those in English society were unable to tell whether an organisation was a corporation or not, they navigated this dilemma by using a non-legal term, such as »company«. This proved to be a safer and more accurate option. Economists now adopt the same policy with the term »firm«. In the event that it is not clear if a business fulfils the legal requirements needed to become a corporation, the entity is described as a »firm«. Ronald Coase's *The Nature of the Firm*, first published in 1937, was one of the first texts to give rise to this style of economic analysis.

American legal scholars seem to be, by contrast, confident in stating that what they are dealing with is a corporation. This is also due to path dependency and the particular economic context of the nation's founding. It was created at the time when, in English society, share markets were regionally disintegrated, spatially separated and buoyant. Provinces in regions, such as the north-west and north-east of England, generated excess wealth through exporting goods, such as cotton, wool and other merchandise. Merchants, traders and businessmen then looked to invest their profits into new financial schemes. Those organisations took the form of both corporations and unincor-

porated companies. By contrast, looking in the American mirror, society consisted for the most part of migrants who were relatively poor. Limited liability – and, in other words, corporationhood – was the kick that individuals needed to persuade them to invest in what would otherwise be a risky venture. There were of course the non-profit corporations, which were a different phenomenon on both sides of the Atlantic.

Overall, the edited volume provides answers to relevant questions in contemporary political and legal debate about corporate personhood, corporate power and corporate responsibility. It pushes past the story of the origins to note changes in development until the present day. The volume is divided by period, which is helpful in signposting when and why those changes took place. The standard of research is very high, with each essay containing rigorous analysis and carefully scouted material. The edited collection contains a natural blend of economic and legal history, which will please readers from either community. It will be of interest to any reader who wishes to know more about how American lawyers, politicians and businessmen devised their own system of corporate regulation once they had ended their tie with the British Empire.



Cecilia Cristellon

Ansie conversionistiche e riforme mancate nella Roma del 18° secolo*

Una notte del 1749 la giovane ebrea romana Anna del Monte, diciottenne membro di un'importante famiglia del ghetto, fu prelevata in casa dagli sbirri e condotta alla Pia Casa dei Catecumeni – un'istituzione fondata nel 1542/43 per ospitare

coloro che intendevano convertirsi al cattolicesimo. Nel caso di Anna, si voleva sondare la sua volontà di convertirsi e indurla a compiere tale passo. Questo rapimento era una misura legale – come è noto anche dai lavori di Marina Caffiero –

* KENNETH STOW, *Anna and Tranquillo. Catholic Anxiety and Jewish Protest in the Age of Revolutions*, New Haven/London: Yale University Press 2016, 312 p., ISBN 978-0-300-21904-3;

vedi anche il contributo »Nicht-christen in der Geschichte des kanonischen Rechts« di CHRISTOPH H. F. MEYER in questo numero.

che poteva colpire qualunque ebreo fosse accusato di aver manifestato il desiderio o l'intenzione di convertirsi al cattolicesimo – ma anche colui o colei che un convertito avesse «offerto» alla fede cristiana, qualora il neofito potesse rivendicare su di lui/lei la *patria potestas*, interpretata in senso lato. Era stato un sedicente promesso sposo – il neofito Sabato Coen – ad offrire alla fede Anna del Monte, probabilmente con la speranza di stipulare un matrimonio vantaggioso al quale egli avrebbe potuto difficilmente ambire, considerando le sue umili origini. Anna fu trattenuta ai Catecumeni per 13 giorni, dei quali tenne il novero mettendo da parte una delle due uova che le venivano portate quotidianamente su sua richiesta. Durante l'internamento resistette ai tentativi conversionistici, alle lusinghe e alle minacce di ecclesiastici e neofiti e finanche al maldestro tentativo di battesimo di un predicatore, che cercò di perfezionare il rito gettandole addosso dell'acqua – tentativo al quale la giovane reagì dichiarando di non voler aver nulla a che fare con le sue «superstizioni» e di subire il gesto come «se le avesse urinato addosso un cane». Salda nel rifiuto del battesimo, Anna fu infine restituita al ghetto.

La storia di Anna ci è nota dal suo diario, che scrisse in forma di appunti dopo il suo ritorno in ghetto, ma che fu elaborato, ampliato e pubblicato nel 1793 da Tranquillo, suo fratello e figura eminente della comunità ebraica romana.

Fra la data del sequestro di Anna e quello della pubblicazione del «diario» era trascorso quasi mezzo secolo, durante il quale erano stati sferrati pesanti attacchi alle ambizioni universalistiche della Chiesa. Roma vi aveva opposto una dura reazione, avversando ogni tentativo di separare Stato e Chiesa. La persistenza dello stato confessionale impediva che gli ebrei romani potessero godere dei diritti dei quali, almeno a livello teorico, iniziavano a beneficiare i loro correligionari francesi e americani, equiparati agli altri cittadini in virtù delle leggi dello stato. Proprio il contrasto stridente fra la nuova condizione degli ebrei dell'Europa occidentale e d'America – nota a Tranquillo dalla corrispondenza che intratteneva con gli ebrei d'Amsterdam e d'Inghilterra – e la condizione in cui versavano gli ebrei romani – contro i quali venivano emessi provvedimenti sempre più restrittivi e verso i quali veniva adottata una politica conversionistica sempre più aggressiva – indussero Tranquillo a pubblicare il diario, opportunamente modificato ed integrato così da divenire ad un

tempo cronaca familiare, fonte di educazione morale ebraica, manuale di resistenza, veicolo di protesta politica. Spunto diretto per la pubblicazione fu probabilmente un caso concreto particolarmente tragico, con il quale Tranquillo dovette confrontarsi assieme agli altri due fattori del ghetto che nel 1793 ricevettero il conto delle spese sostenute ai Catecumeni per Grazia, nuora di un certo Giachetto, ebrea gravida rilasciata dopo un soggiorno alla Pia Casa con l'obbligo di «consegnarsi il feto dopo sgravata ai Christiani» (62). Grazie all'intervento dei fattori la donna ottiene infine che «il feto resti alla madre nell'ebraismo» (63).

Kenneth Stow rilegge dunque la storia di Anna (e Tranquillo) alla luce delle correnti riformatrici e rivoluzionarie settecentesche – e dell'importante risvolto che esse ebbero in materia di diritti per gli ebrei di Francia e di America, ma preclusi a quelli di Roma. Dopo aver presentato il diario e la sua genesi ed aver offerto al lettore la traduzione inglese del documento (cap. 1), l'autore cerca di ricostruire il destino di Anna, marchiato dall'esperienza ai Catecumeni (cap. 2). Il soggiorno nella Casa, il timore che potesse esservi ricondotta e che potessero esservi internati eventuali figli inducendola alla conversione, come era successo ad altre donne, le preclusero probabilmente la prospettiva del matrimonio. A metà Settecento la maggior parte degli ebrei di Roma erano imparentati, fatto che destava preoccupazione all'interno del ghetto, in considerazione dell'aggressiva politica conversionistica di cui gli ebrei erano oggetto. Poiché persino un parente lontano poteva compiere un'«offerta alla fede», infatti, tutti gli ebrei romani erano in qualche modo direttamente minacciati – oltre che offesi, quando uno di loro veniva sequestrato e condotto alla Pia Casa. La conversione di uno dei suoi membri, peraltro, poteva portare la famiglia alla rovina, poiché non appena un suo giovane componente si convertiva, egli aveva diritto a ricevere immediatamente la sua parte di eredità (58). Qualora si trattasse, come era spesso il caso, di un minore, la somma sarebbe stata investita al monte di Pietà – istituzione in concorrenza con i banchi ebraici. Il soggiorno ai Catecumeni, insomma, aveva irrimediabilmente condizionato il destino di Anna, che non si sposò mai. L'autore arriva ad ipotizzare che l'esperienza nella casa abbia minato la sua salute psichica e fisica, provocandole una morte relativamente precoce a 47 anni – un'età però non eccezionale, per l'epoca.

Il cap. 3 ripercorre la storia del ghetto, che versava, nel Settecento, in condizioni miserevoli, frutto di una consapevole politica adottata dal papato fin dal Cinquecento, intesa a rendere la vita degli ebrei talmente sgradevole da indurli alla conversione. Fondato nel 1555 da Paolo IV con la bolla *Cum nimis absurdus* il ghetto rivoluziona la struttura abitativa degli ebrei, che risiedevano precedentemente in tutta la città. Il procedimento riguardava tutti i territori pontifici e condizionò anche la politica di quelli adiacenti, che si esplicò in forme analoghe a quella romana.

L'obiettivo di rendere miserevole la vita degli ebrei in modo da indurli alla conversione fu perseguito sia con misure economicamente vessatorie, sia limitando l'autonomia amministrativa ebraica. All'aumento drastico della pressione fiscale si accompagnò la chiusura dei banchi e una serie di misure atte a privare gli ebrei del diritto di autogoverno – la più grave delle quali consistette nella proibizione degli arbitrati in cause fra ebrei con il conseguente obbligo di ricorrere alla giustizia papale (cap. 6).

Nel Settecento le misure restrittive si accentuarono. L'offensiva si apre nel 1731 con una nuova confisca di libri ebraici. La richiesta di ampliare le *Cinque scole*, cioè le cinque sinagoghe degli ebrei italiani, sefarditi e siciliani in un solo edificio fu rifiutata e l'inquisizione pretese anzi che fossero unificate. Il ghettarello – una breve area esterna al ghetto principale, dove gli ebrei mantenevano alcuni depositi e la sinagoga di Porta Leone furono chiusi. I leaders della comunità ebraica furono avvertiti che sarebbero stati ritenuti responsabili se qualcuno fosse stato persuaso a non convertirsi – un provvedimento che scoraggiò l'assunzione della carica di fattore, rimasta talora vacante per anni. Si finì per istituire un triumvirato di fattori, che rimaneva in carica per tre mesi.

Nello stato confessionale (cap. 4) lo standard per misurare la correttezza delle azioni era costituito dal *favor fidei*, principio fondamentale per comprendere la percezione legale del papato. Poiché la legge non doveva mai essere letta isolatamente dalla sua portata teologica, il *favor fidei* determinava la precedenza quando due leggi o sistemi legali

collidevano. È in base a questo principio che Tommaso d'Aquino rafforzò l'opinione per la quale i figli dovevano essere affidati al genitore cristiano, ed è ancora il *favor fidei* a fornire giustificazione all'ampliamento della possibilità delle offerte alla fede, che veniva estesa al nonno paterno (1583), alla nonna paterna (1751) e persino agli zii e zie paterne (1783) – un processo analizzato più ampiamente nel cap. 7. Al *favor fidei* si opponeva dualisticamente l'*odium fidei*, attribuito agli ebrei: esso poteva manifestarsi anche, semplicemente, nel rifiuto del coniuge ebreo di convertirsi qualora lo sposo o la sposa avesse abbracciato il cristianesimo. L'*odium fidei* era considerato motore di presunti efferati crimini (da qui la tristemente famosa accusa di omicidio rituale) e faceva temere per la vita dei bambini o dei feti che avrebbero potuto essere offerti alla fede: si riteneva che gli ebrei avrebbero preferito ucciderli per evitarne la conversione o il battesimo (cap. 5).

Nel Settecento, proprio quando il periodo dell'assolutismo è in declino, il papato rafforza le sue pretese assolutistiche: il papa si pone al di sopra della legge avendo facoltà di estendere il diritto relativo alla *patria potestas*. Nello stesso tempo, l'idea della superiorità legale della fede, così come il principio per il quale la legge divina dovesse necessariamente trionfare su quella civile vennero apertamente sfidate. Voci in difesa degli ebrei – e del loro diritto alla *patria potestas* – si levavano da parte di giuristi come Carlo Luti, che ritenevano non il *favor fidei*, bensì il diritto civile inviolabile (cap. 8).

Solo la caduta dello stato pontificio, infine, sancirà l'emancipazione degli ebrei romani, che l'avevano brevemente sperimentata nel periodo napoleonico e durante la rivoluzione del 1848–49 (cap. 9).

Gli studi dedicati agli eventi che hanno portato all'emancipazione si sono generalmente concentrati sui dibattiti relativi agli ebrei e alla cittadinanza degli ebrei in Francia. Il lavoro di Kenneth Stow costituisce un contributo importante allo studio dei dibattiti in materia all'interno dello stato della Chiesa, finora trascurati.



Gustavo César Machado Cabral

Aufgeklärtes Prozessrecht in Preußen*

Über ein bestimmtes Moment, mit dem sich die Historiographie schon seit Langem beschäftigt, zu schreiben, ist kein leichtes Unterfangen. *Tras la luz de la ley: Legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de ilustración jurídica* (»Durch das Licht des Gesetzes: Gesetzgebung und Justiz in Preußen am Ende des 18. Jahrhunderts. Ein Model juristischer Aufklärung«), das neue Werk von Maximiliano Hernández Marcos, bietet dem Leser hinreichend Potenzial für detaillierte Analysen und eine originelle Diskussion. Der Autor, Professor für Philosophie an der Universität von Salamanca, stellt die zentrale Rolle der Reform von Prozessrecht und Justizverwaltung für die Aufrechterhaltung der absolutistischen Machtstruktur im aufgeklärten Preußen heraus. Das gewöhnlich sekundäre Prozessrecht avanciert dabei zum Protagonisten dieser Abhandlung.

Das Werk ist in zwei Teile und fünf Kapitel unterteilt, der erste Teil (»Historia social y cultura filosófica«) beschäftigt sich mit den Voraussetzungen, die die preußische Kodifikation beeinflussten. Den langen und manchmal verschlungenen Weg bis zum Allgemeinen Landrecht (ALR) schildert das erste Kapitel (»La reforma federiciana de la justicia. Historia externa«), das sich auf die Regierungszeit Friedrichs des Großen konzentriert. Der eklatante Gegensatz zwischen den Ideen von Juristen wie Samuel Coccej und den Absichten des Königs verzögerte die Kodifikation bis ins letzte Jahrzehnt des 18. Jahrhunderts. Geeignete Bedingungen für die in der *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les loix* Friedrichs des Großen beschriebene Gesetzgebung fanden sich erst während der juristischen Aufklärung. Hernández Marcos beschreibt das intellektuelle Umfeld im aufgeklärten Preußen und hebt die Rolle der Mittwochsgesellschaft und der Königlich-Preussischen Akademie der Wissenschaften sowie Johann Friedrich Zöllners Beschäftigung mit der Frage »Was ist Aufklärung?« hervor. Im zweiten Kapitel (»Ilustración

jurídica: idea ›clara‹ y praxis ›correcta‹ de la vida pública«) nimmt der Autor zunächst Bezug auf die Hauptfigur des Buches: Carl Gottlieb Svarez erscheint als der wichtigste Charakter der Justiz-Reform, seine Gedanken zur Bedeutung der Aufklärung bestimmen die Abhandlung. Die preußische Aufklärung wird als Arbeit an sozialer Bildung und öffentlicher Verbreitung der angemessenen Konzepte dargestellt, aber Svarez' Idee einer eigenen Urteilsfindung in Bezug auf die Praxis führte nicht zu eigenem Handeln. Der Autor bejaht die Kompatibilität von Aufklärung und Absolutismus aufgrund der Trennung von privatem Willen und Bewusstsein auf der einen Seite und Öffentlichkeit und sozialem Handeln auf der anderen. Diese zwei Sphären sind für das Verständnis des doppelten Zwecks der politischen Aufklärung zentral: Der König soll eine aufgeklärte und auf Gesetzen basierende Herrschaft ausüben und das Volk soll aus eigener Überzeugung die Gesetze befolgen. Eine doppelte Kodifikation – ein ausführlicher Kodex für die Richter und ein anderer, leichter für das Volk – war der Vorschlag Svarez', um das *arbitrium* der Richter zu begrenzen.

Die Problematik der Gesetzgebung bildet den Hauptgegenstand des zweiten Teils der Abhandlung. Die prozessuale Aufklärung beschäftigt sich mit den Vorstellungen von Erkenntnis und Wahrheit als wesentliche Elemente für die Richter und die Parteien im Zivilverfahren. Nach Svarez sollte der Richter – und nicht mehr die Rechtsanwälte – die Untersuchungen führen, um eine wahrheitsgemäße Rekonstruktion der Tatsachen zu erreichen. Hernández Marcos unterstreicht das Argument, dass ein richtiges Gerichtsurteil von einer vollständigen Kenntnis der Tatsachen abhängt. Das bedeutet großen Spielraum für die Untersuchung im Gegensatz zu einer enger gefassten Entscheidungsbefugnis.

Urteilsverkündung und Gesetzesauslegung sind die Themen des folgenden Kapitels, in dem der

* MAXIMILIANO HERNÁNDEZ MARCOS, *Tras la luz de la ley: Legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de ilustración jurídica*, Madrid: Dykinson 2017, 184 S., ISBN 978-84-9148-204-8

Autor die Kritik des *ius commune* und der Benutzung nicht gesetzlicher Rechtsquellen behandelt. Im Entwurf sowie in der endgültigen Version des ALR waren die grammatische und authentische Auslegung die einzigen erlaubten Auslegungsweisen. Diese Beschränkung sollte die Richter dazu bewegen, die Gesetze nur anzuwenden statt auszulegen. Hernández Marcos betont den Einfluss der Naturrechtslehre auf die Ausarbeitung eines positiven deutschen Rechts, ein Naturrecht jedoch, das in dem von Daniel Nettelblatt behaupteten Sinne eine Einführung in positives Recht darstellt. Diese Genealogie der Ideen Svarez' ist wichtig, um die verschiedenen Perspektiven der deutschen (konservativen und partikularistischen) und französischen (revolutionären und universalen) Naturrechtslehre hervorzuheben, der Text konzentriert sich allerdings auf die Jahre Svarez' an der Universität Halle, als dieser bei Nettelblatt studierte. Hernández Marcos stellt keinen Vergleich der Werke beider Autoren an, was freilich für eine Untersuchung, in der Svarez die Hauptfigur ist, wichtig wäre.

Das fünfte und letzte Kapitel (»¿Doble kodex? Paradojas y limitaciones de la Ilustración jurídica«) fungiert als Abschluss für das ganze Werk, und Hernández Marcos nutzt es, um sein Urteil der Unvereinbarkeit der Ideale der fridericianischen juristischen Aufklärung zu entwickeln. Als Hauptwidersprüche nennt der Autor die Komplexität der Gesetze für den richterlichen Gebrauch und die gleichzeitig notwendige Verständlichkeit der Gesetze für das Volk sowie die Koexistenz von allgemeiner und territorialer Kodifikation. Dieser letzte Punkt ist ein zentrales Argument, weshalb der Autor ihm mehr Raum hätte geben können. Mit dem Anspruch, allgemeines Recht zu sein, war das ALR als ein für das *Ancien Régime* typisches Gesetz konzipiert, allerdings erforscht der Text weder die Koexistenz von generellen und partikulären juristischen Ordnungen, noch die Gründe für die Inexistenz territorialer Kodifikationen.

Die Beschäftigung mit einem überaus wichtigen Moment in der europäischen Rechtsgeschichte beweist die Relevanz des Buches. Die preußische

Aufklärung und ihre Gesetze und Justizreform stellen eines der besten Beispiele des Übergangs von der frühen Neuzeit zur Moderne dar. Widersprüchliche Reformen in einer Welt, deren Rechtsverständnis sich gleichzeitig veränderte, forderten den König heraus, den Modernisierungsprozess anzuleiten, und Hernández Marcos liefert eine kompetente und zuverlässige Analyse des intellektuellen Panoramas. Zusätzlich zu der Bereicherung der Debatte im Allgemeinen ist das Werk insbesondere für ein iberoamerikanisches Publikum interessant, da es eine (wenn auch begrenzte) Auswahl an Literatur zum Thema auf Spanisch und Portugiesisch bietet und nicht zuletzt einen wertvollen Anhang, in dem der Autor vier kurze, aber wichtige Texte Svarez' erstmals ins Spanische übersetzt: *Inwiefern können und müssen Gesetze kurz sein?* (1788), *Über den Einfluss der Gesetzgebung in die Aufklärung* (1789), *Über den Zweck des Staats* (1791) und *Kurze Nachricht von dem neuen Preussischen Gesetzbuche und von dem Verfahren bey der Ausarbeitung desselben* (1791).

In zweierlei Hinsicht könnte das Werk noch verbessert werden. Es gibt nur wenige Ausführungen zu ähnlichen europäischen Erfahrungen dieser Zeit, obwohl einige Maßnahmen wie die Beschränkung der richterlichen Gewalten keine Partikularität Preußens darstellt. Das portugiesische *Lei da Boa Razão* aus dem Jahr 1769 ist ein Beispiel eines aufgeklärten Gesetzes zu Rechtsquellen und authentischer Auslegung.¹ Aus einer vergleichenden Perspektive heraus könnte das Buch enge Beziehungen zu anderen Realitäten am Ende des 18. Jahrhunderts aufzeigen. Schließlich könnte die Analyse des späteren Scheiterns der prozessualen Reform empirischer ausgerichtet sein. Durch ihren theoretischen Charakter leistet die Arbeit unzweifelhaft einen Beitrag zur Rechtsgeschichte, allerdings würde eine praktische Untersuchung der Auswirkungen der Reform (fußend auf einer Analyse von Dokumenten und Prozessen vorher und nachher) die Ergebnisse noch interessanter machen, als sie es ohnehin schon sind. ■

1 Über die portugiesische juristische Aufklärung: AIRTON C. L. SEELAENDER, Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre: ein Beitrag zur Analyse der portugiesischen Rechtswissenschaft am Ende des 18. Jahrhunderts,

Frankfurt am Main 2003; GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL, *Direito natural e iluminismo no direito português do final do Antigo Regime*, Fortaleza 2011.

Jasper Kunstreich

Das alte Stück Papier und das Meer

Schuldversprechen im westindischen Ozean zwischen islamischem Recht und britischer Kolonialherrschaft*

Blicke, die über das Meer schweifen, sind sehnsuchtsvoll oder nostalgisch. Die weite Fläche, die das Meer ausbreitet, weist jede Landmasse nicht nur buchstäblich in ihre Grenzen. Blicke, die über das Meer schweifen, schauen dem entgegen, was hinter dem weiten Horizont liegen mag. Hier wird das Land zur Peripherie und das Meer zum Zentrum, das gibt und nimmt, das übergreifend den Rhythmus der Küste diktiert. In jedem Kapitel von Fahad Ahmad Bisharas Buch schweift ein Blick über das Meer, genauer: den Westindischen Ozean. Das ist mehr als atmosphärisches Getue. Er justiert den Blick der Leser auf den Raum, um den es geht: keine Nation, keinen Staat, sondern eine Meeresregion. Ein von Monsunwinden gezeichnetes Dreieck zwischen Sansibar (Ost-Afrika), Maskat (Oman) und Mumbai (Indien). Bishara nimmt diesen Raum in den Fokus, just als ein dynastischer Umbruch den Blick frei gibt. Mit dem Eintritt in das 19. Jahrhundert betreten die Kräfte konkurrierender Nachfolgedynastien, kolonialen Wandels und der rasch industrialisierenden Weltwirtschaft diesen Raum. Seine Bewohner müssen damit umgehen; die einen unterwerfen sich, die anderen bäumen sich auf, und manch einer macht das Geschäft seines Lebens.

