

Guido Pfeifer

(No) Hard Feelings!*

Every now and again, one is overcome by a sense of utter disbelief. How can it be that some conventional narratives are still so persistent and influential in this day and age? In fact, they are so pervasive that one feels compelled to put pen to paper in order to combat them. Among these narratives, we find the tale of cultural evolution, where law plays a fundamental role as an instrument for rationalizing archaic societies. Having rejected this kind of historiography in his last essay on the early history of law (ZRG RA 127, 1–13), the late Raymond Westbrook instead postulated new paradigms. Moving in the same direction, Philipp Ruch thwarts this story of civilizing progress in a twofold manner: In his eyes, honor and vengeance are not the anthropological factors that law has to contain in order to create civilization. According to Ruch, and the main thrust of his 2016 dissertation, it was in fact law in the context of honor and vengeance that produced emotionality.

Rather than a »history of emotions of ancient law« – the subtitle of the study – Ruch offers a (Greek) legal history of the affections around honor and vengeance. His sources include Homer's epics, as well as the philosophers, playwrights, and historians of the early and classical polis. Against this background, the author's diagnosis becomes more malleable, that is, he shows how law preceded honor and vengeance. At the same time, both of them are characterized as highly organized forms of law: Honor and vengeance do not affect abstract emotions, but are of tangible material value. This becomes apparent when Agamemnon tried to conciliate Achilles' anger with generous tributes, or when Hector sought to compensate the son of Peleus for the vengeance he had sworn as the result of Patroclus' death with material benefits. The same mechanism is perceptible when Ulysses brings Penelope's suitors to justice.

The vengeance enacted, however, has to be in accordance with actual law, thus becoming a doubtful endeavor. The extent to which the materialized resource honor requires normative regulation to become at all efficacious becomes apparent in the case of the honorary dinner at the Prytaneum that Socrates – in Plato's *Apology* – suggested as a fitting punishment. This should also be clear to a reader less well acquainted with legal historical matters. Even stranger (and far less convenient for believers in progress) is Ruch's observation how the nascent state in the polis of the 6th century institutionalized private criminal law, and this development is not accompanied by a weakening but rather an intensification of the right to vengeance. Here, the author is able to capitalize on the potential for irritation these ancient sources present because they have become alien to the modern reader. Another useful example for the connection between the intensification of punishment and the rise of a »civil« social class can be found in the notorious Old Babylonian principle of talion (»eye for an eye«), which replaced a milder system of sanctions in the form of fines. Here, as well, the identity of the social status of the citizen might have been fostered by exclusive, though negotiable, legal severity. Besides, the occasional sideways glance to Greece's neighbors would certainly have been worthwhile: the Roman infamy, under the aspect of losing one's honor, demonstrates another sophisticated system of sanctions reproducing in an even more paradigmatic way how efficient a legal mechanism can be that leads to social marginalization.

Ruch, the founder of the Centre for Political Beauty and advocate of aggressive humanism, consistently chooses examples from more recent historical periods, which is methodologically speaking – due to its transparency – much less trouble-

* PHILIPP RUCH, »Ehre und Rache«. Eine Gefühlsgeschichte des antiken Rechts, Frankfurt am Main: Campus Verlag 2017, 437 p., ISBN 978-3-593-50720-0; the German version of this review appeared in the FAZ on 2 Aug. 2017

some than his use of an prefatory *captatio benevolentiae* in favor of an »argumentative and discursive transhistoricity« might suggest. The same holds true for the ex-ante and applicative aiming toward a »post-honor society«, which at best deprives the reader the delight of drawing one's own conclusions. The recourse to contemporary so-called honor killings as an uncivilized phenomenon remains overly simplistic, especially since it is the postulated legal character of such acts of revenge that could be problematized and seems to be mutating into a parallel system of justice. On the other hand, Ruch's examples from classical antiquity repeatedly demonstrate how well suited they are to research of anachronistic structures. For instance, the interstate conflict between Athens and Mytilene clearly shows that even (or particularly) democratic communities require narratives of legitimation that go beyond the mere process of decision-making when it comes to the use of

violence – a situation encountered with greater frequency in recent times.

The study offers neither fundamentally new paradigms to legal history, in the sense of Westbrook's formulation of them as a desideratum, nor policy recommendations for modern »dis-honorable« societies. Moreover, the author, unfortunately, does not provide an index to help make the impressive number of sources and examples more accessible. Ruch's history of emotion and law is nevertheless worth all the effort because it enhances our view of the eternally »new« sources of antiquity, and thus of ourselves. If emotions prove to be bound not only by culture and time, but also by law, and if we accept that law is a process of communication and knowledge, then the syllogism still offers us some leeway.