Es ist die Geschichte dieser menschlichen Bemühungen, in ihren endlosen Verflechtungen den Westindischen Ozean überspannend, die Bishara erzählt. Er benutzt ein unscheinbar wirkendes Stück Papier, um sie zu erzählen: die *warqa*.¹ Der eurozentrische Leser mag sich zunächst damit begnügen, sie als Schuldverschreibung aufzufassen. Bei Bishara ist die *warqa* ein Artefakt des Wirtschaftens (im ökonomischen und im tätigen Sinne) im Indischen Ozean, so reich an Informationen, wie es in seiner Formelhaftigkeit leicht

übertragbar war (247 f.). Als ein einzelnes Objekt erzählt es die Geschichten von Schulden, Handel, von Hoffnungen und Wagnissen, von Scheitern und Gewinn. Als Massenphänomen bildete es das Netz, das diese Region zusammenhielt, sie im Bereich des Rechts und der Bürokratie gleichsam abbildete. Es ist auch die Geschichte von Juristen wie Al-Khalili, die ein dogmatisches Rüstzeug entwickelten, das fähig war, unterschiedliche ethnische und religiöse Gruppen in dieser Arena zu integrieren (79). Dabei dürfen wir uns die *warqa* nicht als Produkt eines – ebenso nur in unserer Einbildung vorhandenen – einheitlichen islamischen Rechts vorstellen. Vielmehr war es Ausfluss sich wandelnder Märkte, streitender Gelehrten diskurse und eines sich weitenden Begriffs vom Rechtssubjekt (251).

Die Nostalgie, die jenen Blicken auf das Meer innewohnt, legt sich wie ein leichter Salzgeschmack über weite Strecken dieses Buches. Bisweilen liest es sich wie ein Enkonium auf eine untergegangene Welt, in der diese Region noch nicht zersplittert war in sich widersprechende, staatszentrierte Narrative von Recht, Politik und Wirtschaft. Es ist die Faszination eines Autors für seinen Gegenstand, die man jenem umso mehr nachsehen mag, als man Neues lernt. Es beginnt mit den Fachtermini, die im ersten Drittel des Buches auf eine Weise eingeführt und erklärt werden, dass selbst ein fachunkundiges Publikum folgen kann. So wird das Buch lesenswert für Wirtschaftshistoriker und Rechtshistoriker jeder Couleur.

Da ist zum einen die Detailstudie dieser besonderen Quellengattung, der *warqa*, die ebenso noch einmal in ihre Bestandteile zerlegt wird. So lernen wir, wie sich eine *warqa* aus den beiden

* FAHAD AHMAD BISHARA, *A Sea of Debt: Law and Economic Life in the Western Indian Ocean, 1780–1950* (Asian Connections), Cambridge 2017, IX, 279 S., ISBN 978-1-107-15565-7

1 Die arabischen Bezeichnungen werden hier in der anglophonen Transkription übernommen, die Bishara auch in seinem Buch verwendet. Das Problem des korrekten Artikels stellt sich freilich im Englischen nicht. Die deutschen Artikel sind hier nach be-

stem Wissen und Gewissen gewählt, um der anglophonen Transkription und Verwendung im Originaltext möglichst nahe zu kommen.

Komponenten der *iqrar* und *nasab* zusammensetzte. *Iqrar* war das abstrakte Versprechen, das ein Schuldverhältnis mit einem Bündel an Pflichten und Rechten begründete. Es war zugleich das Signal des Versprechenden, in der Lage zu sein, in eine solche schuldrechtliche Beziehung einzutreten, mithin in dem Kreis der regionalen Wirtschaft überhaupt zu wirken, die über diese Schuldbeziehungen konstruiert wurde (56). In dem Maße, in dem der Schuldner damit seine Fähigkeit signalisierte, Rechtssubjekt sein zu können, gefährdete die Nichterfüllung den Schuldner aber auch in genau dieser Eigenschaft. Diese Verbindung von Person und Schuld fand ihre Entsprechung in der *nasab*, der Genealogie des Schuldners, die in diesen Dokumenten regelmäßig bis zu drei Generationen zurückverfolgt wurde, um Kreditwürdigkeit zu begründen. Dass die *waraqa* immer auch ein sozialer Prozess des Übersetzens war, zeigt sich daran, dass auch nicht-arabische Händler ohne weiteres Schuldversprechen abgeben konnten: Ihre ursprünglich sanskritischen oder afrikanischen Namen wurden dann schlicht phonetisch in arabischer Entsprechung niedergeschrieben und *nasabs* wurden konstruiert. Auf diese Weise wurden auch indische Familienunternehmen zu einem arabisch klingenden Rechtssubjekt mit einer *nasab*.²

So sehr Bishara im Detail nachzeichnet, was die *katips* – jene Schreiberlinge, die die *waraqas* aufzusetzen hatten – hier vollzogen, so wenig vergisst er den großen Raum des Indischen Ozeans und die Kräfte, die auf ihn einwirkten. Undenkbar wäre die Verbreitung der *waraqa* ohne den wirtschaftlichen Aufschwung, den die Region in jenen Jahren erlebte.³ Der Westindische Ozean wurde sukzessive in die Weltwirtschaft integriert, die nach Rohstoffen dürrstete. Güter, die umgekehrt aus Europa oder dem britischen Indien in Sansibar oder Mas-

kat ankamen, ließen sich von seinen Bewohnern wiederum sofort in sozialen Status ummünzen. Um Anteil an diesen Güterströmen zu haben, mobilisierten die Händler dieser Region eine dritte Kategorie neben *iqrar* und *nasab*: ihr (Grund-) Eigentum als Kreditsicherheit. Mögen ihnen *nasab* und *iqrar* die Fähigkeit verliehen haben, überhaupt ein Schuldversprechen einzugehen, erlaubten ihnen neue Sicherheitsinstrumente Zugang zu solchen Gütern und Kredit, die ihnen soziale und politische Mobilität versprochen.

Damit sind wir bei der sogenannten »muslim mortgage« – so genannt, weil dieser Titel koloniale Appropriation eines islamischen Rechtsinstituts ist, des *khiyar*. Der *Khiyar* begann seine Karriere eigentlich als bedingtes Termingeschäft; im weiteren Verlauf des 19. Jahrhunderts wurde er von britischen Richtern, die in Sansibar und Ost-Afrika islamische Rechtsinstitute nach Grundsätzen verwalteten, die sie aus dem britischen Teil Indiens mitbrachten, umgewidmet.⁴ Kapitel 6 ist denn auch mit »Muslim Mortgages« übertitelt. Es ist eine klare und überzeugende Darstellung interkultureller Übersetzungsleistungen im Recht, kolonialer Aneignung und Umwidmung, und dem »Wie«, mit dem Juristen vor Ort agierten. Sein Protagonist ist James William Murison, der um die Jahrhundertwende im British Empire als Richter an verschiedenen Stationen wirkte. Juristen wie er, die im Raum des Indischen Ozeans an unterschiedlichen britischen Protektoraten dienten, ließen einen selbst-referentiellen Corpus kolonialen Rechts entstehen, bezogen aber auch islamische Rechtsgelehrte ein, die ihrerseits am Ende des 19. Jahrhunderts eine Renaissance islamisch-juristischen Denkens unternahmen.⁵

Die Bezeichnung »muslim mortgage« war im Übrigen auch pragmatische Reaktion auf eine

2 Die Herausforderung, juristische und natürliche Personen zu konstruieren, stellte sich zu unterschiedlichen Zeitpunkten Kaufleuten immer aufs Neue. Hier ist Bisharas Forschung anschlussfähig zu anderen Rechtskreisen, vgl. JOSHUA GETZLER, MIKE MACNAIR, *The Firm as an Entity Before the Companies Act*, in: *Adventures of the Law: Proceedings of the Sixteenth British Legal History Conference*, Dublin, 2003, ed. P. BRAND, K. COSTELLO, W. N. OSBOROUGH, Dublin 2005, 267–288; ALBRECHT

CORDES, *Spätmittelalterlicher Gesellschaftshandel im Hanseraum*, Köln 1998.

3 EWOUT FRANKEMA, JEFFREY WILLIAMSON, PIETER WOLTJER, *An Economic Rationale for the West African Scramble? The Commercial Transition and the Commodity Price Boom of 1835–1885*, in: *The Journal of Economic History* 78,1 (2018) 231–267.

4 Wie gefestigt die Bezeichnung ist, verdeutlicht der populärwissenschaftliche Podcast »Planet Money«,

der im Mai 2016 eine ganze Ausgabe den *khiyar* und *iqrar* widmete, nur um die Ähnlichkeiten zu herkömmlichen Hypotheken herauszustellen, vgl. <https://www.npr.org/sections/money/2016/05/13/477956675/episode-701-a-bank-without-interest> (aufgerufen zuletzt 20.05.2016).

5 JOSHUA GETZLER, *Transplantation and Mutation in Anglo-American Trust Law*, in: *Theoretical Inquiries in Law* 10,2 (2009) 354–387.

Schuldenkrise, die sich am Horizont abzeichnete. Denn in Bezug auf eine Hypothek hatte die Rechtsprechung die klare Tendenz, fällig gewordene *khiyar* zu verlängern, anstatt das mit Pfandrecht belastete Eigentum an den Gläubiger zu übertragen. Doch es half nichts. Als das weltpolitische Risiko wuchs und schließlich die Weltwirtschaft selbst kollabierte, war die Schuldenlast zu groß (178 und 215). Die Welt der Ozean umspannenden *warqa* und *khiyar*, ein bottom-up von Kaufleuten und Juristen geschaffenes System, ging unter. An ihre Stelle traten Volkswirtschaften, die von nationalen Regierungen und ihren bürokratischen Apparaten gesteuert wurden (245).

Bisharas Arbeit ist beeindruckend. Theorieansätze, die Rechtswissenschaftler und Historiker anderer Weltregionen und Epochen umtreiben, werden hier in einer trotzdem nicht ausladenden Studie zusammengeführt. Ohne sich in hermetischen Theoriendebatten zu verstricken, diskutiert Bishara die Kategorien Raum, Rechtstransfer, Translation und Praktiken am Beispiel der *warqa*. Das Ergebnis ist die Biographie eines Stück Papiers, das über das Wasser laufen konnte. Darin liegt die eigentliche Stärke dieses Buches: Das Forschungsobjekt wird nicht abstrakt oder an einer einmaligen Handlung analysiert. Bishara verfolgt über

mehr als ein Jahrhundert hinweg die Kaskaden von Austauschbeziehungen in einem (Kultur-)Raum, die mit diesem Rechtsinstitut gesponnen wurden und umgekehrt auf dasselbe zurückwirkten.

Das Buch weiß noch sehr viel mehr, als dieser kursorische Bericht zusammenfassen kann. Zahlreiche Details und Nebengeschichten ermöglichen den Lesern den Einstieg in die Geschichte des Westindischen Ozeans im 19. Jahrhundert, selbst wenn sie kein Vorwissen mitbringen. So wird schließlich auch die anfänglich kritisierte Nostalgie des Autors beim Betrachten des Ozeans wieder eingefangen, beispielsweise wenn es um die Verbindung geht, die gelehrte Juristen mit der mordenden Gewalt der Politik eingegangen sind. Al Khalili, so etwas wie eine juristische Großautorität seiner Zeit, scheiterte an seinem politischen Ehrgeiz und hatte auf die falsche Dynastie gesetzt. Er wurde nach einem Umsturz gefangen gesetzt und starb – je nach Legende an Diarrhöe im Gefängnis, in kleine Stücke zersäbelt oder mit seinem Sohn lebendig begraben. Der britische Konsul in Maskat, A. C. Way, der Zeugnis von diesem Geschehnis hätte ablegen können, erschoss sich jedoch kurz darauf selbst.



Murat Burak Aydin

Legal Receptions, Legal Academia and Islamic Legal Thinking in 19th- and 20th-century Egypt*

The late 19th and early 20th centuries witnessed some significant legal changes, reception and codifications. European influence and impositions were present not only in African and Middle Eastern countries, but in countries such as Japan and China as well. The nation-building process and

states' increasing control over the legal profession and law were expanding, and these developments presented challenges not only to Islamic law but also to other legal systems. Egypt was no exception. The introduction of European law in Egypt inspired an idea one author calls »Islamic legal

* LEONARD WOOD, *Islamic Legal Revival: Reception of European Law and Transformations in Islamic Legal Thought in Egypt, 1875–1952*, Oxford: Oxford University Press 2016, 368 p., ISBN 978-0-19-878601-6

revivalism«. Leonard Wood, in his book *Islamic Legal Revival*, traces the idea of Islamic legal revival, »a popular ideological sentiment and a movement that advocated the revival, reform, and reapplication of Islamic law« (3) between 1875 and 1952 in Egypt primarily through academic jurisprudential works by Egyptian law scholars.

Wood primarily examines the idea of Islamic legal revivalism as a consequence of the European influence on law and legal thinking in Egypt between late 19th and early 20th centuries. The author's main aim is to illustrate how Egyptian legal scholars forged the discipline of law in Egypt, interacted with European legal scholarship and fostered efforts to revise and revive Islamic law. He traces intellectual changes, European interventions in Islamic law and Egyptian responses through prominent figures' works in legal academia and by analyzing law schools' curricula. He considers his work to be »intellectual history and legal-institutional history« (12). However, this approach limits the results his rich sources can provide and the context he deals with. Nevertheless, given the broad time range, the sheer quantity of jurists, and the complexity of the Egyptian legal scene, his work is relatively comprehensive. The book is generally well organized. However, the plethora of jurists and works he analyzes unfortunately makes it hard for reader to follow the main arguments of the book. One major argument in regards to Islamic legal revivalism is that the influence of political, ideological, and other external events »had their limits and Egyptian jurists were themselves the major engines of change in Egyptian juridical science and the law itself during the period 1875–1952« (14).

The book consists of four main sections. Section one, *Origins of Islamic Legal Revivalism*, deals with the origins of legal revivalism, primarily in the period between 1875 and 1884. The section provides a brief account of the context in which the idea of Islamic legal revivalism started to develop. He also illustrates that, as European law gained more prominence in Egypt, the idea of Islamic legal revivalism and skepticism toward European law started to gain ground. One significant point in the third chapter of the section is the use of comparative law in *The Sharia Lawyers Journal* in a sophisticated manner, yielding ideas about »a viable Islamic system of private and public law in the modern world« (74) through comparing »Islamic systems and other modern systems« (74). In the

same way, he points to the birth of Roman-law studies and comparative studies between Islamic law and the French *Code Civil* in Egypt.

Wood, in section two, *European Law and Imperialist Campaigns for Islamic Legal Reform*, primarily deals with the influence of European legal thinking on Egypt and attempts by Europeans to Europeanize Islamic legal thinking. He delves into scholarly studies on Sharia in Europe and the role of comparative law in this process. He analyzes Édouard Lambert's Islamic reform ideas and his claims on »how to apply comparative law to reform Islamic law« (141).

Section three, *Transformations in Education and Scholarship*, deals with legal academia, law schools, which were »laboratories for increasing the rigor of Islamic legal revivalism« (177), and teaching reforms in the 20th century. The author clearly illustrates the French and British competition for power over the law schools, their curriculum, and their staff as a result of these conflicts. He illustrates the changes in teaching and research agendas through a detailed account of admissions, curricula, school structure, and academic positions. The rise of advanced studies, debates over teaching Sharia law, and new professors advocating »new approaches to teaching Islamic law« (216) after the 1920s are some of the important points in the section.

Section four, *New Forms of Islamic Legal Thought*, deals with an interesting subject, »general theory«, and its penetration into Egyptian legal academia and Islamic jurisprudence. The author, primarily through analyzing Chafik Chehata's work, illustrates how the European civil-law concept of a general theory of obligations and contracts as well as European legal categories started to appear in academic works in Egypt. He argues that the idea of a general theory in jurisprudence was integrated into Egyptian academic scholarship, and it »helped to advance conceptions of a unified Islamic law that transcends differences among and within the four Sunni law schools« (231).

Wood fulfills his main aim and illustrates the changes in Egyptian jurisprudence and how Egyptian lawyers indigenously engineered those changes. In other words, Egyptians were »masters as well as objects« (6) of such change under the influence of Europeans and European legal thinking.

However, critical analysis of Franco-Egyptian law and the legal plurality of the context would help to better grasp the context in which Islamic

legal revivalism took place. This is not to ask for a detailed analysis of Egyptian positive law, but merely a critical look asking to what extent Egyptian law and its practice was *actually* French? To what extent did Franco-Egyptian law comply with Sharia? This is an important point because it would better capture the actual significance and grounds of Islamic legal revivalism. The author states that Islamic legal revivalism was a »popular ideological sentiment and a movement« (3), and one wonders whether all the sentiments and movements were in response to European influence. What were the technical, legal, or commercial grounds – other than popular sentiment – to revise Islamic law? This is not to advocate a classical, binary view of secular (European) versus Islamic law, which author also avoids. For example, in the case of the Ottoman Empire, the empire enacted a criminal code, a code of commerce, and codes of civil and criminal procedure under French influence. It introduced new courts, and Sharia courts were only to try cases of personal status. However, when one looks at especially private (not commercial) law and its practice, two codes appear to have governed this sphere: *Mecelle* and the Code of Civil Procedure. Even though the Code of Civil Procedure was influenced by the French Code of Civil Procedure (1806), some Sharia principles remained intact, such as judgment in absentia (*hükûm-i gıyâbî*), which required a different procedure in Hanafi law than in the French Code of Civil Procedure. Some evidence procedures, however, without interference by Sharia, closely resembled the *Code Napoléon*. Therefore, a general look at Ottoman private law in the late 19th century would reveal a hybrid scene. What was the case in Franco-Egyptian law?

The author draws upon variety of sources. He primarily relies on official and edited sources, such as law-school curricula, academic and professional journals, reports, memoirs, and correspondence. The law schools are most important to legal thinking and the reception of legal ideas. The dissemination and reception of legal knowledge, engi-

neering of new legal knowledge, legal education, and law schools are the foundation of the book. Such sources may seem sufficient for a book on institutional legal history. Wood, through these sources, illustrates different aspects of the life in the law schools, such as conflicts over academic positions, curricula, and foreign languages. However, one wonders about law students and their lives in the law schools. Their career trajectories and school-selection strategies would give some idea about the reputations of the schools they chose and the courts where they would later serve. Some sources on students' profiles, student life, and student careers in law schools would tell us about the style and quality of legal education from the perspective of the students. Some quantitative data on legal education and Egyptian students who studied in France and other countries would allow readers to grasp the extent of such intellectual transmission. These could reinforce the author's attempt to reconstruct »the outlooks and institutional culture of sophisticated Egyptian law students and jurists of the period under study« (14).

The author could embed Islamic legal revivalism in Egypt into a broader context. European, especially French, influence and other structural and legal changes were not an issue only in Egypt. Hallaq points to some of these common trends and challenges. This is not to suggest that the author should have studied and compared other countries, but rather to locate the meaning of the Egyptian developments in the broader context of late 19th-century and early 20th-century global legal change and legal thinking.

Nevertheless, the author successfully contributes to Middle Eastern legal studies. He illustrates the reception of European legal ideas in academia and law schools in a detailed and meticulous manner. For this reason, Wood's work is a good example of how researching intellectual and especially academic aspects of legal reception can illuminate further studies.



Peter Oestmann

Das Volk ist nicht tümlich*

Sammelbände sind eine zweiseitige Angelegenheit. Soll man sie als Buch ansehen, eingeteilt in verschiedene Kapitel, die von mehreren Autoren stammen? Oder hat man viel eher eine Sammlung einzelner Aufsätze vor sich, die sich mehr oder weniger passend unter ein vom Herausgeber vorgegebenes Rahmenthema scharen? Beides trifft gleichermaßen zu, und das macht es so schwer, Werke dieser Gattung zu rezensieren. Geht man von einem geschlossenen Buch aus, fällt der Blick auf die Einleitung. Hier legen die Herausgeber jeweils ihre Überlegungen offen, die zu der nunmehr im Druck vorliegenden Tagung geführt hatten. Sie selbst ordnen die einzelnen Beiträge dann auch in die übergreifenden Ideen ein. Der Leser bekommt also einen Eindruck davon, wo der rote Faden verlaufen soll. Wer mit dieser Erwartungshaltung das Buch über Popular Justice aufschlägt, wird ein wenig enttäuscht. Gerade der Dreh- und Angelpunkt des Bandes, die Popular Justice, bleibt nämlich blass.¹ Es geht irgendwie um die Beteiligung der Bevölkerung an der Rechtsdurchsetzung, um Laien, die Gerichtsbarkeit ausüben. Aber hier ist die Bandbreite groß, und deswegen sind genauere Zuspitzungen kaum möglich. Die Einleitung bietet einen bunten Strauß von Beispielen, die schnell und schlechthin als Volksjustiz erscheinen. Jedenfalls tauchen französische Jurys aus der Revolutionszeit auf, es geht um Reformen der Gerichtsverfassung in Spanien im 19. Jahrhundert zur Einführung der Jury, um spezifische Formen der Schiedsstellen für arbeitsgerichtliche Streitigkeiten in Italien, um sog. Katzenmusik und Charivari, um öffentliche Schändungen von Kollaborateuren in Frankreich, um deutsche und österreichische Volksgerichte nach dem ersten und zweiten Weltkrieg, um Volk und Gericht im Nationalsozialismus sowie um symbolische Gewalt gegen die SED-Herrschaft in der SBZ/DDR.

Gibt es Gemeinsamkeiten dieser Vorgänge? Die Herausgeber weisen auf Umbruchszeiten hin.

Revolutionen, politische Systemwechsel, schwere Kriegsniederlagen führten offenbar dazu, dass die Rechtspflege nicht bei den angestammten Institutionen verblieb, sondern oftmals und sehr unmittelbar an die Bevölkerung rückgebunden wurde. Im strafrechtlichen Bereich war das regelmäßig mit Schnellverfahren, abgeschnittenen Rechtsmitteln und teilweise harten Strafen verbunden. Aber man darf den Bogen nicht überspannen. Wenn die Herausgeber »clearly« beweisen wollen, dass die gerichtliche Jury ein Kennzeichen einer »transition period« sei (22), passt das schlecht zu Rechtsordnungen, die damit über lange Zeiträume geräuschlos gute Erfahrungen im Normalzustand gesammelt haben, allen voran England. Am Ende der Einleitung heißt es ziemlich vage, das Konzept der »Popular« Justice (jetzt mit distanzierenden Anführungszeichen) sei unspezifisch, es schwanke zwischen staatlicher und privater Gerichtsbarkeit sowie zwischen professionellen Juristen und Laienbeteiligung (23). Dabei sind es doch die Herausgeber selbst, die diesen Begriff erst in den Raum stellen und dann zu dem Ergebnis kommen, dass er sich kaum bewährt. Das zeigt sich etwa an dem sehr beeindruckenden Aufsatz von Alexey Tikhomirov über symbolische Gewalt gegen die kommunistische Herrschaft in der sowjetischen Besatzungszone. Hier gab es nächtliche Verunstaltungen von Denkmälern und Plakaten, die Gleichsetzung von Russen mit dem Teufel, die Bezeichnung der Kommunisten als Schweine und Hunde. Tagsüber mussten Bedienstete der deutschen und russischen Machthaber solche Schäden zügig beseitigen, um den Schein der Volksdemokratie aufrecht zu erhalten. Tikhomirov spricht hier leichthin von Popular Justice (173, 188). Aber ist dieser Widerstand gegen die Diktatur, auch wenn er zu symbolischen Hinrichtungen von Stalin- und Ulbricht-Bildern führte, wirklich als Form der Gerichtsbarkeit anzusehen? Es mag Grauzonen geben, aber hier fehlt es an fast allem, was man üblicherweise

* ÉMILIE DELIVRÉ, EMMANUEL BERGER, MARTIN LÖHNIG (eds.), *Popular Justice in Times of Transition (19th and 20th Century Europe)* (Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient / Beiträge 31),

Bologna, Berlin: Società editrice il Mulino / Duncker & Humblot 2017, 218 S., ISBN 978-3-428-15189-9

1 Etwas wohlwollendere Einschätzung zum Konzept in der Besprechung von PETER COLLIN, in: *Rechtsgeschichte –*

Legal History Rg 23 (2015) 337–340, <http://dx.doi.org/10.12946/rg23/337-340>, zum ersten Band der zweiteiligen Tagungsakten.

mit Justiz und Rechtspflege verbindet. Ein Kriterienkatalog oder eine Definition, was unter Rechtsprechung zu verstehen ist, wäre also hilfreich für den inneren Zusammenhalt des Bandes gewesen, wenn der Sprachgebrauch nicht völlig willkürlich werden soll. Ob man es also mit einem tragfähigen Konzept von Volksjustiz zu tun hat, bleibt auch nach der Lektüre fraglich und ist keineswegs geklärt.