Karla Escobar

Agresivamente histórico y global*

Global Histories and Cultures of Statehood, libro editado por John L. Brooke, Julia Strauss y Greg Anderson, es una propuesta interesante de reflexión interdisciplinaria sobre las formaciones estatales en un marco temporal amplísimo: desde la Antigüedad hasta el siglo XX. Los capítulos que componen el libro fueron presentados en un programa de dos años en la Universidad Estatal de Ohio. La publicación es claramente el producto de un ejercicio de discusión colectiva de una red académica con sede en los Estados Unidos y, por tal motivo, la mayoría de sus miembros pertenecen a instituciones académicas en este país.

Las diferentes trayectorias de sus editores – Brooke, desde la historia intelectual y ambiental;

Strauss, desde la Ciencia Política y Anderson, desde la teoría crítica – se corresponden con las variadas trayectorias académicas de los contribuyentes. Considero que el aporte más importante de este libro es precisamente su interés por presentar diferentes aproximaciones – incluso aquellas contrarias entre sí –, en las que los académicos han interpretado históricamente los procesos de formación estatal a partir de marcos cronológicos y geográficos diversos. Tal variedad de aproximaciones es articulada en la introducción y conclusión, en donde los editores cumplen con la difícil tarea de hacer un balance sobre los principales puntos de encuentro y desencuentro entre trabajos tan diversos.

* JOHN BROOKE et al. (eds.), *State Formations. Global Histories and Cultures of Statehood*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, xxiii + 383 p., ISBN 978-1-108-40394-8

No resulta fácil, entonces, reseñar un trabajo de esta naturaleza, en la medida en que los aportes abren distintos hilos de discusión y plantean debates y retos metodológicos diversos, muchas veces inconmensurables entre sí. Debido a ello, en esta reseña haré una lectura crítica no de cada uno de los artículos, sino de la obra en su conjunto, en relación con los propósitos de la misma, planteados por los editores en su Prefacio: «This volume offers an overview of approaches to the state for the new century. We are aggressively global and historical. Where typically such projects are confined to the kinds of states that are ›modern‹, ›Western‹ or both, we consider here the full range of state experience over five millennia, and in every major region of the world» (xvii).

Para cumplir con esta noble tarea, los editores estructuran el libro en cuatro secciones. La primera está dedicada a lo que llaman las «definiciones». En este aparte se le ofrece al lector algunas aproximaciones teóricas sobre el estado. La segunda sección se titula «fundaciones» y se centra en analizar las diferentes experiencias de fundación de los estados en marcos temporales y geográficos diversos. La tercera, que titulan como «agendas», busca responder a las estrategias mediante las cuales los estados, institucionalmente, han dado respuesta a las metas impuestas por ellos mismos, así como a las demandas de sus súbditos/ciudadanos; la última parte está dedicada a lo que los autores catalogan como «membresía», sección en la que buscan dar cuenta de las múltiples maneras en las que los sujetos lograron participar en los procesos de formación estatal y las sutiles tensiones y efectos que esta participación conllevó.

La sección «definiciones» se encuentra compuesta por tres artículos, todos ellos centrados en Europa. El primero, de Quentin Skinner, centra su reflexión en el análisis de la teoría política anglófona, partiendo del trabajo de Hobbes. Seguidamente está el trabajo de Bob Jessop, quien, desde la tradición gramsciana, propone comprender el poder estatal a partir de entender el estado en tanto relación social. La sección se cierra con el trabajo de Greg Anderson, quien hace énfasis en la naturaleza del estado como un fenómeno eminentemente moderno. Si bien este último trabajo busca establecer un diálogo con formaciones estatales de China y Grecia, tales reflexiones están dadas para comprender la experiencia «occidental», aunque sin definir muy bien qué se entiende por ello. Los tres trabajos son novedosos y sus aportes

son retomados, en diferentes niveles, por los autores de los capítulos siguientes.

La sección «Fundaciones» está compuesta por seis capítulos, la mayoría de ellos estudios de caso y, a diferencia de la primera sección, goza de una mayor variedad geográfica, aunque no cronológica. Dos enfocan su análisis en el estudio de las formaciones estatales en la Antigüedad; los otros se centran en el periodo moderno. Los trabajos se distribuyen de forma relativamente equitativa (mas no representativa) en los diferentes continentes: dos para Asia (India y Valle del Indo, que abarca las actuales Afganistán, Paquistán y Nordeste Indio), uno para África (Costa Swahili en el Sudeste Africano), uno para Europa (Italia), uno para América (Estados Unidos) y cierra con un trabajo comparativo entre Rusia, Irán y Alemania.

El aparte dedicado a las «Agendas» está compuesto también por seis trabajos: uno dedicado al Imperio Romano, tres a los Estados Unidos de América, uno a China y otro a Inglaterra; la mayoría de ellos están centrados en el siglo XIX. En contraposición, y quizás para balancear la perspectiva estadounidense, en la sección de «membresías» se dedica un artículo a Mesopotamia, otro a China, otro a Gran Bretaña y Burma, otro a Kurdistán, otro a Colombia y uno a la India.