Die grundsätzlichen Bedenken ändern nichts daran, dass mehrere Beiträge des erfreulich schlanken Buches ausgezeichnet gelungen sind. Sie lassen in Abgründe der sozialen Wirklichkeit, vielleicht sogar der Rechtspraxis blicken, über die man in der herkömmlichen rechtsgeschichtlichen Forschung fast nichts erfährt. Wenige Schlaglichter sprechen für sich. So beschreiben François Rouquet und Fabrice Virgili die sog. Mob-Justiz und Gewalt in Frankreich ab Sommer 1944. Mit der Befreiung des Landes von der deutschen Besatzungsherrschaft brach sich das Rachebedürfnis gegenüber ehemaligen Kollaborateuren Bahn. Nach Abzug der deutschen Streitkräfte begannen Mitglieder der Résistance damit, an die Häuser von Kollaborateuren den Buchstaben »T« (traître = Verräter) zu malen. Eine ganz spezifische Demütigung erfuhren Frauen, denen man sexuelle Kontakte mit Deutschen vorwarf. Man führte sie auf eine offene Bühne auf Marktplätzen und rasierte ihnen vor den Augen riesiger Zuschauermengen die Haare ab. Dann warf man alle Haare auf einen großen Haufen und verbrannte sie. Mehrere sehr bewegende Fotos (170–171) unterstützen als Bildquellen diesen beklemmenden Blick auf die Kehrseite der Siegesfeiern. Im Gegensatz zu später verbreiteten Umdeutungen geschahen solche Aktionen kaum spontan, sondern waren gut vorbereitet und wurden von der neu entstehenden Staatsgewalt gedeckt, wenn nicht sogar gefördert. Man hat es geradezu mit einer Wiederkehr der frühneuzeitlichen Schand- und Ehrenstrafen zu tun. Ob es sich bei diesen Aktionen jedoch um Gerichtsbarkeit handelt, diskutiert der sehr eindrucksvolle Beitrag kaum. Jedenfalls hat man es tatsächlich mit einer politischen Umbruchssituation zu tun und mit dem Bedürfnis, durch das reinigende Feuer die Untaten angeblich böser Frauen symbolisch auszulöschen.

Émilie Delivré befasst sich mit der Tradition sog. Katzenmusik oder Charivari im 19. Jahrhundert. Für sie gehen Volksjustiz und Volkskultur an dieser Stelle ineinander über. Stand jemand im

Ruf, sexuell abweichendes Verhalten zu praktizieren, galt er als politisch reaktionär oder als ungerecht gegenüber seinen Arbeitern, konnte es zu einem nächtlichen Auflauf vor seiner Wohnung kommen. Mit großem Aufsehen, lauter und hässlicher Musik, Sprechchören und anderem ging es gerade darum, die missliebige Person bloßzustellen und an ihrer Ehre zu beschädigen. Das konnte in der Praxis durchaus Erfolg haben. So gab es 1848 im französischen Elsass eine nächtliche Katzenmusik vor dem Haus eines Monarchisten, begleitet von lauten Rufen »Vive la République«. Einen Tag später wurde dieser Steuereinnahmer aus seinem öffentlichen Amt entlassen. Delivré fügt hinzu: »Justice had been done!« (116) Genau das ist aber die Frage. Ziemlich leichthin spricht die Autorin bei diesen Spektakeln von Angeklagten und vom Gericht. Aber gerade hier fehlte jede Form verfestigter Strukturen. Deswegen ist wohl vorsichtig von volkstümlicher Selbstjustiz die Rede, nicht professionalisiert, parallel zur offiziellen Gerichtsgewalt und unkontrolliert spontan. Hier lagen Gefahren für die soziale Ordnung durch Ausbruch unkontrollierter Gewalt. Dennoch nahmen viele Obrigkeiten solche Katzenmusik hin, wie Delivré an mehreren Beispielen zeigt, in Bayern etwa am sog. Haberfeldtreiben. In der 1848er Zeit nahmen diese Aktionen zunehmend politische Qualität an, und sie verschoben sich von der privaten in die öffentliche Sphäre. Passend dazu erschien sogar in Wien ein Satireblatt mit dem Namen »Katzenmusik«, später in »Charivari« umbenannt. Gleichzeitig war die Begeisterung der Bevölkerung für die offizielle Volksjustiz, nämlich für Geschworenengerichte, nur mager ausgeprägt. Zahlreiche Geschworene lehnten ihre Wahl ab und versuchten, sich mit unterschiedlichsten Begründungen vor der offenbar unbeliebten Aufgabe zu drücken.

Demgegenüber stehen Sondergerichte auf Geschworenengrundbasis wie die bayerischen Volksgerichte nach 1918 für eine bloße Spielart der staatlichen Justiz. Für mehrere Jahre gab es diese besondere Form der Strafgerichte, ebenso in Bayern und Österreich nach dem zweiten Weltkrieg (dazu Beiträge von Arnd Koch, Martin Löhnig und Mareike Preisner). Der institutionelle Unterschied zur Katzenmusik, zu den Aktionen der französischen Résistance und zum Widerstand gegen die kommunistische Herrschaft ist mit den Händen zu greifen. Ob es sinnvoll ist, für diese ganz verschiedenen Erscheinungen einen einheitlichen Begriff zu vergeben, bleibt unklar und führt zu den

Problemen zurück, die schon die Einleitung aufwirft. Sprache prägt unsere Wahrnehmung der Wirklichkeit. Wenn es sich einbürgern sollte, alle im Buch beschriebenen Praktiken als Volksjustiz zu bezeichnen, ist gerade die rechtshistorisch wichtige Frage nach Recht und Nicht-Recht, nach Gericht und Nicht-Gericht nicht mehr zu beantworten. Es wäre verhängnisvoll, wenn die Forschungsliteratur

solche Unterschiede bewusst einebnen. Es ist richtig und angemessen, mit offenem Blick an die bunt schillernde soziale Praxis der Vergangenheit heranzugehen. Aber die terminologisch genaue Fachsprache ist eine Stärke der Rechtshistoriker gegenüber der allgemeinen Geschichte. Man sollte sie nicht ohne Not preisgeben. ■

Anna Novitskaya

Gefühl für die Gesetzlichkeit*

Lena Gautam untersucht am Beispiel mehrerer Kriminalverfahren, wie verschiedene Bevölkerungsgruppen des späten russischen Zarenreiches und die aufgrund der Justizreform 1864 neu eingeführten Gerichte interagierten. Ihr Buch ist damit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Rechtsanthropologie angesiedelt.

Der erste, theoretische Teil ist dem rechtlichen und sozialen Kontext der Justizreform sowie den Neuerungen in der Organisation der reformierten Gerichte und ihrer Repräsentation gewidmet. Der Auslöser der Justizreform war die Abschaffung des Leibeigentums am 19. Februar 1861. Zuvor war die soziale Ordnung geprägt von mangelnder Präsenz der lokalen Staatsbeamten, ihrer negativen Wahrnehmung seitens der Bevölkerung und dem Nebeneinander mehrerer Systeme (imperiale Justiz, gutsherrschaftliche Gerichtsbarkeit, selbstverwaltete Justiz). Die Reform sollte diese Probleme lösen und neue Repräsentationen des Rechts schaffen (etwa durch neue Gerichtsgebäude oder die neue Position der Juristen, vgl. Kapitel 3). Es wurden allständliche Gerichte etabliert, in denen Prozesse mündlich und öffentlich verhandelt wurden (53), Bauern konnten als Geschworene an den Verfahren teilnehmen, und die politischen Verfah-

ren wurden mindestens bis in die 80er-Jahre auch auf dem gerichtlichen Weg verhandelt. Die Justizreform wurde, wie Lena Gautam richtig bemerkt, auf die Verwirklichung der Staatlichkeit der Moderne gerichtet, in der der Staat unabhängig von der Figur des Herrschers und gemäß den Spielregeln des Rechts funktioniert (52). Gleichzeitig sollte sie wichtige Kapitale in der Hand des zarschen Staates monopolisieren (so Bourdieu) und den Rechtspluralismus beseitigen.

Diese Aufgaben der Justizreform will die Autorin anhand dreier Gerichtsprozesse, die den Zeitraum 1892–1909 umfassen, exemplarisch darstellen. Besonderes Interesse verdient ein Gerichtsverfahren im Dorf Mullovka im Jahr 1892 (Kapitel 4): Der Bauer Arkannikov hatte einen Aufstand gegen den lokalen Priester, den Dorfältesten und den Dorfpolizisten organisiert, weil er glaubte, dass sie die Cholera verbreitet hätten (104–107). Das Kapitel wirft die Fragen auf, ob die russischen Bauern ein »Gefühl für die Gesetzlichkeit« (88, 91) hatten und wie sich der wiederholt postulierte Widerspruch zwischen bauerlichem Rechtsempfinden und dem durch die Reformgerichte vertretenen Rechtsverständnis in der Rechtspraxis darstellte (91). Die Autorin wertet dazu u. a. die Kriminalstatistiken der Jahre 1889–1893 aus und

* LENA GAUTAM, *Recht und Ordnung. Mörder, Verräter und Unruhestifter vor spätszarischen Kriminalgerichten 1864–1917*, Wiesbaden: Harrassowitz 2017, 256 S., ISBN 978-3-447-10819-5

beschäftigt sich mit der Eingabe Arkannikovs an das Gericht. Diese ist aufschlussreich, weil sie die von Arkannikov vertretenen »Vorbehalte und Anschuldigen gegen die Amtsträger in eine Form überführt[en], die der Deutungs- und Ordnungslogik des Gerichts angepasst war« (115). Im Ergebnis wird deutlich, dass der Bauer Arkannikov gelernt hatte, die Gerichtslogik zu internalisieren und die neuen Spielregeln im Gerichtsverfahren zu verwenden.

Die anderen beiden Gerichtsfälle betreffen die adeligen Schichten der russischen Gesellschaft (Kapitel 5 und Kapitel 6). So geht es in dem einen Gerichtsverfahren um die Ermordung Tat'jana Skadovskaya durch ihren Ehemann Georgij im Jahr 1909 in Cherson. Im Rahmen des Gerichtsprozesses wurde eine Kommission unter der Leitung des prominenten Arztes Bechterev beauftragt. Die Geschworenen folgten der Darstellung der psychiatrischen Gutachter (147–148) und erklärten den Ehemann für schuldig, wenn auch er im Zustand des Wahnsinns (*v sostojanii umoizstuplenija*) gehandelt habe. Am Beispiel des Skadovskij-Falles will Lena Gautam die Auswirkungen der wissenschaftlichen Debatte und die Rolle der Experten im Gerichtssaal beleuchten. Das Gericht sollte nicht nur eine objektive Schuld (*vinnost*), sondern auch die persönliche Schuld (*vinovnost'*) beurteilen. Es wird deutlich, wie die russischen Juristen und Mediziner ihre Aufmerksamkeit zunehmend den Kriminellen und deren Schuldhaftigkeit zuwandten (134–139). Der andere Prozess ist ein berühmtes politisches Gerichtsverfahren gegen Lopuchin, den ehemaligen Direktor des politischen Departements. Er hatte einem Provokateur den Namen eines Geheimagenten, Evno Azef, genannt. Die Autorin rekonstruiert eine lebendige gesellschaftliche Diskussion um das Verfahren gegen Lopuchin, die nicht nur diesen konkreten Fall, sondern überhaupt die Rechtmäßigkeit und Legitimität der Geheimpolizei betraf (169–174), und stellt den fiktiven Charakter des gerichtlichen Verfahrens heraus. Der Lopuchin-Fall zeigt damit, wie die ihrem Wesen nach liberale Justizreform in eine Gegenreform verwandelt wurde.

Lena Gautam gelingt es darzulegen, dass sich das späte Zarenreich infolge der Reform zu einer Ordnung entwickelt hatte, in der das Recht »zu einer wirkmächtigen Ressource geworden« (216) und die Bevölkerung in der Lage war, in der Deutungs- und Ordnungslogik des Rechts zu argumentieren und ihre Darstellungen vor Gericht der

Argumentationslogik der Gerichte anzupassen (204).

Die Autorin schlägt eine neue Perspektive für die Erforschung der Gerichtspraxis und der Rechtsordnung des späten Russischen Reiches vor. Im Vergleich zu den zahlreichen Diskussionen hinsichtlich der Justizreform des Jahres 1864 in der russischen Historiographie, die meistens auf ihre rechtsdogmatische Seite begrenzt sind, legt sie den Fokus auf ihre sozialen Auswirkungen. Sie führt neue Akteure auf die Bühne – die Beklagten, die Staatsbeamten, die Juristen.

Die russische Gerichtspraxis des »langen 19. Jahrhunderts« ist noch nicht wirklich erforscht. Abgesehen von einzelnen berühmten Fällen (Kronenberg-Fall, Beilis-Fall, etc.) gibt es zahlreiche Kriminalgerichtsverfahren, die kaum untersucht sind. Das Werk von Lena Gautam ist ein Schritt in die Richtung der Beherrschung eines umfangreichen und sehr spannenden empirischen Materials aus der Gerichtspraxis des Russischen Reiches.

Die Lektüre wirft allerdings auch einige Fragen auf. Die drei Gerichtsfälle (Kapitel 4–6) behandeln individuelle Probleme und Forschungsfragen und treten als separate und miteinander nicht wirklich verbundene Studien hervor. Man benötigt außerdem unseres Erachtens mehr als drei Gerichtsverfahren für so ein heterogenes Territorium wie das Russische Reich, um die Forschungsfrage – wie die Bevölkerung mit den neuen Gerichten im späten Zarenreich umging – eingehender zu beantworten. Nicht ganz plausibel ist die Auswahl der Gerichtsfälle aus der Zeit zwischen den 1890er-Jahren und dem Jahr 1909. Es wäre angemessener, auch Prozesse aus den ersten Jahrzehnten nach der Justizreform (d. h. aus den 1860er- bis 1880er-Jahren) heranzuziehen.

Einige Behauptungen der Autorin bedürften weiterer Belege aus der Gerichtspraxis. So scheint beispielsweise die Behauptung, dass die Bevölkerung gelernt habe, psychische Erkrankung, Jugend oder Trunkenheit als Schuld mindernde Faktoren zu bewerten, richtig zu sein (210). Der Skadovskij-Fall (Kapitel 5) allein reicht als Grundlage für eine solche Verallgemeinerung allerdings nicht aus. Sowohl in den Staatsarchiven als auch in zahlreichen Sammlungen der Gerichtsurteile aus dem späten Zarenreich finden sich weitere Fälle und Belege, die diesbezüglich ausgewertet werden sollten (vgl. beispielsweise Петровский Н. А. Сборник 200 гражданских и уголовных дел с 1866 по 1874 год. СПб, 1875 / Petrovskij N. A. Sbornik 200 graz-

danskih i ugovolnyh del s 1866 po 1874 god. SPb, 1875).

Weitere Vertiefung verdient die in der russischen Historiographie verbreitete These, dass der russische Rechtsstaat ein purer Import des westlichen Rechts gewesen sei (4, 200). Es gibt aber auch viel Material über die Vorbereitung der Reform, das eher für eine Überarbeitung und Translation der westlichen Muster spricht, als für ihre schlechte Übertragung.

Eine eingehende Analyse fordert das Problem der Rechtsvorstellung der Bauern und ihrer Umgangsweise mit den neuen Gerichten (206). In der modernen russischen Historiographie gibt es zahlreiche anthropologische Forschungen (vgl. die Forschungen von Besgin, Безгин В.Б. Правовые обычаи и правосудие русских крестьян второй половины XIX–начала XX века, 2012 / *Besgin V. B., Pravovye obychai i pravosudie russkikh krest'jan vtoroj poloviny XIX–nachala XX veka*, 2012), die beweisen, dass auch nach der Reform viele Konflikte zwischen den Bauern, wie Prügeleien, Raube etc., nur sehr selten Gegenstand der Gerichtsbarkeit (nicht einmal der *Volost'gerichte*) wurden. Deswegen ist an dieser Stelle weiter zu forschen, inwieweit die Justizreform und die darauf sich stützende »innere Kolonisation« im Sinne der Abdeckung der Konfliktlösung durch die neuen Rechtsregeln zu einer Kriminalisierung dieser Taten geführt hat.

Die Autorin geht von der Rekonstruierbarkeit der Haltung der Bevölkerung den Gerichten gegenüber aufgrund der Memoiren und Notizen von Einzelpersonen oder Juristen (207) aus. Die Aus-

sagekraft solcher Berichte hängt jedoch davon ab, dass eine repräsentative Anzahl solcher Quellen ausgewertet wird. Bei der Betrachtung der Gegenreformen aus den 1880er-Jahren sind beispielsweise die Memoiren des berühmten Rechtsanwalts Koni von Bedeutung, der die Prozesse der Begrenzung der Öffentlichkeit und Freiheit der Gerichte beschreibt und kritisiert.

Auch die Forschung über die Rolle der Juristen in der Repräsentation der neuen, der Moderne entsprechenden Staatlichkeit infolge der Justizreform verdient es, vertieft zu werden. Es wäre z. B. notwendig, die aktuelle Forschung von Martin Avenarius über die russischen Juristen aus dem 19. Jahrhundert zu berücksichtigen (M. Avenarius, *Fremde Traditionen des römischen Rechts. Einfluß, Wahrnehmung und Argument des »rimscoe pravo« im russischen Zarenreich des 19. Jahrhunderts*, Göttingen 2014).

Generell würden wir empfehlen, die aktuelle russische Literatur zu einzelnen Aspekten der Justizreform stärker in Anspruch zu nehmen. Ohne sorgfältige Einbeziehung der russischen Perspektive scheint das Werk von Lena Gautam nicht vollständig zu sein.

Unabhängig von den zuletzt angeführten Anregungen stellt das vorliegende Buch eine eigenständige und ambitionierte Studie zur Gerichtspraxis der Kriminalgerichte im späten Zarenreich dar und bietet allen an russischer Geschichte Interessierten eine informative und durchaus auch unterhaltsame Lektüre.



Natalia Sobrevilla Perea

Narrar un siglo: el diario de Heinrich Witt, un europeo en el Perú decimonónico*

La monumental obra del diarista decimonónico Heinrich Witt (1799–1892) tardó más de un siglo en ser publicada en su totalidad y al ver los 10 volúmenes cuidadosamente editados por Ulrich Mücke queda claro porque el manuscrito demoró tanto tiempo en ver la luz. Se trata de una obra inmensa que nos revela con mucho detalle cómo era la vida de un extranjero danés (posteriormente ciudadano del imperio alemán) arraigado en el Perú y dedicado a los negocios a lo largo de casi un siglo. El texto que fue escrito en inglés, el idioma del comercio internacional, combina eventos personales y comerciales acompañados de agudas observaciones sobre el Perú y sus vaivenes políticos. El diario, sin embargo, mantiene la mayoría de su atención en lo privado y en la vida cotidiana, y es ahí donde radican algunas de las revelaciones más interesantes de la obra que muestra la forma en que vivió una clase social particular desde la independencia hasta el periodo posterior a la Guerra con Chile.

Este esfuerzo editorial es muy diferente a las dos ediciones anteriores, que fueron traducciones parciales ya que se presenta la obra en su totalidad acompañada de una serie de textos introductorios que sirven para poner en perspectiva el conjunto de la publicación. Una biografía, escrita por Christa Wetzel, nos permite conocer al autor con más detalle y ver la influencia de su familia alemana e infancia en Altona, la ciudad más importante del ducado de Holstein (unido al Reino de Dinamarca), cerca de Hamburgo. Además, describe sus experiencias formativas en Inglaterra que lo llevan hasta el Perú como empleado de la Casa Comercial de los Gibbs en 1824. Se presenta su proceso de ascenso social, hasta convertirse en uno de los comerciantes extranjeros más importantes del país, además de Cónsul de Dinamarca. Conocemos más de su historia personal, sus vinculaciones con las elites locales, su matrimonio con la viuda de un

compatriota y colega, así como los matrimonios de sus hijas adoptivas y luego, incluso, la relación con sus nietos. Sus viajes también se resumen con detalle, siendo todo esto muy útil para entender al responsable de esta narración.

Los dos capítulos siguientes se interesan por el texto en sí. Christa Wetzel presenta la historia del diario, mientras que el de Ulrich Mücke lo analiza dentro del tipo de narrativas conocidas como del «ego». Wetzel muestra como al final de su vida el diario se convirtió en casi una obsesión para Witt quien se dedicó a revisar y reescribir los diarios que había llevado desde su juventud. Se trata entonces de una colección de narrativas que reúne los diarios, textos que los conectan con entradas contemporáneas, que comenzó en 1859, después de que sus problemas con la vista lo volvieron dependiente en secretarios y familiares. Es entonces algo más que un diario y es relevante saber cómo fue que sobrevivió dado que una de las ambiciones de Witt fue que fuera publicado y algunos de sus descendientes intentaron hacerlo. Como nos hace notar Mücke, no existe otra autobiografía producida en el país o aún en la región que llegué a la extensión de la de Witt, a pesar de que en algunos casos como el mexicano Alfonso Reyes incluyendo las cartas la extensión es similar. Witt se dedica a escribir durante unos setenta años un texto híbrido y diverso que es más que un diario y que muestra la complejidad de su autor. En gran parte el diario es también una colección de narrativas de viaje llenas de observaciones que se enmarcan en un estilo muy típico del siglo diecinueve.

Ahora bien, el diario mismo es de una extensión muy grande que se organiza a grandes rasgos de manera cronológica. Quienes se interesen en una temática particular, se pueden valer de un amplio índice de personas y lugares (300 páginas en el vol. 10). El cuarto artículo introductorio de Christa Wetzel detalla el estado de conservación de cada

* ULRICH MÜCKE (ed.), *The Diary of Heinrich Witt*, Leiden: Brill 2016, 10 vols., 7913 p., ISBN 978-90-04-30724-7 (e-book)

volumen, su contenido, sus apéndices, los secretarios que participaron en su elaboración, el periodo en que fue redactado, si ha sufrido algún daño, así como las inserciones del siglo XX. El primer volumen está dedicado a narrar la historia de su familia, infancia en Altona y juventud en Inglaterra, así como su viaje al Perú. Es importante remarcar que en algunos casos el nivel de detalle llega a ser realmente apabullante, como cuando describe con lujo de detalles su primera travesía a América. Sus primeras anotaciones tras su llegada en 1824 se vuelven bastante monótonas ya que describen su trabajo como empleado de una casa de compra y venta de productos. La narración cobra vida, sin embargo, con sus descripciones de Arequipa, de la comunidad de comerciantes como él y a inicios de la república. Sus comentarios políticos de este periodo son limitados, pero incluyen una interesante viñeta describiendo a Simón Bolívar en una fiesta que se dio en su honor en Arequipa.

Uno de los periodos menos desarrollados en el diario es la década de 1830. Puede ser que fueron años de intenso trabajo para consolidarse como un comerciante con su propio capital y así dejar de ser un dependiente. En los primeros años queda claro como su posición social y económica es la de un subordinado y que por ello, pasados los primeros años de interés y curiosidad por el país, su vida diaria haya sido más bien regida por la monotonía. Son estos años en los que formaliza su relación con la viuda de su compatriota von Lotten y poco dice sobre el desarrollo de su noviazgo con María Sierra, quien aparece desde su llegada a Arequipa. Su matrimonio (con la viuda de von Lotten) duró más de medio siglo, y pesar de no tener hijos propios, Witt adoptó a los de su esposa y se convirtió rápidamente en el *pater familias*. El primer volumen combina entonces una introducción a la vida de Witt y su llegada al Perú con sus impresiones iniciales además de sus impresiones del país a través de sus viajes.

La narración toma más forma desde 1842 cuando Witt deja la firma de Gibbs y pasa a incluir detalladas descripciones de las ciudades que visita en este periodo, además de las vicisitudes políticas que siguieron a la muerte de Gamarra. Se trata de un observador mesurado y, como no pertenece a ningún partido, sus observaciones suelen ser desapasionadas y en algunos casos presenta detalles interesantes que complementan los que se pueden encontrar en otras fuentes. A diferencia de las ediciones parciales anteriores vemos como el diario

salta de descripciones de eventos políticos complicados a comentarios bastante superficiales sobre vecinos y amigos, juegos de cartas y actividades cotidianas. Lejos de dar la sensación de una falta de interés por lo que sucede le presta autenticidad al texto. Es interesante también seguir las vicisitudes de Witt en el Perú y luego en sus viajes de vuelta a Europa, ya que podemos ver que se ha convertido en un inmigrante con una relación más distante a su región de origen, a pesar de su interés en ella y su trabajo por mantener conexiones.

Uno de los temas recurrentes en la narrativa es el de la interacción de Witt con el mundo legal. Su familia, amigos y allegados en Altona son a menudo de la profesión legal y él como comerciante recurre asiduamente de los servicios de abogados. En cuanto a sus experiencias en el Perú, Witt tiene la oportunidad de ver como el sistema legal va cambiando de la colonia a la república y más particularmente con el paso del nuevo código civil en 1852. Narra la forma como se celebra en la capital la nueva legislación tanto por parte de los miembros del gobierno con pompa y circunstancia, así como las clases populares con fiestas en la plaza y aparentemente sin mucha comprensión del significado de los cambios (vol. 5, 141–142). En la narración de su trabajo como comerciante los comentarios sobre las cuestiones legales (y algunos casos de corrupción) estuvieron siempre presentes y cobraron aún más importancia con su participación en el comercio del guano.

Los cambios en el mundo y en la vida de Witt se ven reflejados en los volúmenes 3, 4, 5, 6, y 7, ya que son los de su adultez, años de intenso trabajo, así como de cambios, tanto en su familia como en el Perú y en Europa. Dada su extensión una de las principales virtudes del diario es mostrar como las experiencias de vida van variando en las diferentes estaciones de la misma. Al llegar al volumen 8 la distancia entre el momento en que se redacta el diario final y cuando se hacen las notas diarias se va acortando, pero se trata también de un momento en que Witt es cada vez menos activo en el trabajo y en la esfera pública. Su interés primordial está en la familia. El volumen 8 está dedicado principalmente a la muerte de su mujer, la pena que lo acompaña, así como los trámites para organizar su sucesión. El tono en este tomo difiere de los anteriores ya que es mucho más nostálgico, debido a la pena por la muerte de la compañera de toda su vida. Este tono persiste en el tomo siguiente que tiene también la narración de un viaje hecho hace

más de cincuenta años, así como detalles sobre las dificultades vividas en la ciudad de Lima durante la Guerra del Pacífico (1879–1883). Esto es también lo que presenta en el último volumen que redacta hasta el final de su vida en 1892, más de setenta años después de su llegada al Perú; lugar donde amasó una importante fortuna.

Witt nos presenta un detallado panorama sobre el siglo diecinueve en el Perú y ya con eso podemos decir que la mayor enseñanza que nos proporciona este trabajo es una mirada de un extranjero noreuropeo que llega a habitar en su interior. Estudios sobre la vida privada, sobre los comerciantes extranjeros, sobre las elites del país, sobre los hábitos de lectura, los viajes tanto dentro como fuera del

Perú se verán enriquecidos con la lectura de Witt. El poder contar con la totalidad de la obra, con estudios que la ponen en contexto es de vital importancia ya que permite que el lector vaya buscando cual es el periodo o el tema de interés. El reto principal, sin embargo, sigue siendo la extensión misma que lleva a que esta sea una colección inmensa y, por ello, costosa y por el otro que necesita de bastante tiempo para lograr una inmersión en el texto. Los beneficios de hacer esta larga lectura son, sin embargo, muchos ya que el lector se ve inmerso en un mundo que ya no existe, llevado por la voz de Witt.



Alejandro Agüero

Words and Acts in the History of Latin American Constitutionalism*

Scholars long held liberal constitutionalism and Latin American politics to be largely incompatible. Either because of the »Spanish legacy« or the social complexity in Latin America, the failure of constitutional/liberal regimes was seen as a peculiar feature of the region's historical development. Against this trend, different voices have emerged since the closing decades of the 20th century. After the so-called »political turn«, the historiographic literature began to reconsider the role of political discourse, constitutions and laws in the aftermath of achieving independence. While some scholars called attention to the liberal tenor of the many constitutions passed in the former Hispanic domains during the first half of the 19th century, others sought to avoid the bias of a model-deviation approach and looked for their original aspects.

This second alternative began with Spanish constitutional history. The historiography of the Cadiz constitution (1812) – conditioned from the beginning by the French model – favored studies focused on its originality.

One striking aspect of that originality was the imperial scope of Cadiz constitutionalism. Cadiz was more a Spanish-American constitution than a Spanish one, and its normative content offered plenty of original solutions. It was a delicate combination of new liberal principles with traditional values as well as practices of government and reformist projects shared by both colonial and metropolitan elites. In this new framework, Cadiz constitutionalism has been qualified as an original experience, a *tertium genus* before Anglo-American and French-Continental constitutionalism. More-

* JOSÉ MARÍA PORTILLO VALDÉS, *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*, México D. F.: El Colegio de México 2016, 262 p., ISBN 978-607-462-876-0

over, Cadiz is just a piece, the most significant perhaps, of a wider constitutional model that has been called »Hispanic constitutionalism«.

This is the context in which we should view the book by José María Portillo, whose title in English would read something like: *Minimal History of Constitutionalism in Latin America*. In my opinion, the title is not entirely fair to the book's content. While it is a relatively short book on a huge subject, it is not merely a summary of commonplaces nor a simple comparative glimpse. It represents an original attempt to apply the heuristic potential of »Hispanic constitutionalism« to the whole region. Therefore, the book is especially relevant despite its panoramic outlook.

The book is conceived as a »social and political history of Latin-American constitutionalism« (12). Hence, we should not expect the formalist approach typical of jurists who privilege texts at the expense of context. However, as a history of constitutionalism it must be focused on a specific discourse expressed in political speeches, pamphlets, proclamations, law books, laws and constitutions. As a historian committed to the thriving school of critical legal history, Portillo masters the arduous art of relating texts to contexts and walking the fine line that separates rhetoric from praxis.

In his historical approach, Portillo avoids a categorical definition of constitutionalism, identifying its distinctive core in the ideals of social welfare and happiness that prompted deep changes in political rule and state-society relationships. In this sense, by the 18th century constitutionalism was conceived as a discourse directed at achieving the end of despotism, the assurance of rights, and the separation and equilibrium between powers. From this starting point, the next two hundred years were marked, on the one hand, by debates about who to include in those goals (initially restricted to a limited segment of the population – learned Christian men, property holders, etc.); and on the other, by the new sense of welfare that prescribed new objectives for constitutionalism, such as regulating the economy, poverty, unemployment and the social function of private property.

The descriptive tone at the level of the definition is coherent with the socio-historical approach, even though the object is eminently normative. As is well known, the shift from a merely descriptive concept of constitution towards an expressly normative one (i.e. art. XVI of the Declaration of Right

of Man, 1789) was a turning point for modern constitutionalism. In that transition, the term was used to mean »good order« and harmony in the body politic. It was in this sense that royal advisors, first in France, then in Spain, warned of the »lack of constitution« during the throes of the *ancien régime*. While this problem led to revolution in France, in Spain it promoted a reformist program that was finally interrupted by the Napoleonic invasion, the abdications of Bayonne (1808), and the beginning of the wars of independence.

The first chapter makes clear how the convergence of the constitutional problem with imperial collapse in 1808 left early constitutionalism in the Hispanic world with some peculiar traits. At first, it encouraged the original attempt to pass a constitution for the whole empire; soon after, the colonies perceived a need to pass constitutions of their own in pursuit of independence or, as they said, their »emancipation«. In order to fully understand the key notion of »emancipation«, Portillo shows that, besides the *Droit de Gens* and the *Ius Publicum*, the effects of the Spanish imperial crisis must be interpreted in light of the *Ius Civile*. As in parental relationships, the independence of the colonies was viewed in terms of emancipation from the paternal *potestas* of the king. This perspective sheds light on the peculiar political language of Latin American independence movements.

After 1808, the question of who was entitled to inherit the vacant sovereignty did not have a clear answer. As the kingdom and the colonies did not form a compact nation, the orphanhood of the realm was interpreted as the orphanhood of each of hundreds of communities that felt the opportunity to achieve their emancipation. The imperial collapse triggered an extraordinary process of drafting and passing constitutions throughout the Hispanic world. Portillo characterizes this outcome with a title that evokes a seminal text by Clavero (*»As many persons as states«*): »as many constitutions as *pueblos*«. Even in Spain, Portillo argues, the constitution meant emancipation, to the extent that the Cadiz constitution can be read as an attempt to redeem the nation from the paternal *potestas* of its former kings.

Combining chronological and topical threads, Portillo gives accounts of the different challenges faced by the constitutional culture in the region. The consolidation of the new republics and the arduous work of becoming nations (1820–1860) are the subjects of chapter two. Years of war and

the dissolution of colonial structures implied severe socio-economic changes with deep political impacts. Militarization of politics, the incorporation of rural populations, and the formation of new elites are just some of the common traits associated with those changes. Ethnic complexity added another complicating condition to new constitutional projects, particularly in setting criteria of exclusion/inclusion for the enjoyment of citizenship rights. Portillo deals with this problem under the question of who were the »persons of the constitutions«. At the same time, the territorial distribution of power is addressed under the question about the »subjects of the constitution«: *pueblos*, provinces, nations, states.

Constitutional debates and factional confrontations persisted around those issues, while constitutions did not enjoy the expected observance and stability. Still, Portillo highlights the fact that, in such unstable conditions, with caudillos exerting effective power in most of the new republics, the constitutions were needed. Even if they were rather aimed at legitimizing factual situations, they were, formally at least, constitutions. Hence, Portillo concludes that the Latin American *caudillismo* of the 19th century was a peculiar »constitutional *caudillismo*« (119). It consisted of a separation into two spheres: that of the law and ordinary matters, and that of the extraordinary and provisional powers conceded to governors. In line with current strands of historiography, Portillo considers that the depiction of caudillos is not complete without that discursive / constitutional aspect.

In a similar way, Portillo gives constitutional meaning to violent collective movements that, evoking the people's power, removed governments and repealed constitutions to pass new ones. Portillo suggests that the *pronunciamientos* (as these acts were usually called) worked as a »rather factual than juridical« way of exercising rights held by the people, regardless the tenor of the constitutional texts (96). This would mean, then, that instability was inherent to the way in which political actors interpreted the constitutional game.

This way of grasping the relationship among caudillos, *pronunciamientos* and constitutionalism helps to overcome the recurrent dilemma between rhetoric and praxis. It also avoids the historiographical bias of describing such phenomena as crude violence, proper to a lawless realm, as has been common. Nonetheless, the problem of determining when the justifications of such acts were

genuine expressions of constitutional intent and when they were not remains. Can we trust in noble words when even historical actors were aware of the gap between words and acts? In words of José E. Caro (1817–1853), member of the Colombian Conservative Party »the acts were detestable, the names were attractive« (*apud* Calderon and Thibaut, *La majestad de los pueblos*).

The three final chapters are focused on a) the relative consolidation of liberal republicanism and state-building processes by the late 19th century; b) the crisis of liberalism, the emergence of nationalism, and the revolutions of the early 20th century; and c) populisms, dictatorships, and the new constitutionalism fostered since the 1990s. It was not until the last decades of the 19th century that the new countries' constitutions stabilized. It was the age of a second independence, Portillo says, in reference to the liberal reforms that led, among other things, to emancipate the state from the Catholic Church. Let us recall that, until that time, most of the constitutions enshrined Catholicism as the state religion or fundamental law. These reforms, and others of the kind, became necessary to manage the integration of the region into the trade networks of the Western world.

Paradoxically, the stabilization of liberal regimes, sustained in their economic growth by supplying raw materials to developed countries, did not mean a strengthening of constitutional culture. Portillo observes that this period coincided with a »constitutional devaluation« in parallel with a »dependent and selective modernization« (126). Inequality, exploitation and exclusion for ethnic and cultural reasons continued while executive powers enhanced their control over the legislative and the judiciary. The gap between words and praxis arises again when Portillo, analyzing the Mexican case, concludes that, besides the »nominal constitutionalism« (that of the written Constitution), there was another »political code« that could radically contradict the first (154).

Portillo is aware of the weight of the international context. On the one hand, the devaluation of the constitution was also observable in Continental Europe; on the other, integration in the world trade network set the conditions for a new form of economic imperialism with political intervention, particularly from the USA. At the same time, social tensions increased with the arrival of immigrants that would soon reveal the limits of the oligarchic »liberal« regimes. Fueled by internal and external

causes, this breeding ground of social unrest encouraged the elites to undertake, in some cases, democratic reforms; in others, revolution was the way out. Portillo compares the experiences of Argentina and Mexico during the second decade of the 20th century, respectively (184).

Despite reforms and revolutions, diverse forms of authoritarianism prevailed until the deep constitutional reforms of the late 20th century. The last chapter tackles this period under the title of «populism, dictatorship and new constitutionalism». This is not an easy context to grasp, to the extent that the closer the facts are to our own time, the harder it is to discern their historical significance. Let us remark on some examples. Portillo suggests that, unlike earlier authoritarianisms, the dictatorships of the 20th century, especially those of the 1970s and 80s, rejected all constitutional culture and were only sustained by fear and force (210). Nonetheless, there are plenty of cases in which dictatorships claimed to be acting in defense of original constitutional values. And it would be hard to deny that they received support from parts of civil society and, in some cases, from the local authorities of the Catholic Church. We agree in denying any constitutional pretension to these political experiences. The self-justifications in these cases cannot guide the historian. Still, it is hard to explain why those of the preceding century should do so.

Similar concerns come to mind when reading about political experiences like that of Vargas in Brazil or Perón in Argentina. Portillo does not provide an accurate definition of «populism», nor should we expect him to do so in such a brief book. However, it is worth noting that «populism» has

been the subject of a great deal of academic debate in the last decade. Some influential scholars have identified with this term a radicalization of democracy and the condition of possibility for genuine «emancipation». It would have been interesting to connect this notion in its historical drift with new approaches on populism. If populist experiences were not openly against the constitutions, Portillo suggests that they accorded them only a secondary role. However, according to economic studies, they were unique moments of the democratization of welfare, as was the case of Perón in Argentina.

In such a context, constitutional history becomes somewhat disconcerting. Still, this brief but thorough book offers reasons not to be so skeptical about Latin-American constitutionalism. First, much of the instability and authoritarianism were not exclusive to this region; they also affected, to a great extent, Continental Europe, at least until the end of the World War. Second, without denying the responsibility of Latin American elites, many problems were due to economic imperialism and foreign intervention. Finally, the reforms and the new constitutions passed in recent decades have brought the region, in Portillo's words, into the «vanguard of constitutionalism» (244). Venezuela, Ecuador and Bolivia have led this movement, passing constitutions with new conceptions of rights and guarantees, political freedoms and representative governments. For the first time, constitutions recognize and are addressed to multi-ethnic, pluricultural and even plurinational societies. Whether these novelties will remain as mere «attractive names» or not, only time will tell.



Waldomiro Lourenço da Silva Júnior

A finitude imperial em revista: uma perspectiva sobre as conexões do mundo hispânico*

Fruto de um simpósio sucedido em 2012, na Washington University, nos Estados Unidos, o livro organizado por A. Tsuchiya e W. Acree começa com a seguinte frase: »when Napoleon's forces invaded the Iberian Peninsula in 1808, the world's most powerful empire was already beginning to fracture« (1). O elemento notável aqui não é o erro de data, já que a invasão à Península Ibérica ocorreu no ano anterior, nem a associação entre a fratura do império espanhol e as incursões das forças de Napoleão Bonaparte, mas a qualificação daquele império como o mais poderoso do mundo no alvorecer do oitocentos, quando Grã-Bretanha e França disputavam, palmo a palmo, a hegemonia atlântica. De imediato, surgem duas indagações: Quais as concepções de império e de poder presentes na obra? Como os autores compreendem a inserção do império espanhol no quadro mais amplo das relações e das disputas internacionais?

A. Tsuchiya, autora do texto introdutório de onde foi extraída a frase reproduzida acima, salienta que o término do império é compreendido no livro como um processo fluido ocorrido no decorrer do »longo século XIX«, cujas ramificações reais e simbólicas são sentidas além desse período. Talvez a essa consideração se deva a supressão, no título do livro, do marco cronológico presente no título do simpósio (1808–1898). Um segundo ponto realçado pela autora, que decorre do primeiro, diz respeito à compreensão de que as independências não marcam a quebra das relações transatlânticas e transacionais entre a Espanha e suas antigas possessões ultramarinas. A consequência fundamental é a problematização da emancipação política como fator de ruptura e o destaque de aspectos culturais hispânicos como elementos de integração. Com efeito, um dos pontos fortes da obra é explorar »circuits of intellectual and cultural exchange – and the concomitant power relations that such ex-

changes implied« (5). As relações de poder aqui são, portanto, compreendidas além do campo estrito da dominação colonial.

A obra conta com dez capítulos, distribuídos em quatro seções: *Atlantic cartographies; racial theory: from imperial formation to nostalgic celebration; slavery, empire, and the problem of freedom; cultural legacies of empire*. A contribuição de Sebastiaan Faber, que abre a primeira seção do livro, consiste em uma dura crítica ao paradigma hispanista presente na historiografia cultural espanhola. Faber aborda o hispanismo como ideologia e como prática institucional solidamente arraigada, apontando as limitações de um exclusivismo que desconsidera tanto a produção literária espanhola redigida em outras línguas que não o castelhano quanto a literatura em espanhol produzida fora da Espanha. Faber argumenta que a reprodução de determinada perspectiva acadêmica constitui um meio para o exercício de poder com variados níveis de interesses, e que sua contestação não passa apenas pela crítica intelectual, mas, também, pela realização de reformas curriculares e departamentais nas universidades. O segundo capítulo, de Kirsty Hooper, migra da historiografia para a história, trazendo luzes sobre o caso pouquíssimo conhecido das conexões da cidade de Liverpool, na Inglaterra, com o mundo luso-hispânico no século XIX. A autora solicita maior sustentação empírica à história dos intercâmbios culturais e traz a concretude das migrações e das trocas econômicas para o centro da reflexão. Seu trabalho indica o funcionamento de companhias de navegação que ligavam o porto britânico aos circuitos comerciais ibéricos no Atlântico e no Pacífico, em ambos os hemisférios, bem como a formação de uma comunidade luso-hispânica em Liverpool cujos traços culturais ainda estão em grande parte por serem reconstituídos. Para ela, conexões como

* AKIKO TSUCHIYA, WILLIAM G. ACREE JR. (eds.), *Empire's End: Transnational Connections in the Hispanic World*, Nashville: Vanderbilt University Press 2016, 240 p., ISBN 978-0-82652-076-0

as que aborda em seu estudo permitem tencionar as percepções sobre o que é »local« e »periférico«, ampliando a compreensão a respeito da multiplicidade histórica do passado oitocentista em sua globalidade.

A segunda seção do livro é a mais coesa das quatro. Seus três capítulos destacam a centralidade e as especificidades dos discursos raciais no mundo hispânico do longo século XIX. Joshua Goode volta seu olhar para o momento que se seguiu às perdas imperiais espanholas, em 1898. O autor destaca o uso político do discurso antropológico que requalificou, sobre novas bases, a fusão racial característica dos espanhóis, justificando suas aspirações colonialistas na África. O ponto central de Goode é mostrar a plasticidade da significação atribuída à mestiçagem, que configuraria o que ele chama de *portmanteau idea* em função da contínua redefinição e da variedade de apropriações nos diferentes contextos nas décadas iniciais do século XX. Alda Blanco segue caminho semelhante, explorando as formas assumidas pelo pensamento racial na Espanha e na América hispânica. O seu ponto de partida são as ideias debatidas no Congresso Geográfico Hispano-Português-Americano, de 1892. Uma das teses consensuais foi a de que a raça ibérica era produto da fusão racial e que isso se tratava de um aspecto positivo, em franco contraste com o »purismo« prevalente no racismo europeu da época. Em seguida, a autora confronta essa presunção com a linha de pensamento de duas figuras de destaque da intelectualidade hispano-americana, o mexicano Justo Sierra e o argentino Domingo Sarmiento, que chegaram a diferentes conclusões. Joyce Tolliver, na sequência, chamando a atenção para a negligência historiográfica com as Filipinas, destaca as particularidades das concepções de raça e nacionalidade na região. O interessante a enfatizar é o contraste com a tônica geral dos dois capítulos anteriores. Diferentemente do que acontecia, desde tempos imemoriais, na Península e na interação com os povos americanos, a mestiçagem entre espanhóis e a população local seria relativamente rara na colonização filipina. Consequentemente, a aplicação dos protocolos de distinção/exclusão social e política baseados na tradicional ficção jurídica da »limpeza de sangue«, também presentes na América, assumiriam traços peculiares naquela localidade.

Um texto de Christopher Schmidt-Nowara, falecido em 2015 e a quem o livro é dedicado, abre a terceira seção com uma análise relacional das

percepções forjadas em torno do cativo e da liberdade no momento em que se lutava contra a dominação francesa e, ao mesmo tempo, se fortalecia a escravidão africana no Caribe espanhol. O inovador do capítulo é a maneira como o autor explora a trajetória de prisioneiros de guerra, inclusive, a do próprio rei, Fernando VII, mapeando as formas como as experiências moldaram as mentalidades, oscilando da escala da biografia para a grande política. William Luis, por seu turno, explora o esfacelamento daquele império que, segundo Nowara, havia se renovado na década de 1820 em diante. Partindo de uma metáfora que acena para a inexistência de vácuo de poder, Luis examina a transição do domínio colonial espanhol no Caribe para a influência neocolonial dos Estados Unidos a partir de um criativo e abrangente exame da produção literária (tomada como contradiscurso) e de suas interfaces com as transformações culturais, econômicas e políticas do período.

A última seção é iniciada pelo capítulo de Michael Ugarte, que aborda a presença espanhola no norte da África, tema também bastante negligenciado. O contexto é investigado por meio dos escritos de Benito Pérez Galdós (1843–1920), autor realista que deixa transparecer, conforme Ugarte, as ambiguidades e as ambivalências do imperialismo espanhol em terras africanas, principalmente no tocante às Guerras do Marrocos, e em relação ao discurso orientalista. Em seguida, o trabalho de Lisa Surwillo trata do tema dos *indianos*, espanhóis emigrados que retornavam após terem »feito a América«. Para a autora, as narrativas, o imaginário e a cultura material deixadas por aqueles indivíduos permitem desafiar a ideia de finitude do império, na medida em que dão conta da continuidade ou da criação de fluxos migratórios e de laços econômicos após 1898. Por fim, Alejandro Mejías-López apresenta uma avaliação sobre os efeitos do declínio do império espanhol na história literária espanhola e hispano-americana. Extrapolando a análise de Faber sobre o hispanismo, Mejías sublinha a indiferença mútua entre os campos literários dos dois lados do Atlântico e o lugar de subordinação assumido em relação à literatura francesa e do Norte da Europa, no decorrer do século XX. Na sequência, realça as perspectivas abertas pelos estudos transatlânticos, mas também – praticamente realizando uma crítica interna ao livro – alerta para os problemas decorrentes de um novo confinamento nos limites do antigo império e clama por teorizações que ajudem lançar novas

luzes sobre a circulação de cultura e de poder através do Atlântico.

Empire's End, tanto pela excelência individual dos capítulos que o integram quanto pela afinidade de seu conjunto, é uma ótima contribuição historiográfica. Não obstante, a relativização das emancipações políticas como marcos definidores, embora seja analiticamente estimulante, tem, no livro, o duplo efeito de rebaixar o relevo histórico das independências e de tornar singulares os múltiplos tempos do império espanhol e de seu colapso. Embora os capítulos sejam eivados de discussões sobre relações de poder, prepondera uma concepção culturalista de império que não discerne a

natureza das relações da Espanha com os países de língua castelhana independentes na primeira metade do século XIX daquelas estabelecidas com regiões como Cuba e Porto Rico, que permaneceram colônias. Ademais, a hiperbólica imagem do poderio espanhol pintada na frase inicial não é desafiada pelo conjunto da obra, que não problematiza a inserção do país no quadro mais amplo das disputas imperiais. Como construir uma perspectiva transnacional que desconsidere, por exemplo, as pressões econômicas e diplomáticas exercidas pelo Império Britânico?



Mónica García-Salmones Rovira

More is More in the Hidden History of International Law in the Americas*

»In the beginning all the World was *America*« reads the iconic opening of § 49 in John Locke's *Second Treatise of Government*. Beyond mentioning »America«, Locke's theory and the story told by Juan Pablo Scarfi in *The Hidden History of International Law in the Americas* share an unsettling resemblance. The expansion of international law and the deepening of legal techniques for the purposes of US hegemony in the American hemisphere, the invasion of politics by the language of science, the double standard, one of real military and monetary interventions, and another of (usually) suave diplomatic correspondence about the advantages of pan-Americanism, all are part and parcel of *The Hidden History*. Moreover, around the mid-20th century the pattern extended around the entire globe. Therefore, as Scarfi elegantly suggests, the interventions in Latin America by the newly established US empire in the early 20th century had the nature of laboratory experiments. In the end,

all the world was *America* again, but with a good number more of international organizations, institutions devoted to the scientific study of international law, and international legal norms and principles. This image, of course, simplifies tremendously the complex history of the past century. However, it summarizes the message of Scarfi's book.

The Hidden History belongs to a new wave of scholarship on the development and history of international law on the American continent in the early 20th century. It also connects with growing interest in the figure of James Brown Scott (Liliana Obregón, Arnulf Becker Lorca, Paolo Amorosa, Joshua Smetzler, Mónica García-Salmones). Scarfi presents his own approach to the history of international law in America as an exercise of »intellectual history« and a contribution to »the history of US-Latin American relations« (xvii). He traces »legal networks«, which amounted

* JUAN PABLO SCARFI, *The Hidden History of International Law in the Americas. Empire and Legal Networks*, Oxford: Oxford University Press 2017, 239 p., ISBN 978-0-19-062234-3

to a project for the scientific development of international law undertaken by the American Institute of International Law (AIIL), over a period of four decades (xxi). What at the outset seems to be the study of a dull institution for the scientific study of law, the AIIL, soon captures the reader's attention, and it becomes apparent why Scarfi wisely chose the seemingly obscure AIIL. Elihu Root and especially James Brown Scott undertook the enterprise of »civilizing Latin America« through the AIIL's extension of US exceptionalism. To do so, they collaborated closely with a number of Latin American international lawyers, such as Alejandro Álvarez, Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, and Víctor Manuel Maúrtua. All of this was facilitated by the extremely generous patronage of the Carnegie Endowment for International Peace (CEIP). Martti Koskenniemi's inspiration is visible in Scarfi's appraisal that »American international law and Pan-Americanism were »gentle civilizers« of US hegemony in the Americas« (xix).

The author describes the »legal missionary overtones« of the AIIL and of its promoters, including the visit of Elihu Root – »the main architect of the so-called Platt Amendment« – to South America and the overwhelmingly warm reception that he received there, meeting »almost all their presidents and ministers of foreign affairs« (24). According to Scarfi, divergent goals were pursued by the same means, namely the AIIL: promoting US hegemony in the North, and moderation of US hegemony in the South. Evidently, compromise was needed. Scarfi argues that it was Álvarez who, after being charmed into becoming part of a »transnational legal elite«, teaching and publishing in the best US institutions from 1916 to 1918 on the core issue of the right of intervention, »neither confronted nor sought to oppose Scott's optimistic and controversial interpretation of the Platt Amendment and the right of US interventions as civilizing principles« (56–57). But *The Hidden History* also pays attention to the increasing distrust of the Monroe doctrine's transformation and expansion among jurists based in Mexico, Argentina, Peru, and Cuba.

The activities of the AIIL crystallized in the impetus for codification, operating now more openly as a »hemispheric legal network of hegemonic interactions« in support of US-led political and legal projects (88). Through this process, the civilizing AIIL and pan-American international law were increasingly distinct from a universally

oriented, pluralistic law founded in the international community. The AIIL's codification was pragmatic, ethnocentric, elitist, and technocratic, while its scientific orientation was regressive. In that vein, already in the early 1920s Álvarez's ideas, more doctrinal and idealistic, were consistently downplayed, as in the Rio de Janeiro Commission of jurists (1927). Scott sought new collaborators among those more connected with the elites and dictators, such as Bustamante in Cuba and Maúrtúa in Peru. Perhaps this is related to the fact that, in relation to previous years, the number of inter-American multilateral treaties increased dramatically in 1928 and 1929. Matters dealt with in the new treaties ranged from the rights and duties of states in the event of civil strife, to arbitration, conciliation, and the protection of trademarks.

The first reality check for Scott occurred when Nicholas Murray Butler, then president of the CEIP, resisted opening a Latin American branch of the CEIP in Havana in 1929 (136). Not without some irony, Butler had a greater sense than Scott of the displeasure with which the South American nations observed the Havana project. This incident evidenced another phase in the different styles of Scott and Álvarez. While the latter, the idealist, proposed a gradual and slow process for pan-Americanism, the pragmatic Scott could be utopian. Around the Montevideo conference of 1933 the tide turned dramatically. The Argentinian politician Saavedra Lamas managed to pass »The Anti-War Treaty« that »popularized the idea that interventions and territorial acquisitions were incompatible with the preservation of peace«, advocating absolute non-intervention (161). Thus, the USA lost its battle for legal intervention. But Scarfi also reports that the USA supported the treaty in exchange for Argentina's rejection of the Mexican proposal for an extended general moratorium on foreign debt (155). Indeed, the Mexican Secretary of Foreign Affairs, J. M. Puig Casauranc, decried in his speech in Montevideo »the perverted legal forms« that were causing a »life of misery« and »economic depression« across the continent. However, in spite of Puig Casauranc's confrontation with the US Secretary of State, Cordell Hull, and with Saavedra Lamas, the moratorium was not discussed in Montevideo. Hindsight changes the appearance of that omission and the secret pact between Hull and Saavedra Lamas, which are discussed also by Robert King and Leandro Ariel Morgenfeld. In comparison to Mexico's idea that

the South American countries should join forces to negotiate a moratorium of the public debt, which was already immense, Saavedra Lamas's emphasis on territorial conquest seemed outdated. The incident reconfirms the complexity of the political stakes. Events precipitated and the US change of heart towards the Good Neighbor policy in the early 1930s and, soon, the shift to a »geopolitical and globalist« rather than hemispheric policy led to the AIIL's disappearance in 1942. Still, Scarfi concludes his book by pointing to the legacy of the AIIL in the Inter-American Court of Human Rights and in institutions such as the Organization of American States. Therefore, many questions are raised and some remain open. An important one that lingers in this reader's mind is about how all this enterprising lawyering of Root and Scott was perceived in Washington. Moreover, a few years later, the entire AIIL business appeared to have been forgotten in subsequent developments, and one wonders what could be the reason for that oblivion. After the Charter of Bogotá (1948), for instance, the period of the AIIL is substantially neglected in the work of Joseph L. Kunz, editor of the *American Journal of International Law*.

Scarfi has produced a thorough study of the life of the AIIL. Faithful to its method of focusing on institutions and legal ideas, the book generally downplays the persona of its main protagonists: Root, Scott, Álvarez, and Saavedra Lamas. The result is sometimes stark: coldness verging on Machiavellism in the North Americans, and South Americans appearing slightly naïve by comparison. This statement is not merely critique. Indeed, this

feature piques the curiosity even more, especially about Scott. *Who* was that man? Did he believe in his pan-American project? Whence did he draw his prodigious energy for international lawyering and promoting legal institutions around the world? Arnulf Becker Lorca has devoted several studies to Alejandro Álvarez, the mysterious Chilean international lawyer, who lived far away in Paris. Becker Lorca offers quite a different perspective of Álvarez and of Latin American international law, one at once strategic and significant. The fact is that both authors highlight different aspects of the same period. Scarfi concentrates on the US hegemonic legal machinery of pan-American international law, and Becker Lorca on the push of the periphery in Eurocentric international law. With all the obvious limitations of a culinary analogy, the reader could do nothing better than matching *The Hidden History* with Becker's *Mestizo Law* as a good wine. Both books complement each other well, confirming, once again, the classic disciplinary division between international law and international relations. To be sure, Scarfi's is a book *of* international relations *on* international law. The result is quite an achievement and reveals what is at stake for global politics and global law when certain »scholarly« institutes for the scientific study of international law are established. From the perspective of a Europe-based international lawyer, the greatest virtue of the book is to help overcome the fear of deeper immersion in the hidden history of international law in the Americas.



Nino Vallen

Conflictos y continuidades en el desmembramiento del cuerpo unido de la nación española y portuguesa*

El colapso de los imperios español y portugués representa un capítulo único en la historia del derecho. En un momento en que cualquier sistema de gobernanza distinto al monárquico era casi inconcebible, la era de la independencia inspiró esfuerzos extraordinarios por redefinir la naturaleza de la soberanía, el pueblo y la nación fuera de este marco tradicional. Durante largo tiempo, las historias nacionalistas han considerado estos cambios político-constitucionales a través de una narrativa relacionada con la disputa por el autogobierno de las poblaciones criollas. En *The End of Iberian Rule*, Brian R. Hamnett, profesor emérito del departamento de historia de la Universidad de Essex, cuestiona esta interpretación mediante un análisis exhaustivo del proceso de «desagregación» imperial (1) entre los años 1770 y 1830. Con base en sus décadas de investigación sobre el imperio español americano y su resquebrajamiento, Hamnett aborda una «omisión sobresaliente» (1) en la literatura existente al comparar los casos de Hispanoamérica y Brasil. Además de ser comparativo, el estudio analiza también las interacciones entre los eventos en las metrópolis ibéricas y sus imperios de ultramar.

El argumento que se desarrolla a lo largo de este libro es que las raíces de la crisis imperial se encuentran en la condición específica de las metrópolis española y portuguesa, más que en una clara ideología separatista o sentimiento nacional. El precario equilibrio de factores que mantuvo unidos a los imperios ibéricos durante siglos fue profundamente alterado como resultado de la participación de las metrópolis en conflictos europeos desde aproximadamente 1770. La disolución de la monarquía española se debió a la incapacidad de la metrópoli en recaudar ingresos para gestionar sus elevadas deudas de guerra. Por otro lado, el des-

membramiento de la monarquía lusitana empezó con el reemplazo forzoso de la corte a Brasil después de la invasión napoleónica en 1808 y los conflictos internos que produjeron las cambiantes relaciones de poder. Con el aumento de las tensiones en las sociedades coloniales y la soberanía de los regímenes ibéricos cada vez más dudosa, las elites americanas intentaron gobernarse a sí mismas. Los conflictos que siguieron no fueron meras luchas por la independencia de las naciones que habían estado esperando liberarse del yugo imperial. En cambio, argumenta Hamnett, esta «toma de poder oligárquica o corporativa» (318) presentó un esfuerzo de las élites coloniales, compuestas tanto por criollos como por españoles, para adquirir el derecho al libre comercio y mantener el *status quo* en tiempos de agitación política.

El libro consta de tres partes, cada una organizada alrededor de la idea propia del siglo XVIII de que toda la monarquía constituye un «cuerpo unido» o una «nación». La primera parte ubica el desarrollo de esta idea en el contexto de negociaciones sobre la soberanía y la movilización de recursos. El capítulo 1 analiza las limitaciones de la capacidad de las metrópolis para ejercer un control efectivo en sus imperios, donde tuvieron que recaudar ingresos a través de negociaciones con elites locales que ejercieron su influencia sobre la política local y las actividades comerciales y económicas. El capítulo 2 discute las rebeliones indias y mestizas en los Andes durante las décadas de 1770 y 1780 que tradicionalmente han sido vistas como el preludio de las revoluciones. Se considera estos alzamientos como intentos fallidos de formar un movimiento de disidencia contra las oligarquías coloniales con el objetivo de crear un orden alternativo. El capítulo 3 cambia el enfoque hacia las metrópolis ibéricas y los debates suscitados en rela-

* BRIAN R. HAMNETT, *The End of Iberian Rule on the American Continent, 1770–1830*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, 364 p., ISBN 978-1-107-17464-1

ción a las medidas necesarias para recaudar nuevos ingresos para pagar los gastos de guerra. Aunque el capítulo demuestra cómo las ideas sobre la unidad de la nación surgieron en estos debates como estrategias políticas para inculcar un sentimiento de unión, también deja en claro que las reformas fiscales polarizaron y debilitaron los sentimientos de lealtad a las coronas.

La segunda parte explora las crisis financieras y políticas que amenazaron la unidad de la gran nación española y portuguesa, así como los esfuerzos que se hicieron para mantenerlas unidas. Centrándose en la crisis política de 1808–1810, el capítulo 4 discute las Juntas que se convocaron en Oporto, Sevilla, Ciudad de México, Quito, Charcas, Santa Fe, Buenos Aires y la capitanía general de Chile. Revela cómo la eliminación política de las metrópolis después de la invasión napoleónica planteó preguntas urgentes sobre la estructura y base legal de las monarquías. El capítulo 5 explora la importancia de la violencia como un factor que definió la «naturaleza de los Estados soberanos incipientes» (145), argumentando que la guerra y las insurgencias produjeron nociones divergentes de legitimidad, así como lealtades e identidades, en Nueva España, Venezuela, Nueva Granada y Perú. El capítulo 6 considera que el experimento constitucional español de 1810–1814 no fue una solución, sino parte del problema de cómo preservar la unidad de la monarquía hispana. Analizando propuestas y respuestas críticas a las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812, el capítulo demuestra cómo los intentos de los liberales españoles en acabar con la herencia corporativa de la época de los Habsburgos condujeron a una forma de centralismo y unitarismo que se opuso a las ideas americanas sobre la representación equitativa y el derecho a promulgar sus propias constituciones. El capítulo 7 proporciona una descripción del intento fallido de restaurar el absolutismo en España entre 1814–1820 y compara estos eventos con los de Portugal y Brasil.

Finalmente, la tercera parte del libro lidia con el resquebrajamiento de la gran nación. El capítulo 8 estudia cómo durante la década de 1820 el liberalismo funcionó como una fuerza de desunión, tanto en España como en Portugal. Hamnett muestra cómo la convocatoria inconstitucional de las Cortes de Lisboa en 1821 inspiró a las provincias de la América portuguesa a convocar sus propias asambleas constituyentes, proclamando sus propias declaraciones sobre el estatus soberano de Brasil.

Cambiando el enfoque de nuevo a Hispanoamérica, el capítulo 9 explora las diferentes fuerzas políticas que se reúnen en los territorios de América continental. Muestra cómo, desde Chile hasta Nueva España, la guerra civil y los problemas anteriores a 1808 afectaron las formas en que los individuos y grupos negociaron el lugar de los estados incipientes dentro o fuera de la monarquía. El capítulo 10 reflexiona brevemente sobre el lugar de la conciencia e identidad nacional en los movimientos revolucionarios, argumentando que el proyecto nacional no existía antes sino que fue, más bien, un fenómeno posterior a la independencia.

Juntos, dichos capítulos presentan una exploración reflexiva y comparativa de las causas que llevaron al colapso de las monarquías hispana y portuguesa. Como complemento a la reciente literatura sobre la era de las revoluciones, *The End of Iberian Rule* demuestra que los movimientos de autogobierno liderados por los americanos fueron menos revolucionarios de lo que tradicionalmente se había pensado. Además del apoyo a largo plazo de la causa realista, las revoluciones escasamente buscaron de dismantelar las instituciones y el orden del antiguo régimen colonial. El argumento acertado de Hamnett no sólo se basa en destacar las continuidades entre la época colonial y el período nacional, sino también en hacer visibles los sentimientos divididos y caminos encontrados de los actores que tomaron iniciativas hacia el autogobierno y aquellos que se oponían a ellos. Al analizar las interacciones entre facciones ideológicas y territoriales en constante confrontación, el libro ofrece una imagen mucho más compleja que la que emerge en la literatura tradicional de este período de los procesos político-conceptuales que rodearon las disputas discursivas y violentas sobre la autonomía.

El análisis de Hamnett sobre la interacción entre la violencia, los experimentos constitucionales y las contiendas por la distribución del poder y la riqueza, ofrece también un útil contrapeso a la literatura que se centra principalmente en las formas e ideas constitucionales. El autor muestra cómo la dinámica de la violencia influyó en las formas en que los estados incipientes lograron su independencia y continuó modelando su desarrollo a partir de la década de 1820. Al explorar los problemas no resueltos de la época colonial y los nuevos producidos por la independencia, el libro ofrece ideas significativas sobre las luchas sobre el

orden social y político durante un período que ha sufrido el abandono de los historiadores de América Latina y el mundo atlántico. La atención del libro por las violentas tensiones entre las élites regionales resulta ser de gran importancia también para comprender la notable diferencia entre el separatismo brasileño, que siguió siendo monárquico y dinástico, y el de los Estados hispanoamericanos. Valdría la pena explorar más a fondo el argumento de Hamnett sobre porqué las experiencias violentas en una región, influyeron en las estrategias políticas adoptadas por las élites en otras partes del imperio. Tales exploraciones podrían agregar una nueva dimensión a lo que ya sabemos sobre las transferencias constitucionales y legales »transnacionales« que ocurrieron durante la era de la independencia.

Una última observación sobre el marco conceptual que Hamnett ha elegido. Aunque hace un buen trabajo al comparar y vincular situaciones en

ambos lados del Atlántico, presta relativamente poca atención a la larga y compleja historia del concepto »nación« y su uso en la configuración de las identidades tanto imperiales como regionales o locales. El trabajo podría haberse beneficiado de una exploración conceptual más amplia que va más allá de la fórmula legal de »Una sola nación«, lo que habría agregado una mayor profundidad histórica a sus reflexiones en el capítulo 10 sobre la transformación de este concepto en el proceso de formación política de las naciones. A pesar de esta observación, *The End of Iberian Rule* es un libro relevante para cualquier persona interesada en la era de las independencias. La familiaridad de Hamnett con una impresionante cantidad de fuentes primarias y secundarias y su alcance amplio y comparativo indudablemente hacen de este estudio un trabajo imprescindible tanto para especialistas como para estudiantes.



Fernando Pérez Godoy

Chilean Occupation of Lima under International Law*

From the perspective of legal history, Bruno Polack's monograph analyses the government of Patricio Lynch as Supreme Military and Political Commandant of Peru from 1882 to 1883 – the final phase of the War of the Pacific between Chile and the Bolivian-Peruvian alliance (1879–1884). The construction of a »legal façade« for the Chilean occupation of Lima was a complex process of clashing and entangled normativities. Lynch's administration tried to adjust to 19th-century international law by building a temporal juridical setting, which was required by Chileans, Peruvians and foreigners living in the occupied territory (43). Once Chile gained Bolivia's nitrate-rich coastal

region, the unplanned occupation of Lima became a problem, but it was also necessary to conclude a favourable peace treaty (164). Polack's book focuses on Chilean and Peruvian legislation as well as the juridical innovations that the history of Peruvian law has omitted, above all in the field of judicial administration.

Polack's publication is interesting because it helps to elucidate the effects of European treaties on international law in non-European legal spaces and warlike contexts outside of the normative order of the *civilised nations* (Europe, North America) in 19th century. *Les lois relatives à la guerre selon le droit des gens moderne* (Paris, 1872) written by the

* BRUNO POLACK, El último virrey del Perú. Patricio Lynch y la ocupación chilena durante la Guerra del Pacífico, Santiago: Planeta 2017, 206 p., ISBN 978-956-360-393-4

French jurist Achille Morin provides a case in point – one that Lynch and his legal team in Peru did in fact use. The history of norms derived from the *ius publicum europeum* crossing the Atlantic is currently a vibrant topic. To overcome tired views on the reception of European literature in peripheral spaces, works such as *El Ultimo Virrey del Peru* are invaluable to study the process of how European legal knowledge, in this case international law, was appropriated, translated and domesticated in local spaces like Chilean-occupied Lima. Further, Polack's study invites the reader to rethink arguments of the imperial and historical turns in international legal scholarship in the South American legal space. Whereas internationalists like Koskenniemi, Angie, Orford, Nuzzo, and Third World Approaches to International Law (TWAIL) see the use of international law by the European colonial powers against the Third World as arbitrary, it is equally likely that South American states employed the corpus of *ius gentium europeum* to justify their expansionist claims during 19th century. How was the conceptual toolbox of international law repurposed in military conflicts in local, non-western spaces in 19th century? Can European legal history omit that dark chapter?

The Chilean jurists' employment of Morin's work in formulating the occupation's decrees of 1881 is perhaps most amenable to the imperial turn in the history of international law. International law neither regulated nor humanised the wartime conduct of the Chilean army according to the modern customs of the civilised nations in an occupied territory. Rather, Lynch's administration used the international legal discourse to protect the economic interests of the military occupation. One of the most widely discussed means Lynch used was the obligatory payment of *cupos de Guerra*, which was levied in several Peruvian cities to sustain the war economy and to stock the Chilean treasury. Polack estimates that this tax raised 30 000 pounds sterling (33). How the war, the occupation and the interventions into property rights were legitimised constitute Polack's central problematique, and their analysis is necessary if we are to reveal the true nature of international law in the 19th century.

As the author explains in his analysis of Lynch's memories and decrees from 1882 to 1884, the Chilean general sought to soften the occupation's strictly military character, instead giving the Chilean occupation a halo of civilisation – *halo de*

civilidad – with a juridical setting (44). Although suggestive, this claim needs to be contextualised, which Polack achieves by surveying the difficult political institutional landscape of post-war Peru. The flight of the usurper Piérola disrupted public order and left the Peruvian state headless. As a result, Chile could not negotiate a peace agreement, and the Supreme Court in Lima refused to fulfil its duties. In consequence, first General Baquedano and later General Lynch imposed martial law and military courts (53), which is the starting point of the administration of Chilean justice in Lima.

In Polack's eyes, the foreign administration of justice is the saddest and least-studied topic in the history of Peruvian law, because Lynch and his legal assessor, Carrasco Albano, created a legal system for the administration of justice and court procedure to promote the interests of the Chilean occupation (65). Thus, Lynch's decree of 6 November 1881 is, for Polack, the cornerstone of Peruvian legal life. The first instance in the hierarchy were the justices of the peace, the Chilean military court in Lima was the second, and the Supreme Military and Political Commandant was responsible for the rest of the occupied territory. Errors and omissions in *praxis iuris* appeared before long, and Lynch had to promulgate a second Decree of Judicial Administration on 24 April 1882, which supplemented the first text and introduced justices of the peace into civil and commercial matters as well as criminal court judges in penal matters. The establishment of lower courts in Lima and Callao were also Chilean legal innovations. Lynch himself was the supreme instance for settling lawsuits in tax matters, which were important because the tax surplus financed the occupation and serviced the Chilean public treasury (74).

Lynch's decrees also introduce arbitration into criminal and civil proceedings, which Peruvian Civil Code of 1852 had already included. Arbitration was used to settle all kinds of matters, though it was excluded from cases of expropriation and land ownership with the goal of benefitting the Chilean owners in Peruvian territory (91). Another new legal feature was legally binding conciliation as the initial phase of dispute resolution. Common-law relationships were also part of art. 28 of Lynch's decree, which was not integrated into Peruvian legislation until 1984. Finally, the acquisition of possession was also reconceptualised by Chile's legal team. Polack explains that Lynch's

new decree legally avoided any kind of repossession by owners against the Chilean army in the occupied territory. The author thus concludes that Lynch's *sentido jurídico utilitario* – utilitarian legal logic (97) – shifted the use of public and private real estate in favour of the occupying forces.

For Polack these legal innovations derived legitimation from 19th-century laws of war, and Chile's diplomatic success depended on adhering to this normativity by signing a beneficial peace treaty with cession of territory. The norms and international customs of civilised nations were taken from Morin's work, a handbook that served as the principal guide to the opinions of Emer de Vattel and Johann Caspar Bluntschli. Polack quoted important passages from the handbooks of these Swiss jurists, although he fails to specify the translations used. The author errs in affirming that the works of Vattel and Bluntschli belong to the same epoch. While *Le droit de Gens* appeared in 1757 (Neuchâtel), *Das moderne Völkerrecht der Civilisirten Staaten* was published in 1869. A Spanish translation of the first handbook was published in 1820 in Madrid; Dr. Díaz Covarrubias translated Bluntschli in 1871 in Mexico (114). Despite this omission, it should be emphasised that those texts of European international law were employed to justify the deeds of the Chilean army. Lynch tried to consolidate the conquest through the international law, positing the war and occupation waged by Chile as a »civilizing practice« (116).

Morin's text was advantageous because it included clear rules on the treatment of enemies, injured soldiers, military interactions with the civilian population and the protection of private property, so that the occupation succumbed neither to licentiousness nor dishonour – *libertinaje ni deshonra* – in other words, avoiding »barbarian uses« that could have damaged the Chilean image abroad. From the principles of Morin, von Martens, Schmalz and even Hegel, Polack concludes that the commander-in-chief in occupied territories

may impose not only martial law, but also penal and criminal legislation with the goal of protecting the civilians from violations by the invading army (126–127). A key argument for Polack was the legitimation that Lynch found in the opinions of Morin, Bluntschli and Vattel about the rights owned by the belligerent state after occupying an enemy country. Lynch sought to secure the territories rich in guano and saltpetre belonging to Tarapaca from future protests by Bolivia and Peru. According to Bluntschli, conquering a foreign territory can only give the victorious state temporary rights, but not permanent rights, including property rights. This is because occupation is a violent action, not a legal one. But like Morin and von Martens, Bluntschli also stated that a long-term occupation, as was the case with Chile, could accord lawful property rights to occupying army. Hence, Polack concludes that Bluntschli's doctrine, which Lynch knew through reading Morin's treatise, became an intellectual touchstone of Chilean legislation in the attempt to suspend the Peruvian legal order and to create an advantageous juridical system (132). Of further interest, other jurists, like A.G. Heffter, whom Morin quotes, negates the property rights of the occupying army. Heffter's opinion was no less important than theories of Martens and Vattel, but, as Pollack explains, this German lawyer did not convene to Lynch's utilitarian legal sense. In summary, the strategic use of these European internationalists as well as the implementation of the Lieber Code, and the Conventions of Geneva (1864), Brussels (1874) and Saint Petersburg (1878) during the Saltpetre War evidences less a universalisation of international law than the existence of regional normative orders that clearly exemplify the multiple and insufficiently researched »histories« of international law of the 19th century (H. Steiger).¹



1 HEINHARD STEIGER, *Das Ius Publicum Europaeum* und das Andere: *a global history approach*, in: ANDREAS VON ARNAULD (ed.), *Völkerrechtsge-*

schichte(n): Historische Narrative und Konzepte im Wandel. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.

Vincent Genin

À l'ombre de Mancini*

L'histoire du droit international est une discipline en plein essor depuis une quinzaine d'années. Tout d'abord envisagée sous l'angle de l'histoire des idées et des doctrines juridiques et étudiée de préférence par des juristes de formation ou des politologues, elle est aujourd'hui abordée par les biais que sont le genre biographique, les variations de la promotion de cette discipline en fonction des pays concernés ou, comme c'est le cas dans l'ouvrage d'Eloisa Mura, au regard d'une école de pensée juridique, du déploiement de ses stratégies institutionnelles et de l'énergie qu'elle génère pour investir les différentes universités d'un pays (l'Italie en l'occurrence), le monde politique pour enfin devenir un paradigme accepté de manière majoritaire dans un cadre national. Si le travail d'Eloisa Mura ne nous offre pas une biographie du juriste – ce qu'elle ne prétend pas faire – elle soutient une lecture originale et oblique de Mancini, à savoir l'appréhension de la figure du juriste comme tutelle et source d'influence d'un droit international qui s'est institutionnalisé en Italie à la fin du XIX^e siècle. D'où le titre *All'ombra di Mancini*. Parti pour Naples en 1832, diplômé en droit, Pasquale Stanislao Mancini devient avocat en 1844. Il appartient à la cohorte des jeunes esprits libéraux de la ville et défend la liberté de la presse, du commerce et adhère à une réforme du système carcéral. Parlementaire en 1848, la répression conservatrice post-révolutionnaire le pousse à rejoindre Turin, capitale du Royaume du Piémont-Sardaigne. Il est associé en tant qu'expert au gouvernement pour discuter de la révision de la législation civile et pénale. En 1851, il obtient la chaire de droit international public et privé et de droit maritime de l'Université de Turin. Là, il prononce une conférence inaugurale qui consiste en un moment fondateur du droit international institutionnalisé qui aura un écho et une mémoire internationaux: *Del principio di nazionalità come fondamento del diritto delle genti*. Ministre du cabinet de gauche

Ratazzi en mars 1862 et de la Justice de 1875 à 1878, il fut finalement nommé chef du Département des affaires étrangères de 1881 à 1885. Il meurt à Naples en 1888.

L'objet de ce très beau travail, fruit de consultations imposantes, se confond avec la trace laissée par le juriste dans le champ juridique italien jusqu'aux lendemains de la Première Guerre mondiale, au moment où certains internationalistes, comme Dionisio Anzilotti, imposeront une rupture positiviste à leur illustre prédécesseur.

Dottore di ricerca à l'Université de Messine et rattachée à l'Université de Sassari, Eloisa Mura nous livre un travail impressionnant, dans lequel elle annonce dans le *Prologo* (13–31) les différentes étapes de sa recherche. Elle ne fut certainement pas la première à s'intéresser à cet objet, comme elle le dit sans ambages: A. Droetto fut l'auteur en 1954 d'un *Pasquale Stanislao Mancini e la scuola italiana di diritto internazionale del secolo XIX*, mais elle le juge *datata*. Cet ancien travail ne dissimule pas en effet une certaine fidélité à l'œuvre de Mancini et à *rivendicare la perenne attualità del suo cardina: il principio di nazionalità*. Bref, ce travail de philosophie du droit plus que d'histoire à proprement parler ne s'était pas épanoui du mythe et même de l'«ombre» qu'étudie justement Eloisa Mura dans son livre. En ce sens, elle poursuit une quête scientifique dont l'intrigue est principalement d'essence doctrinale, dans la tradition classique de l'histoire du droit, telle qu'elle est enseignée dans les Facultés de Droit. Ce cadre et cette «ombre» sont essentiels dans la prose de l'auteur qui, après un premier chapitre d'ouverture (33–100), se concentre principalement sur trois juristes italiens: Pietro Esperson (chapitre II, 101–150), Giuseppe Carnazza Amari (chapitre IV, 201–232) et Augusto Pierantoni (chapitre III, 151–199), successeur symbolique de Mancini dans le domaine intellectuel péninsulaire, mais aussi son beau-fils, point sur lequel l'auteur aurait pu consacrer plus de temps

* ELOISA MURA, *All'ombra di Mancini. La disciplina internazionalistica in Italia ai suoi albori* (Jura. Temi e problemi del diritto 50), Pisa: Edizioni ETS 2017, 408 p., ISBN 978-88-467-4946-8

en recourant aux archives privées de ces deux juristes.

Un des intérêts principaux du travail de l'auteur réside dans l'analyse de la manière dont, d'une part, le droit international intègre le champ académique italien mais aussi, d'autre part, comment il s'y maintient et se pérennise des années 1860 aux années 1920 sous l'influence directe puis ensuite sous la tutelle (ou l'ombre) de Mancini. Ce dernier, par sa double appartenance aux champs juridique et politique, se situe en amont et en aval de l'institutionnalisation du droit international dans son pays. Il présente pour ainsi dire l'apparence d'un monopole scientifique et intellectuel. Les nominations académiques relevant de cette discipline ne pourront, dans la jeune Italie en voie de consolidation (le chapitre I explique très bien cela), être soustraite à l'*imprimatur* final de Mancini qui jouit par conséquent d'une influence considérable, au regard de sa position de légiste du *Risorgimento* et de figure internationale respectée (le père de l'unification juridique italienne et du principe des nationalités). Il distribue ainsi les chaires de droit international ou de droit des traités à des juristes acquis à sa théorie et prêts à servir la légitimation juridique d'une Italie encore faible sur les plans politique et militaire. Le livre d'Eloisa Mura étudie dans le détail ce phénomène de monopole intellectuel.

L'auteur consacre une partie très intéressante de son travail aux années 1860–1861, au cours desquelles le droit international est devenu une matière obligatoire à enseigner dans les facultés de droit d'Italie. L'auteur aurait sans doute enrichi son analyse en internationalisant son regard et en sortant de la culture juridique italienne. Comment expliquer que cet enseignement ait fait l'objet de tant d'attentions dans ce pays (pensons à une décision du ministre de l'Instruction publique de Sanctis) alors que dans d'autres pays le cours de *Droit des gens* est peu systématisé? L'unification juridique de l'Italie – officialisée par la promulgation des «quatre codes» de 1865–1866 – a sans aucun doute été un facteur essentiel de cet intérêt pour le droit international. L'auteur parle à juste titre d'une *scuola italiana* dont le démiurge primitif

et mythique est Mancini. Mais tous les pays européens peuvent-ils dire qu'ils ont une école de droit international? Non, certainement. Ce phénomène d'un père fondateur unique n'est pas une règle. La singularité italienne pourrait faire l'examen de recherches futures, à la suite du remarquable travail d'Eloisa Mura.

Fort de cette observation de transmission intellectuelle, l'auteur n'hésite pas à parler d'une *scuola manciniana* ou de *mancinianismo*. Bien que le livre ne présente pas vraiment de conclusions générales, un chapitre riche et intéressant intitulé *Critici, revisori e traghettatori* offre un champ de réflexion appréciable sur les continuités possibles de cette étude. L'ouvrage d'Eloisa Mura, il faut le dire, est le fruit d'un impressionnant travail d'examen des sources imprimées. Rien ne semble lui avoir échappé à ce sujet. Peut-être aurait-elle dû discerner les travaux des sources dans la bibliographie finale? Un autre outil de travail très précieux, que les chercheurs d'autres pays devraient maintenant utiliser pour entreprendre des projets similaires (pour la France, l'Allemagne, la Belgique, les Pays-Bas, etc.) sont les annexes (299–328) énumérant sous forme de tableau la distribution des chaires universitaires en droit international (privé ou public) ou en droit des traités, pour l'Italie des années 1860 aux années 1890.

J'en viens maintenant à une petite critique. Elle s'inscrit dans la lignée des remarques faites par Stephen Neff ou par Jakob Cogan, qui reprochent à certains spécialistes en histoire du droit international de ne pas faire assez appel aux historiens mais aussi dans la continuation du débat ouvert par Alexandra Kemmerer, Martti Koskenniemi et Anne Orford autour de la question de savoir si les juristes qui écrivent l'histoire du droit international depuis plus de vingt ans peuvent être considérés comme des historiens.¹ Il est vrai qu'Eloisa Mura exploite assez peu les sources d'archives et les fait peu dialoguer avec certains concepts relevant des sciences humaines tels que la «légitimité intellectuelle», la «consécration académique» ou la «multipositionnalité», qui, appliqués au cas de l'influence sur le temps long de Mancini, auraient pu ouvrir de belles perspectives.

1 JAKOB KATZ COGAN, «Book review», in: *American Journal of International Law* 108 (2014), 371–376; ALEXANDRA KEMMERER, «We do not need to always look to Westphalia ...». A Con-

versation with Martti Koskenniemi and Anne Orford», in: *Journal of the History of International Law* 17 (2015), 1–14.

Il reste que ce livre sera une référence importante dans le domaine de la diffusion intellectuelle du droit international et des théories de Mancini au carrefour des XIX^e et XX^e siècles. Eloisa Mura approfondit son expertise dans le domaine en publiant en cette année 2018 un ouvrage qui, par la nature des sources qu'elle publie, fera sans doute le miel des spécialistes de l'histoire du droit international: *Mancini in cattedra. Le lezioni torinesi di*

diritto internazionale del 1850–51 et 1851–52 (Pise, Edizioni ETS). Au-delà de cet intérêt, nous espérons que ce travail sera aussi l'occasion d'une réflexion disciplinaire sur le domaine en plein essor qu'est l'histoire du droit international, qui devra sans doute enrichir cette expansion de nouvelles approches intellectuelles.



Urs Matthias Zachmann

Japan's Early Practice of International Law, 1870–1907*

In his postwar reflections on the history of international law, *Nomos der Erde* (Nomos of the Earth, 1950), the staunchly Euro-centric Carl Schmitt commented on the meteoric rise of Asian nations, particularly Japan, with a curious mixture of horror and fascination:

The transition to a new, no longer Eurocentric world order began from Asia with the inclusion of an East Asian Great Power. ... In its war with China in 1894[–05] and in its victorious war with a European Great Power (Russia) in 1904[–05], Japan had demonstrated that it would abide by European laws of war. Thereby it had beaten its »reception parties« to the punch. ... At the first Hague Convention, European diplomats and jurists still believed in and celebrated the victory and triumph of their European international law. But the feet of those whom they should have been showing out the door already were standing before it. (Carl Schmitt, *Nomos of the Earth*, transl. G. L. Ulmen, New York: Telos Press 2003, 191, 231 f.)

Thus, Europe's fall from grace (and expulsion from its normative centre) began with Japan's arrival on the scene.

In his well-written and insightful *International Law and Japanese Sovereignty. The Emerging Global Order in the 19th Century*, the historian Douglas Howland analyses key events in Japan's steep trajectory that catapulted it into »international society«, starting with the enforced opening of Japan's borders in 1853/54 and reaching its erstwhile zenith in 1911, getting rid of fixed tariffs as the last infringement on its sovereignty. Within 50 years, Japan left its isolation, adopted a wholly new set of rules and practices to conduct foreign policy and, through its skilled application of force, achieved equality (at least on paper) with Western powers. China, in comparison, endured the yoke of its one-sided treaties for almost a century.

Howland convincingly argues that Japan's ascent did not proceed as traditional accounts would have it (especially the English School), that is, as the result of an inexorable expansion of the values »international society« and Japan's reactive recep-

* DOUGLAS HOWLAND, *International Law and Japanese Sovereignty. The Emerging Global Order in the 19th Century*, New York: Palgrave McMillan 2016, XI, 232 p., ISBN 978-1-137-57108-3

tion of international law as a »good student« of Western modernity, which deserved to be awarded full sovereign status and prestige. Rather, Japan was »always a sovereign state« from the beginning, and Japanese leaders were not »passive adopters«, but »actors to be reckoned with from day one« (4–5). Howland relates this narrative of original empowerment and agency in four main chapters (ch. 2–5), which focus on »four multilateral grounds for international legal action to Japan in the nineteenth century – four arenas in which Japan asserted to sovereignty and interacted with its peers to collectively construct what is best described as a global order« (23). These are arranged in roughly chronological order of the temporal emphases of these »arenas« of legal action throughout the history of the Meiji period (1868–1912), starting with Japan's responses to the Franco-Prussian War (1870–71) and ending with the Second Peace Conference at The Hague in 1907 and discussions of problems resulting from Japan's conduct during the Russo-Japanese War.

Before giving a short overview of these arenas, it should be mentioned that, although the book »responds to a serious lacuna: there is currently no comprehensive historical study of Japan's *practice* of international law in the nineteenth century« (4), it only half closes the lacuna. This book is not a systematic treatment, but covers only select, though central, aspects of Japan's engagement with international law during the 19th century, and readers not already familiar with Japan's engagement with international law would benefit from more systematic and shorter historical treatises alongside, chapters such as those by Masaharu Yanagihara and Kinji Akashi in the *Oxford Handbook of the History of International Law* (2012).

Chapter two of the book outlines the early stages of Japan's engagement with international law in the 1870s and the steep learning curve in applying it – with varying success. Japanese leaders soon realised two things. First, it was not enough to apply institutions of international law, such as neutrality in war, correctly and by the book. To succeed international legal practice needed two more ingredients, namely military power to enforce it and the political will of the parties involved to see it succeed (such as in the case of the successful liberation of indentured Chinese coolies on a Peruvian ship detained at a Japanese port). Japan lacked this kind of power until the turn of the century. Moreover, the Western powers more

often than not opposed Japan in its bid for equality and autonomy under the cover of relative levels of »civilization«. As the author once more shows, this claim to civilization was never a fixed category, but more of a moving goalpost that served to camouflage particular political agendas, especially that of upholding Western nationals' privileges in Japan (much in the same way, incidentally, as Japan later discussed the subaltern status of its colonial peoples). However, as chapter three clearly demonstrates in relation to the problem of extraterritoriality, Japan was not altogether powerless. On the contrary, it actively and very cunningly used the many practical problems that arose from that institution, particularly when Western nationals wanted to venture into the Japan's hinterland, to gradually improve the situation. Thus, even the recalcitrant representatives of Britain and Germany could not prevent an 1879 compromise that mitigated the worst abuses of extraterritoriality. Chapter four expands on this incremental strategy by which Japan accrued prestige and influence little by little through discussion on Japan's engagement in institutions of »international administrative law«, such as the International Telegraph Union, the Universal Postal Union and, finally, participation in the International Sanitary Conference. This »holistic« commitment to global governance set the pattern for Japan's international engagement that persists even today. Finally, chapter five highlights Japan's conduct during the wars with China and Russia at the turn of the 20th century, particularly the concerted public-diplomacy activities of Japanese politicians, diplomats and international lawyers in cooperation with British lawyers to argue the propriety of Japan's war conduct and the relative success of their legal positions during the Hague Peace Conferences.

Howland discusses these cases with great historical insight, rich detail and interesting reflections on the theoretical implications of Japan's case. At times, one wishes for more conceptual clarity and accuracy, particularly in terms of legal doctrine and terminology. It is not clear what role the conflict of laws plays here (42–48), being of intrinsically domestic, not international nature. The statement that »it was not so much that Japan needed to develop codes of law that would harmonize its civil law with European law, but that Japan needed to develop legal forms that would be compatible with the growing coordination of a private international law among Europeans« (47) is certainly exagger-

ated, given that such coordination is rather limited even today. Also, Piggott's 1892 treatise is correctly entitled *Exterritoriality* and such should be the alternative (or cognate) term for extraterritoriality throughout (cf. 54, 60–61). »Publicists« is in fact the collective term for experts in international law (cf. 102), published or not, and Fukuzawa Yukichi called the Sino-Japanese War a »war between civilization and barbarism« (*bun'ya no sensō*, cf. 124). However, these are mere quibbles that do not detract from the great merit of this book.

More intriguing is the choice of events that the book focuses on. There is a strong emphasis on Japan's international legal interactions with Western powers, with the single exception of Japan's war with China 1894–95. And although the author certainly does not »sanitise« Meiji Japan's relations with its Asian neighbours – in fact, he very succinctly demonstrates how Japanese lawyers tried to do so, particularly in the case of the Port Arthur massacre, the rhetoric of which chillingly reminds of more recent apologies for war atrocities – it is a pity that Taiwan, Korea and China do not figure more prominently in these pages. After all, they bore the brunt of Japan's spectacular »successes« in applying international law, and while the Western powers only felt their pride scuffed, Japan's neighbours felt the sharp edge of international law used as a weapon. For example, contrasting Japan's own

»gunboat diplomacy« towards Korea and the resulting »unfair« Kanghwa Treaty of 1876 (which is not mentioned in the book) would temper the pathos of Japan's frequent invocations of natural law and particularly the sanctity of sovereignty against the Western powers' demands (e. g. Foreign Minister Terashima in 1873, 67).

Finally, and to return to Carl Schmitt's lamentation in the beginning, it is doubtful whether these »arenas«, although poignant illustrations of Japan's early mastery of international law as a practice, ultimately serve the book's most ambitious thesis, namely of »Japan's catalytic role in the development of a world order under international law« (20). Japan may have fulfilled this role on the *factual* level by brushing away the last remnants of the Sino-centric order in East Asia in 1895. But like China today, it was a rule-taker for most of its modern history – and a conservative one at that. It was only much later, in the context of World War Two that Japan tried to establish a normative order of its own and failed bitterly. Thus, Japan's 19th-century success with international law was still largely within the confines of good old Eurocentrism, as this book illustrates with captivating detail. Howland's book is a most valuable contribution to the »non-Western« historiography of international law. ■

Stefan Kroll

Über den Antikolonialismus hinaus: ›Asiatische Perspektiven‹ auf die Pariser Friedenskonferenz*

Das Recht nimmt keine zentrale Stellung ein in diesem Band zu »Asian Perspectives on the Paris Peace Conference and the Interwar Order, 1919–33«, dies sei gleich zu Beginn dieser Rezension in einer rechtshistorischen Fachzeitschrift angemerkt.

Was dieser Band allerdings bietet, sind äußerst vielschichtige und differenzierende Perspektiven auf einen Gegenstand, der in der Rechtsgeschichte bislang nicht nur, aber vor allem auf seine Bedeutung im europäischen Kontext hin erforscht wurde.

* URS MATTHIAS ZACHMANN (Hg.), *Asia after Versailles. Asian Perspectives on the Paris Peace Conference and the Interwar Order, 1919–33*, Edinburgh: Edinburgh University Press 2017, 248 S., ISBN 978-1-4744-1716-7

Die Pariser Friedenskonferenz gilt als der gescheiterte Versuch, nach dem Ersten Weltkrieg eine stabile Friedensordnung in Europa zu schaffen. Auf ein zweites, nicht minder folgenreiches Scheitern hatte Erez Manela in seinem Buch »The Wilsonian Moment« (2007) hingewiesen, nämlich auf das nicht eingelöste westliche Versprechen auf Souveränität und Selbstbestimmung für die nicht-westlichen Kolonien.

Hieran anknüpfend, beschränken sich die Beiträge in diesem Band allerdings nicht darauf, lediglich die Herausbildung eines antikolonialen Nationalismus nachzuzeichnen. Eine solche Darstellung sei letztlich nicht komplett losgelöst von einer auf Europa zentrierten Perspektive, so Herausgeber Urs Zachmann in der Einleitung, weil sie die nicht-westlichen Akteure nur im Hinblick auf ihre Reaktion auf den Westen hin betrachte: »This volume attempts to break away from Europe as the epistemic closure and approaches the subject from the opposite direction: that is, it looks at Asian perspectives, sensibilities and motivations *in their own right*« (3, Hervorhebung im Original).

Der Band zielt nicht darauf ab, lediglich die Perspektiven einzelner asiatischer Länder nebeneinander zu stellen. Ein wichtiges Motiv ist vielmehr, sich herausbildende Identitäten zu beschreiben, die sich als regional bzw. transnational qualifizieren ließen. Es soll hieran gezeigt werden, wie Cemil Aydin betont, dass der Prozess der Dekolonialisierung weit weniger linear verlief, als in vielen Darstellungen angenommen (55). Aydin diskutiert dies am Beispiel der multiplen kollektiven Identitäten asiatischer Muslime, die in der Phase zwischen 1911 und 1924 zwischen regionalen und nationalistischen Tendenzen changierten.

Ein weiteres Beispiel ist die für diesen Band so wichtige Kategorie des »Asianism«. Torsten Weber stellt klar, dass hier keineswegs durch einen analytischen Begriff eine nicht vorhandene Homogenität Asiens unterstellt werden soll. Es handelt sich vielmehr um eine politische Kategorie, die sich insbesondere im Zuge des Ersten Weltkriegs und der Pariser Friedenskonferenz zu einem Gegenmodell für die westliche Moderne hin verdichtete.

Wie begrenzt die regionalisierenden Tendenzen hingegen waren, zeigt der auf bestimmte Länder fokussierende Zugriff, den die folgenden Beiträge des Bandes wählen. Zwar werden auch an den Beispielen japanischer Buddhisten (LoBreglio) und chinesischer Anarchisten (Müller-Saini) deren

Grenzen übergreifende Orientierungen deutlich, aber diese stehen eben in einer spezifischen Spannung zu den jeweils vorherrschenden Nationalismen in den genannten Ländern.

Die hervorgehobene Rolle der Religionen, die sich bereits andeutete, wird in den Beiträgen nicht nur im Hinblick auf ihre Funktion für die Herausbildung einer kollektiven Identität thematisiert. In einem der wenigen Abschnitte des Bandes, der direkt rechtliche Fragestellungen adressiert, beschreibt Kevin M. Doak, wie der japanische Völkerrechtler Tanaka Kōtarō den Katholizismus als Ressource für einen alternativen Ordnungsentwurf verwendete. Ausgehend von naturrechtlichen Vorstellungen versuchte Tanaka, die Forderung nach Selbstbestimmung mit übergeordneten universalistischen Prinzipien zu verbinden. Mit diesem Instrumentarium, so Doak, habe Tanaka die Defizite der Pariser Friedensverträge, die einen stabilen Frieden eben nicht herbeiführen konnten, sehr präzise analysiert.

Ein weiteres wiederkehrendes Motiv in den Beiträgen des Bandes ist die Rolle der Öffentlichkeit und der Medien. Und dies in durchaus ambivalenter Art und Weise. Der Beitrag von Naoko Shimazu beginnt mit einer überzeugenden Darstellung davon, wie das große Interesse der Öffentlichkeit an der Pariser Friedenskonferenz zur Herausbildung einer öffentlichen Form der Diplomatie geführt habe – die an Anforderungen geknüpft war, denen insbesondere die japanischen Delegierten nicht gerecht wurden: »What this study attempts to do is to suggest the importance of the symbolic in diplomacy; or, more precisely, how images of diplomacy, as constructed largely by the media during the Paris Peace Conference, tended to inform contemporary perceptions of the success of peace conference diplomacy in Paris« (102).

Eine solche Perspektive, die die Rolle der Medien kritisch einordnet, ließe sich auch auf die Beiträge anwenden, die in größerem Umfang auf Medien als Quellen zurückgreifen. Während die Analyse des Niederschlags des chinesischen Nationalismus in der urbanen Presse Shanghais die jeweiligen Quellen insgesamt gut kontextualisiert (Sakamoto), wäre ein ähnliches Vorgehen auch im Hinblick auf die Analyse der Darstellungen des Völkerbundes in indischen Medien begrüßenswert gewesen (Framke). In jedem Falle machen diese Beiträge deutlich, dass die Verwendung der Medien als Quelle besondere Schwierigkeiten aufweist und es einer eingehenden Reflexion bedarf,

über welche Akteure ausgehend hiervon generalisierende Aussagen getroffen werden können.

Der Band verdeutlicht sehr gut, inwieweit das Ende des Ersten Weltkriegs eine Serie von unterschiedlichsten Krisen auslöste, die eben nicht nur Europa, sondern auch Asien in vielfältiger Hinsicht betrafen (Metzler). Dabei wird aber auch deutlich, dass die Akteure in Asien nicht nur auf die Interventionen Europas reagierten, sondern vielmehr eigene Agenden und alternative Ordnungsentwürfe verfolgten. Der Band versammelt unterschiedliche disziplinäre und methodische Zugänge. Zugleich werden makro- und mikrohistorische Perspektiven miteinander verbunden. Auch wenn nicht eine analytische Kernfragestellung aus-

gewiesen wird, werden zentrale Motive durch die einzelnen Beiträge hinweg weiterverfolgt.

Im kommenden Jahr jährt sich die Pariser Friedenskonferenz zum einhundertsten Mal. Auch wenn der Band nicht aus diesem Anlass initiiert wurde, kann er als ein interessanter Auftakt für eine Reihe weiterer Publikationen gelesen werden, die für das nächste Jahr zu erwarten sind. In jedem Fall macht er deutlich, welches die neuen Perspektiven sind, die sich angesichts eines bereits ausgiebig erforschten Ereignisses der Geschichte des 20. Jahrhunderts noch ergeben können.



Carlos Hugo Sánchez-Raygada

El papel desempeñado por una disciplina académica en un nuevo escenario político: La renovación del Derecho Canónico en la primera mitad del siglo XX*

La atención de los estudiosos de la historia del derecho canónico durante el siglo XX se ha centrado principalmente en el proceso de elaboración del primer Código de Derecho Canónico, interés que ha experimentado un reciente aumento exponencial gracias a la celebración del centenario del *Codex Iuris Canonici* de 1917. Por otra parte, también se han realizado algunos estudios sobre el surgimiento del Derecho eclesiástico del Estado como disciplina llamada a reflejar el carácter laico del Estado. A causa del mencionado protagonismo de la preparación del Código de Derecho Canónico de 1917 y la eclosión del Derecho eclesiástico del Estado, el desarrollo de la canonística italiana tras la promulgación del Código de Derecho Canónico de 1917 no se había tratado aún de manera mono-

gráfica, aunque sí se había advertido la existencia de una corriente italiana que se distanciaba del extendido método exegético.

Ante este panorama historiográfico, Matteo Nacci, profesor de Historia del Derecho y de las instituciones de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Lateranense, analiza un arco temporal bastante acotado: los años treinta y cuarenta del siglo XX. Un período marcado por el protagonismo que adquirió el Derecho Canónico tras la primera codificación canónica, la suscripción de los Pactos lateranenses de 1929 y la promulgación del decreto de mayo de 1936, que incluyó al Derecho Canónico entre las asignaturas que debían formar parte del plan de estudios de la Facultad de Derecho en Italia. La obra de Nacci se centra en los más

* MATTEO NACCI, *Storia del diritto e cultura giuridica. La scienza canonistica del Novecento*, Roma: Aracne editrice 2017, 365 p., ISBN 978-88-548-8695-7

notables cultivadores del Derecho Canónico de aquella época y su principal medio de difusión: la revista *Archivio di diritto ecclesiastico*. Las dos partes del libro se estructuran, precisamente, en torno a los temas mencionados.

En la primera parte son analizados los planteamientos de los principales protagonistas de la canonística italiana de aquel período histórico: Pio Fidele, Orio Giacchi y Pietro Agostino d'Avack. Todos estos autores se esforzaron decididamente por dotar al Derecho Canónico de un carácter sistemático, aspecto del que había sido privado por el método exegético de la literatura canonística precedente. A pesar de que todos estos autores pretendían un objetivo común, cada uno de ellos propuso un método distinto para alcanzar dicho propósito. Sirva como muestra de esta diversidad, que mientras Giacchi planteó la necesidad de utilizar la dogmática civilista para la construcción sistemática del Derecho de la Iglesia, Pio Fidele, subrayando el carácter peculiar del Derecho Canónico, sostuvo ardorosamente la posición contraria, a saber, la imposibilidad de recurrir a categorías del derecho secular en la sistematización proyectada. En consecuencia, al hilo de la búsqueda del método más apropiado para dotar al Derecho Canónico de un carácter sistemático se reflexionó sobre la naturaleza de la disciplina y se planteó el interrogante de en qué medida podía contribuir el derecho secular al fin perseguido.

La revista *Archivio di diritto ecclesiastico* en tanto que espacio privilegiado para el debate y reflexión en torno a temas de Derecho Canónico y Derecho eclesiástico del Estado es el objeto de estudio de la segunda parte del libro. La revista fue fundada por Pio Fedele y se publicó ininterrumpidamente entre 1939 y 1943. El autor del libro sigue escrupulosamente el orden cronológico de esta publicación y examina cada número de la revista, prestando atención incluso a contribuciones como las reseñas bibliográficas, que podrían ser consideradas de un alcance científico limitado. Sin embargo, al integrarlas en su análisis, Nacci logra ofrecer un panorama de los libros que leían los canonistas de la primera mitad del siglo XX y de la opinión que éstos les merecían. En esta perspectiva, los planteamientos de Pio Fedele han podido ser adecuadamente reconstruidos gracias a que el renombrado canonista publicó habitualmente sus estudios en el *Archivio di diritto ecclesiastico*. De igual modo, es posible rastrear la presencia de algunos de los principales temas que eran objeto de discusión en

la época a través de las páginas del *Archivio*: la posibilidad de utilizar la dogmática civil para el estudio del Derecho constitucional de la Iglesia, la relación que debía establecerse entre Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado en la enseñanza universitaria, la regulación civil del matrimonio percibida desde la canonística, etc.

La influencia de Paolo Grossi se verifica a lo largo de todo el libro. El profesor florentino ha sido el gran portavoz del aporte cultural realizado por el derecho canónico, contribución que no suele ser percibida – tal y como el propio Grossi ha escrito – debido a la secularización y el estatismo. Esta idea ha sido convenientemente asimilada por su discípulo Nacci y trasladada al objeto de estudio que mencionamos en el libro *Storia del diritto e cultura giuridica. La scienza canonistica del Novecento*. De igual modo, el trabajo historiográfico que realiza Nacci a partir de las revistas jurídicas podría considerarse también una influencia del fertilísimo magisterio de Grossi.

Teniendo en cuenta algunos de los temas discutidos en el pasado, particularmente los tratados en la segunda parte del libro, Nacci ofrece también algunas consideraciones sobre temas actuales como la poca importancia que se concede a la asignatura de Derecho Canónico en los recientes planes de estudio de las Facultades de Derecho o la concepción del Derecho eclesiástico del Estado como una suerte de Derecho constitucional referido al fenómeno religioso que suele llevar consigo la prescindencia de toda referencia al Derecho Canónico. Se trata, sin duda, de reflexiones agudas y consideraciones sugerentes, pero que quizás podría haber reservado exclusivamente para la introducción o las conclusiones del libro. De esta manera, se hubiesen evitado lo que un lector severo podría calificar como digresiones y se hubiera facilitado, asimismo, la lectura de la segunda parte del libro, apartado que – por su amplitud temática – es, en sí mismo, muy difícil de articular.

Este libro supone, en conclusión, un aporte significativo en tanto que se ocupa de un período que, hasta la fecha, no había recibido la atención debida por parte de la historiografía jurídica. Se trata de una época de gran relevancia en la que el Estado italiano replanteó sus normas sobre temas como la enseñanza religiosa o los efectos civiles del matrimonio religioso. Ante esta coyuntura, el Derecho Canónico se volvió más importante. Para lograr consolidarse como disciplina académica era necesario aún, sin embargo, realizar un notable

esfuerzo de construcción sistemática. A tal empresa, precisamente, se dedicaron los canonistas estudiados y contribuyó el *Archivio di diritto ecclesiastico*. Cabe mencionar por otra parte, que esta publicación es resultado de una encomiable labor de análisis de las fuentes históricas y de una amplia bibliografía especializada, tarea en la que el autor ha volcado su sólida formación histórico-jurídica

y canónica. En definitiva, Nacci ha conseguido hacer de la ciencia canónica italiana una falsilla desde la que trazar con éxito el contorno de las nuevas relaciones que se establecen entre la Iglesia y el Estado italiano durante la primera mitad del siglo XX.



Michael Stolleis

Lehrmeister Amerika*

Das hier zu besprechende Buch des an der Yale-University lehrenden Rechtshistorikers James Q. Whitman ist in Amerika mit großer Zustimmung besprochen worden, und zwar mit Recht, besonders wegen seiner Fragestellung und der Sorgfalt ihrer Bearbeitung. Der deutsche Leser gewinnt dabei den Eindruck, dass die inneramerikanische Zustimmung den Nebensinn hat, die amerikanische Gesellschaft solle nicht nur auf das rassistische Nazi-Deutschland zeigen, sondern auch die eigene Vergangenheit und Gegenwart kritisch reflektieren.

Der amerikanische Sezessionskrieg von 1861 bis 1865 endete bekanntlich mit der offiziellen Abschaffung der Sklaverei und der Wiedereingliederung der abgefallenen Südstaaten (»reconstruction«). Gleichwohl blieben die USA, vor allem in den Südstaaten, von 1876 bis in die Jahre zwischen 1965 und 1968 eine auch offiziell von Rassentrennung bestimmte Gesellschaft. Nicht nur »Mischen« zwischen verschiedenen Rassen waren verboten oder wurden als nichtig angesehen, auch Schulen, Universitäten und kulturelle Einrichtungen blieben getrennt, es gab separate Plätze in Bussen, Eisenbahnen und Restaurants, ja sogar

separate öffentliche Trinkwasserspender. Besonders gravierend waren die Konsequenzen der raffinierten Beschränkungen des Wahlrechts, stets mit positiver Berücksichtigung der »Weißen«. Das alles lockerte sich erst in den fünfziger und sechziger Jahren auf Druck der Bürgerrechtsbewegung mit ihren mannigfachen Protesten und Straßenkämpfen, bis der Civil Rights Act von 1964 ein offizielles Ende setzte. Natürlich waren damit die faktische Rassentrennung und die indirekte Diskriminierung keineswegs beendet. Sie wirken vielmehr bis heute weiter und haben tiefe Wurzeln in der Geschichte. Sichtbar sind sie in den stabil weiterge-reichten Bildungs- und Einkommensunterschieden, in der Kriminalität samt ihrer Zuschreibung und der Praxis des Strafvollzugs, in der Struktur der Wohnviertel, in der Werbung, in religiösen Prägungen, in zahllosen verbalen und nonverbalen Signalen des Alltags.

Die USA galten während des 20. Jahrhunderts als die egalitäre, freiheitliche und demokratische Gesellschaft par excellence. Die Weite des Landes und seine generelle Offenheit für Einwanderer, die viele Europäer in der Vergangenheit dankbar genutzt hatten, verdeckten die tiefen realen Risse

* JAMES Q. WHITMAN, *Hitler's American Model. The United States and the Making of Nazi Race Law*. Princeton: Princeton University Press 2017, 224 S., ISBN 978-0-691-17242-2 (deutsche Übersetzung von Andreas Wirthensohn: *Hitlers amerikanisches*

Vorbild. Wie die USA die Rassengesetze der Nationalsozialisten inspirierten, München: C. H. Beck 2018, 249 S., ISBN 978-3-406-72140-3)

sowie die Unterschiede der Wahrnehmung. Für die deutschen Nationalsozialisten gab es deshalb in der »Kampfzeit« und in der 1933 anlaufenden Propaganda- und Diskriminierungswelle gegen Juden kaum ein besseres Argument für eine »Rassentrennung«, als sich auf das demokratische Musterland USA zu berufen. Wer mit der Parole einer »Säuberung des Volkskörpers« hantierte, musste nur sagen, dass »sogar« das demokratische Amerika die Gefahr der Rassenmischung erkannt habe. So war es eine Art paranoider Konsequenz, wenn sich das angeblich germanische Deutschland gegen die Juden erklärte. Ebenso konnte man sich für eugenische Maßnahmen zur »Erbgesundheit« von der Zwangssterilisation bis zur Tötung »lebensunwerten Lebens« nicht nur auf einheimische Stimmen,¹ sondern auf entsprechende Debatten im europäischen Ausland berufen. Auch andere »zivilisierte« Länder, so hieß es, schützten ihre »völkische Substanz« vor Erbkrankheiten, Degeneration, Überfremdung und Rassenmischung. Der Unterschied liege nur darin, dass die Nationalsozialisten dies nun konsequent umsetzten.

Aber was wussten die führenden Nationalsozialisten von der Gesetzgebung in den amerikanischen Bundesstaaten? Vermutlich zunächst wenig Genaues, und so lag es nahe, im Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht einen Nachwuchswissenschaftler mit einer Bestandsaufnahme zu beauftragen. Der damalige Direktor Viktor Bruns hatte einem jungen österreichischen Nationalsozialisten ein Stipendium der Deutschen Forschungsgemeinschaft verschafft und ihn 1933 eingestellt, Dr. Herbert Kier (1900–1973), zugleich Vertrauensmann der NSDAP und »Unterführer« der NS-Dozentenschaft an der Universität Berlin. Er sollte nun, so Bruns, vermutlich einer Anfrage aus dem Reichsjustizministerium folgend, Material über die Rassengesetzgebung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Südafrika und Australien zusammenstellen.² Kier tat dies umgehend und lieferte zudem

einen Beitrag »Volk, Rasse und Staat« im offiziellen, 1934 abgeschlossenen Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung. Dort berichtete er, dass in 30 amerikanischen Bundesstaaten Ehen zwischen Angehörigen verschiedener »Rassen« (weiß einerseits, schwarz, gelb, braun, rot, also »coloreds«, andererseits) verboten seien bzw. als nichtig angesehen würden. Als »Neger« gelte, wer »1/8 oder mehr Negerblut« habe. In allen diesen Staaten gelten also, schrieb Kier, »Mischehenverbote, die mit einer einzigen Ausnahme alle den Zweck verfolgen, die amerikanische Bevölkerung mit ursprünglich europäischer Abkunft vor der Vermischung mit Rassen außer-europäischer Abkunft zu bewahren. Nur in North Carolina besteht außerdem noch das Verbot der Mischehe zwischen Indianern und Negern. Aber auch der außereheliche Geschlechtsverkehr zwischen Angehörigen verschiedener Rassen ist in einzelnen Staaten verboten oder gar unter Strafe gestellt, so z. B. in Alabama und Arkansas. In den meisten Südstaaten der Union werden weiße und farbige Kinder auf Grund gesetzlicher Bestimmungen verschiedenen Schulen zugewiesen. Die meisten amerikanischen Staaten fordern ferner bei Geburts-, Trau- und Todesscheinen die Angabe der Rasse. Ja viele amerikanischen Teilstaaten gehen so weit, daß sie gesetzlich eine nach Farbigen und Weißen gesonderte Zuweisung der Abteile in Warterräumen, Eisenbahnwagen, Schlafwagen, Straßenbahnwagen, Omnibussen, Dampfschiffen, ja sogar in Gefängnissen und bei Einkerkierungen festlegen.«³ Diese Trennlinie setze sich in getrennten Wählerlisten und getrennter Steuerveranlagung fort.

Dieser Text, veröffentlicht unter der Herausgeberschaft des »Reichsrechtsführers« Hans Frank, wurde nun eine Blaupause für die 1935 verabschiedeten »Nürnberger Gesetze«. Er stützte sich seinerseits auf einen kurz zuvor publizierten Aufsatz im Fachblatt »Verwaltungsarchiv«, geschrieben von Dipl. Ing. und Dr. jur. Heinrich Krieger,

- 1 KARL BINDING/ALFRED HOCHÉ, Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Ihr Maß und ihre Form (1920), mit einer Einführung von Wolfgang Naucke, Berlin 2006.
- 2 HERFRIED KIER, Die »Affäre Wengler«. Ein Beitrag zur Geschichte des Völkerrechtsinstitutes der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Zeit des Nationalsozialismus, in: Jahrbuch der

Juristischen Zeitgeschichte 14 (2013) 168–211 (198).

- 3 HANS FRANK (Hg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, 17–28 (27 f.).

einem Schüler Otto Koellreutters, der das »Verwaltungsarchiv« herausgab.⁴ Krieger hatte, wie Whitman zeigt, die amerikanische Gesetzeslage als Austauschstudent in den USA studiert und sorgfältig kartographiert. Seine enge Verbindung zu Dr. Falk Ruttke (1894–1945), einem führenden Vertreter der nationalsozialistischen »Rassen- und Gesellschaftsbiologie«, sicherte ihm die Aufmerksamkeit des radikalen Flügels der NSDAP. Es gebe, so resümierte Krieger, in der Welt nur zwei Zentren eines wirklichen Rassenrechts mit dem Akzent auf der »Rasse« als Distinktionskriterium, nämlich die USA und Deutschland, am Rande noch Südafrika. Das vorbildliche Amerika, so hieß es immer wieder, achte bei der Einwanderung auf Loyalität und Patriotismus, bevorzuge aber Einwanderer aus England, Nordeuropa und Deutschland und versuche auf diese Weise, seine weiße »rassische Substanz« zu stärken. In Deutschland spielten »Farbige« keine Rolle, das auszugrenzende Element seien die Juden.

Was von den berüchtigten »Nürnberger Gesetzen« über die landesweiten Pogrome von 1938 bis zur »Vernichtung der europäischen Juden« (Raul Hilberg) zum Schrecken der Welt geworden ist, braucht hier nicht in Erinnerung gerufen zu werden. Für Whitman ist vielmehr wichtig, wie das amerikanische Muster in NS-Deutschland rezipiert wurde. Er geht dieser Frage sorgfältig nach, zwar nicht als erster, wie er selbst nachweist, aber mit nüchternem und amerikanische Empfindlichkeiten nicht schonendem Blick. Nur so wird es möglich, die komplexen Wechselwirkungen in beiden Ländern zu rekonstruieren. Whitman erinnert zunächst an das Amerika des frühen 20. Jahrhunderts. Es war in der Tat »the global leader in race law, admired around the world for the vigor of its legislation« (34). Jene Bewunderung galt dabei der an »Rassen« orientierten amerikanischen Einwanderungspolitik, aber auch der Unterscheidung zwischen Staatsbürgern und Einwohnern mit minde-

rem Status (»non-citizen nationals«), wie sie auch im Parteiprogramm der NSDAP schon angelegt war.

Das Hauptinteresse Whitmans richtet sich jedoch auf die Wahrnehmung Amerikas in der Optik der Nationalsozialisten. Die Reihe der Bewunderer Amerikas als raumgreifende und rassebewusste Nation beginnt tatsächlich mit Hitler in »Mein Kampf«. Ihm folgten zahlreiche deutsche Antisemiten, stets unter der Parole, dem Eindringen der Juden »in den deutschen Volkskörper« sei entgegenzutreten. Um dieses Ziel durch soziale, ökonomische und politische Ausgrenzung zu erreichen, bot sich das amerikanische Muster geradezu an. Die erwähnten Kier und Krieger lieferten die Expertise. Mit dem Lobpreis für amerikanische Rassegesetzgebung präparierten sie den Boden für die »Nürnberger Gesetze«. Freisler und andere Radikale griffen die Informationen auf, stets unter der Prämisse, Rassenmischung bedeute Degeneration, kulturellen Verfall und politischen Abstieg. Seit Arthur de Gobineau und Houston Steward Chamberlain waren dies rassistische Gemeinplätze. Nun aber ging es um konkrete juristische Vorschläge im Bereich des Strafrechts, Eherechts, Staatsangehörigkeits- und Wahlrechts.

In der Umsetzung des Programms spielte der Gegensatz zwischen dem deutschnationalen, »gemäßigten« Franz Gürtner und dem völlig bedenkenlosen Staatssekretär Freisler eine wesentliche Rolle. Gürtner bremste und bezweifelte die Übernahme des amerikanischen Modells, während Freisler, der ein antiliberales, auf den »Tätertyp« zugeschnittenes drakonisches Strafrecht durchsetzen wollte, darauf hinweisen konnte, dass »Rassenmischung« in den USA sogar als Kriminalverbrechen verfolgt wurde. Das löste freilich komplizierte Abgrenzungsfragen aus, bis zu welchem Grad von »Mischlingen« gesprochen werden könne und was »Rassenschande« genau bedeute. Gürtner und der »Judenreferent« im Innenministerium, Bern-

4 (H.) KRIEGER, Das Rassenrecht in den Vereinigten Staaten, in: Verwaltungsarchiv Bd. 39 (1934) 316 ff. Der Aufsatz wurde umgehend zu einem Buch »Das Rasserecht in den Vereinigten Staaten« (Berlin 1936) erweitert und erschien in einer von Ulrich Scheuner herausgegebenen Reihe, u. a. in Verbindung mit Viktor Bruns. Siehe auch H. KRIEGER, Die Tren-

nung der Rassen im Schulwesen der Vereinigten Staaten und des Deutschen Reiches, in: Internationale Zeitschrift für Erziehung 5 (1936) 344–356.

hard Lösenner, suchten zwar Freislers Furor mit juristischen Bedenken zu mäßigen, wie sich aus einem Beratungsprotokoll vom 5. Juni 1934 ergibt. Die »Nürnberger Gesetze« waren aber mit der Schaffung eines staatsbürgerlichen Minderstatus für Juden, dem Verbot von »Mischehen«, der Strafbarkeit von »Rassenschande« samt einer langen Reihe weiterer »ausgrenzender« Verordnungen eine nun antisemitische und letztlich tödliche Variante des amerikanischen Modells. Gewiss hätte es für die Nationalsozialisten dieses Modells nicht bedurft, aber da es vorhanden war, wurde es auch genutzt. Die Radikalen hatten sich durchgesetzt, die retardierenden Kräfte um Gürtner trösteten sich damit, die Rassenpolitik nun rechtlich »eingehegt« zu haben.

Eine Woche nach der Verkündung der »Nürnberger Gesetze« startete eine offizielle deutsche Delegation von Juristen zu einer Reise in die USA. Whitman schildert dieses bedrückende Nachspiel mit einer Mischung von Ironie und Abscheu. Die Gruppe, 45 Personen insgesamt, trat mit demonstrativer Zufriedenheit auf, ihre schon lange gehegten Ziele erreicht zu haben. Dass sie im »jüdischen« New York auf heftige Proteste stieß, verdarb einerseits die Stimmung, wurde aber andererseits auch als Bestätigung gedeutet, dass das »Welt-

judentum« die Kampfansage des Nationalsozialismus verstanden und angenommen hatte.

Am Ende des Buchs weitet sich Whitmans Blick nochmals. Er erinnert nicht nur an die amerikanische Geschichte seit der Abschaffung der Sklaverei, sondern auch an das britische Kolonialrecht, an die Einwanderungsgesetzgebung Brasiliens, an Südafrika, Australien und andere Beispiele, in denen »von Rechts wegen« Ungleichheiten nach biologischen Kriterien geschaffen worden waren. Das mindert gleichwohl nicht die damals dominante Rolle der USA als ein von den Nationalsozialisten nachweislich benutztes Referenzmodell, noch ändert sich etwas an der Bewertung des Antisemitismus und der brutalen Verfolgung auch anderer Minderheiten durch das NS-Regime. Doch kann die schärfere Beleuchtung des amerikanischen Anteils am Phänomen der Diskriminierung nach Hautfarbe, Religion, Geschlecht, Sprache und anderen Merkmalen sichtbar machen, dass der ganze Spuk nicht etwa mit dem 8. Mai 1945 gebannt war. Wer insoweit jemals Illusionen hegte, wird durch den Blick auf die heutige Weltpolitik und speziell auf die gegenwärtige Regierung der USA eines Schlechteren belehrt.



Alessandro Somma

Ancora teorie sul totalitarismo!?

Sulla comparazione tra Germania nazista e Repubblica democratica tedesca*

SCIENZA GIURIDICA E DITTATURE – Al principio del nuovo millennio Jan Schröder ha licenziato una storia del sapere giuridico tra il 1500 e il 1850, divenuta per molti aspetti un classico, con cui ha indagato ciò che renderebbe il diritto una scienza: un metodo e un oggetto specifici. Di qui il filo conduttore dell'opera, concepita come una storia

della metodologia giuridica (*juristische Methodenlehre*), quindi delle teorie circa l'individuazione e l'accertamento del diritto in generale o in riferimento a un caso concreto, e nello stesso tempo una storia della teoria delle fonti (*Rechtsquellenlehre*), incluse le tecniche utilizzate dall'interprete per fronteggiare antinomie e lacune. Il tutto riferito

* JAN SCHRÖDER, Rechtswissenschaft in Diktaturen. Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR, München: C. H. Beck 2016, XIV, 146 S., ISBN 978-3-406-69606-0

all'Europa continentale, sebbene con un focus prevalente sull'area tedesca.¹

Dopo un decennio, una nuova edizione dell'opera ha ampliato l'orizzonte temporale dell'indagine estendendolo sino al 1933, ovvero sino alla conclusione dell'esperienza weimariana. È l'occasione per inquadrare quanto per Schröder costituisce l'essenza della transizione dall'approccio al diritto tipico della Scuola storica a quello caratteristico dei decenni successivi. Se infatti quest'ultima vedeva nel diritto un'espressione dello spirito popolare, e dunque lo intendeva in senso idealistico oggettivo, nell'epoca successiva è prevalso un approccio volontarista, per cui il diritto rappresenta la volontà di un'entità descritta in termini di maggioranza, comunità o Stato.²

Ebbene, la contrapposizione tra concezioni oggettive e concezioni volontariste del diritto costituisce il filo conduttore dell'ultimo lavoro di Schröder, che rappresenta un'integrazione della sua opera con riferimento all'epoca che copre la dittatura nazista e l'esperienza socialista tedesco orientale. Lì si afferma che il regime nazista, esattamente come la Repubblica democratica tedesca, sono stati dittature in quanto governati dalla volontà del Führer o dalle determinazioni del Partito socialista unitario. Di qui la connotazione volontarista del diritto, che conviveva però con concezioni di matrice oggettiva: quelle ispirate dai riferimenti ai principi *völkisch* o alle leggi del socialismo.

Lo schema era però instabile e produceva pertanto conflitti coinvolgenti la metodologia giuridica e la teoria delle fonti, che si risolvevano a tutto vantaggio dell'approccio volontarista: ricorrendo alla finzione per cui la via viene indicata dal dittatore in quanto interprete autentico dello spirito popolare o depositario della verità scientifica. Il tutto in assenza di spazi lasciati all'integrazione giurisprudenziale del diritto, che comunque non poteva certo fondarsi sulla coscienza del giudice.

COMPARAZIONE E IDEOLOGIA – Il lavoro di Schröder è innanzi tutto un lavoro comparatistico, nel

quale si ricorre ai raffronti per ottenere risultati che non si sarebbero altrimenti messi a fuoco con la stessa nitidezza.

Comparare porta naturalmente a classificare, ovvero a raggruppare ordinamenti in base alla ricorrenza di determinate caratteristiche: la produzione di tassonomie è forse il compito principale attribuito ai comparatisti. Tutte le classificazioni sono pienamente legittime, se condotte in modo rigoroso, ma non tutte sono utili, ovvero assolvono al compito di incrementare le nostre conoscenze, o eventualmente di assecondare l'economia del discorso attorno al diritto. Ma tutte sono in qualche modo affette da tensione ideologica o quantomeno ideale: se comparare equivale a giudicare, classificare significa in ultima analisi alimentare una geografia dei corpi politici.³

Sono, queste ultime, premesse indispensabili ad affrontare un esercizio comparatistico che ha per oggetto fascismo e socialismo, e in particolare il regime nazista e la Repubblica democratica tedesca. Giacché possiamo oramai dire, sulla scorta di decenni di attività di ricerca condotta soprattutto dagli storici puri, che simili raffronti possono essere utili se pensati per mettere in luce alcuni specifici aspetti: ad esempio il ruolo del partito unico o del capo carismatico.⁴ Non sono invece rilevanti le acquisizioni in altri ambiti, nei quali l'accostamento risulta incapace di incrementare conoscenze, se non addirittura capace di manipolare quelle di cui già disponiamo.

Più precisamente sono utili i raffronti tra totalitarismi se riguardano specifiche modalità o particolari apparati utilizzati per sopprimere le libertà politiche. Peraltro, nel fascismo, ciò è avvenuto per riformare le libertà economiche, ovvero per sostenere e non certo per reprimere i fondamenti del capitalismo: i pubblici poteri hanno sopperito all'incapacità della mano invisibile di assicurare il funzionamento dell'ordine economico, e in tale prospettiva hanno utilizzato la concorrenza come strumento di direzione politica dei comportamenti

1 JAN SCHRÖDER, *Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500–1850)*, 2. ed., München 2012.

2 JAN SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)*, München 2001.

3 ALESSANDRO SOMMA, *La geografia dei corpi politici. Classificazioni e genea-*

logie tra diritto privato comparato, diritto pubblico comparato e ortodossia neoliberale, in: *Diritto pubblico comparato ed europeo* 19 (2017) 1217–1249.

4 Per tutti EMILIO GENTILE, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, nuova ed., Roma 2008. Anche HANS-ULRICH WEHLER, *Deutsche Gesellschaftsge-*

schichte, vol. 5 (1949–1990), München 2008, 417.

dei consociati. Tutto l'opposto di quanto ha fatto il socialismo, che ha invece soppresso, oltre alle libertà politiche, anche il sistema delle libertà economiche, con ciò ricalcando uno schema che da questo punto di vista non è certo assimilabile a quello fatto proprio dal fascismo.

Insomma, se si riconducono fascismo e socialismo a un medesimo raggruppamento si devono trascurare le vicende che attengono al modo di essere dell'ordine economico: quelle di matrice teorica, ma anche quelle concernenti l'individuazione dei centri di interesse compromessi con la dittatura. Il che è sovente un risultato voluto, non di rado indicato come la ragione prima per l'elaborazione di una teoria sul totalitarismo, e per il contestuale rigetto delle teorie sul fascismo: quelle che consentono al contrario di approfondire il nesso tra soppressione delle libertà politiche e riforma delle libertà economiche.⁵

Non si tratta qui di riproporre il mito della incomparabilità dell'Olocausto, concernente il piano della morale piuttosto che quello dell'approfondimento scientifico. Si tratta più semplicemente di mettere in luce, oltre alla relativa inutilità dell'accostamento tra fascismo e socialismo, anche e soprattutto il suo costituire uno strumento di lotta politica:⁶ utilizzato prima per alimentare la Guerra fredda e poi, al crollo del blocco socialista, per consolidare il moto verso la fine della storia intesa come assolutizzazione dell'ortodossia neo-liberale. Il che non è certo un caso, dal momento che, nello studio dell'ordine economico, le teorie sul totalitarismo perseguono innanzi tutto il fine di presidiare la normalità capitalistica.⁷ Mirano cioè a impedire che si sviluppino forme di redistribuzione della ricchezza diverse da quelle affidate al principio di concorrenza, ovvero che si metta in discussione l'equazione che identifica l'inclusione sociale con l'inclusione nel mercato.

CONTINUITÀ PERSONALI E ISTITUZIONALI – Un libro sulla scienza giuridica è in ultima analisi un libro sui cultori del diritto, sulle loro strategie di

legittimazione in quanto ceto: durante la dittatura, ma anche e soprattutto dopo la sua conclusione, quando occorre cancellare le tracce della collaborazione o almeno rileggerle per alterarne il senso. Circostanza peraltro alla portata del giurista, la cui legittimazione è di tipo tecnico professionale, ovvero formalmente incentrata proprio sulle vicende cui Schröder ha dedicato la sua ricerca: sull'individuazione e l'accertamento di ciò che costituisce diritto, piuttosto che sul suo contenuto.

Sappiamo molto bene che i giuristi hanno fornito un notevole contributo all'edificazione della dittatura nazista, esattamente come di quella socialista. Meno documentate sono però le continuità personali che hanno caratterizzato il passaggio dalla dittatura alla democrazia, che sono state numerose e inquietanti. O meglio, sono state documentate, ma con esiti molto diversi a seconda che sul banco degli imputati si trovasse il nazismo o il socialismo.

Nel primo caso il tutto è avvenuto con notevole ritardo, e soprattutto con il fondamentale contributo dei non giuristi. Giacché i cultori del diritto erano impegnati a disegnare l'identikit del cultore del diritto nazista come sanguinario carnefice prono al volere della dittatura, e di riflesso a negare che fossero compromessi tutti coloro i quali non potevano ritenersi tali.⁸ Tutto l'opposto di quanto avvenuto con la dittatura socialista, anche perché in area tedesca si è avuta l'inconsueta possibilità di rimpiazzare in toto la classe dirigente compromessa con il passato. Proprio per questo si è potuto ricostruire prima l'identikit del democratico da manuale, per poi considerare legati al regime tutti coloro i quali presentavano un curriculum non perfettamente coincidente con quell'immagine.⁹

Peraltro le continuità non sono solo personali, e non riguardano i soli cultori del diritto: vi sono anche continuità istituzionali che caratterizzano il passaggio dalla dittatura alla democrazia, e continuità personali che interessano anche e soprattutto coloro i quali hanno animato la vita economica.

5 Sulla scia di un grande classico: KARL POLANYI, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (1944), 2. ed., Boston 2002.

6 WOLFGANG WIPPERMANN, *Totalitarismustheorien. Die Entwicklung der Diskussion von den Anfängen bis heute*, Darmstadt 1997.

7 ANGUS MADDISON, *La natura e il funzionamento del capitalismo europeo*, in: *Moneta e Credito* 51 (1988) 72–78.

8 Citazioni in ALESSANDRO SOMMA, *I giuristi e l'Asse culturale Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalsocialista*, Frankfurt am Main 2005, 4–22.

9 Cfr. INGA MARKOWITS, *Die Abwicklung. Ein Tagebuch zum Ende der DDR-Justiz*, München 1993.

E la prospettiva di Schröder, le cui analisi si muovono a un livello molto astratto, non è certo capace di incrementare le conoscenze relative a questi aspetti. È sicuramente importante mettere in luce le analogie che caratterizzano la metodologia giuridica e la teoria delle fonti diffuse nelle dittature tedesche, ma altrettanto sicuramente questo dato dice poco o nulla se dissociato dal contenuto delle regole maneggiate dai giuristi. Tanto più che ai giuristi è oramai nota la circostanza per cui non vi è corrispondenza univoca tra le tecniche impiegate e i valori di volta in volta veicolati, ovvero che sul piano fattuale vi possono essere equivalenze funzionali tra costruzioni anche radicalmente differenti.

Insomma, se del regime nazista e della Repubblica democratica tedesca si dice che si sono edificati entrambi su sistemi di regole destinati a imporre la volontà del Führer e del Partito unico, allora l'insieme dei centri di interesse radicati nell'apparato statale, o nel sistema produttivo, o nell'esercito o ancora nel mondo della formazione e dell'informazione finisce per essere privo di contorni definiti, se non addirittura per sparire dalla scena. Il che rappresenta, come abbiamo detto, il risvolto naturale delle teorie sul totalitarismo applicate a vicende ulteriori rispetto a quelle direttamente relative alla compressione delle libertà politiche.

NAZISMO E POSTDIRITTO – Le teorie sul totalitarismo, per quanto siano state rivisitate e completate nel corso degli anni, restano dunque inadatte a mettere in luce la circostanza che il fascismo è stato un ordine politico, ma anche se non soprattutto un ordine economico: che vi è stata un'economia nazista fondata su un diritto nazista, i cui tratti si possono evidenziare ricorrendo alla teorie sul fascismo, di cui è agevole mettere in luce notevoli punti di contatto con le esperienze precedenti e successive. E di cui è possibile invece marcare le differenze rispetto all'economia socialista e al relativo diritto socialista, tanto che, almeno in questo ambito, qualsiasi raffronto manca clamorosamente l'obiettivo di contribuire a incrementare le nostre conoscenze sul totalitarismo in quanto punto di riferimento per la classificazione delle dittature.

Ovviamente qui non si tratta di relativizzare il giudizio sul nazismo, bensì di mettere in guardia rispetto alla possibilità che si riproponga nell'ordine economico, piuttosto che nell'ordine politico, con il rischio sempre in agguato che anche quest'ultimo finisca prima o poi per regredire. È del resto noto che i fondamenti del neoliberalismo si definiscono nel corso degli anni Trenta con il contributo fondamentale di studiosi compromessi con il nazismo, e che poi confluiscono in teorie e pratiche di governo dell'ordine economico adottate a partire dalla conclusione del secondo conflitto mondiale.¹⁰ Teorie e pratiche che non sono di per sé ostili alla democrazia, ma che però sono insensibili alle sue sorti nella misura in cui ammettono una compressione delle libertà politiche ove richiesta per sostenere il sistema delle libertà economiche.

Le ricerche di Schröder non rappresentano un contributo utile a decodificare eventuali trasformazioni nel senso indicato, e non solo per il loro essere legate a doppio filo alle teorie sul totalitarismo. Problematica è anche la relativa caricatura dell'ordine liberale e democratico, definito come l'ordine nel quale il diritto si identifica a partire da concezioni volontaristiche, l'interpretazione del diritto può rifarsi a teorie oggettive ma non anche a sistemi di valori imposti dal potere politico, e la scienza giuridica valorizza la finalità delle regole.

Ebbene, il neoliberalismo affida ai pubblici poteri il compito di presidiare il mercato traducendo le sue leggi in leggi dello Stato, e così facendo impone mutamenti epocali quanto al metodo e all'oggetto della scienza giuridica. Non si tratta più di individuare e maneggiare regole a partire da un patrimonio sapienziale proprio del giurista: tanto da rappresentare il fondamento della sua legittimazione in quanto tecnocrate. Gli strumenti indispensabili a trovare e comprendere le regole sono oramai quelli mutuati dalla scienza economica, e in particolare dai paradigmi ora prevalenti: quelli contemplati dall'ortodossia neoliberale.

Viviamo cioè nell'epoca del postdiritto, espressione nella quale il prefisso «post» indica la negazione di ciò cui allude la parola alla quale viene anteposto, ovvero che il diritto si riduce oramai a

10 Per tutti RALF PTAK, *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft. Stationen des Neoliberalismus in Deutschland*, Opladen 2004.

mero riflesso di altri fenomeni sociali. E lo stesso accade a coloro i quali pretendono, per il tramite del diritto, di disciplinare lo stare insieme come società: i cultori del postdiritto sono i detentori di un sapere oramai incapace di interpretare i fenomeni sociali, e tanto meno di governarli.¹¹ E se ciò

è avvenuto per quanto attiene al contenuto delle regole, non significa che non ci siano trasformazioni circa il modo di accertarle e di intenderle, e soprattutto che non si debba predisporre a cogliere il nesso tra i due profili. ■

11 Cfr. ALESSANDRO SOMMA, Verso il postdiritto? Fine della storia e spolitizzazione dell'ordine economico, in: *Politica del diritto* 59 (2018) 79–109.