Con base en esta breve descripción de la estructura del texto, quisiera volver a revisar el citado párrafo introductorio comenzando por su primera frase: «This volume offers an overview of approaches to the state for the new century.» Efectivamente esta obra sirve para darnos una visión general sobre diferentes aproximaciones sobre el estado. Se compromete con la difícil tarea de poner en diálogo no solamente distintas disciplinas, sino también marcos teóricos y cronológicos diversos. Los textos introductorios proponen pautas de análisis interesantes y son útiles para ayudarnos a pensar fenómenos contextuales concretos. Tal es el caso, por ejemplo, de la idea de «state effect» (Anderson), así como la idea del estado como relación social (Jessop), las cuales están en diálogo con las recientes discusiones que han cuestionado el estudio del estado desde la mera formalidad institucional, para entender los procesos de formación estatal en la historia. En este sentido, si bien el libro aporta una buena «mirada general», que puede ser útil en el aula, resulta pretencioso pensar que tal generalidad pueda guiar nuestras disquisiciones en el «nuevo siglo». Quizás sería más atrevido decir que busca sintetizar muchas discusio-

nes que se produjeron en la historiografía estadounidense de las últimas décadas y, aun así, la síntesis no es exhaustiva.

»We are aggressively global and historical«: Es claro que la preocupación por lo global es el corazón de este libro y que, debido a ello, hubo un ejercicio consciente de tratar de incluir académicos que trabajaran diferentes territorialidades con la idea de »poner sobre la mesa« las diferentes lecturas sobre fenómenos que han sido catalogados bajo la categoría de »formación estatal« y, desde allí, ver como las discusiones teóricas se transforman en los ámbitos contextuales. Lo »global«, en este caso, no busca entenderse en su versión relacional, en tanto fenómeno que se produce y resignifica de diferente manera sobre territorios distintos, sino es una estrategia narrativa que permite construir un escenario de posibilidades analíticas plurales y, en ese sentido, tal apelación a la globalidad es una apuesta interesante. Sin embargo, no deja de molestar la desproporcionalidad a partir de la cual ese escenario de posibilidades analíticas es construido. Al parecer, para los editores la inclusión de sólo un trabajo para todo el continente africano y de un sólo trabajo para la región latinoamericana no levanta un mínimo ápice de inconformidad. Y no estoy hablando de la necesidad de haber incluido trabajos sobre el periodo pre-colombino (como creen los editores que es su punto débil), sino la total falta de inclusión de la profusa historiografía que se ha producido, en las últimas décadas, sobre los procesos modernos de construcción estatal en estos territorios. Esta ausencia debilita profundamente las posibilidades analíticas que el trabajo dice querer construir. La historiografía sobre los procesos de formación estatal en América Latina, para dar sólo un ejemplo, ha venido cuestionando las ideas de »modernidad« y »occidentalidad« que parecen preocupar tanto a los autores y que, sin necesidad de abarcar una cronología y marco geográfico tan amplio (o quizás debido a ello), han logrado hacer lecturas más sofisticadas.

Lo anterior se relaciona con la idea de ser »agresivamente históricos«. Incluir un marco cronológico de cinco milenios no es necesariamente ser más histórico; de hecho, lo que se puede evidenciar en el texto es que el análisis histórico, como tal, se debilita profundamente al deambular a través de periodos tan distantes unos de otros. De allí que, usualmente los capítulos dedicados al Mundo Antiguo parezcan más como un objeto decorativo en función de la conjurada »agresividad

histórica« pero que poco son incluidos en los análisis de la introducción y conclusión a partir de sus propias inquietudes y preguntas disciplinares. Así, lo »agresivamente global« se corresponde más bien con lo »limitadamente histórico«, no porque los trabajos no sean históricos, que lo son, sino porque no logran establecer entre ellos diálogos que permitan complejizar la mirada local, tan propia del estudio de caso.

Estas particularidades del trabajo nos llevan a la crítica de la tercera premisa: »Where typically such projects are confined to the kinds of states that are ›modern‹, ›Western‹ or both, we consider here the full range of state experience over five millennia, and in every major region of the world«. Creo que aquí está el punto más débil del texto, precisamente por todo lo anterior. El escrito, si bien especifica en sus conclusiones que uno de sus grandes hallazgos es confirmar que la emergencia del estado moderno no es una historia solamente europea (hallazgo poco novedoso, por cierto), parte de la idea preconcebida de que es allí donde se origina, se extiende y se resignifica de manera más o menos exitosa, en los diferentes territorios. De allí que la sección de »definiciones« tenga como eje a Europa. Así, aunque se especifique que el estado moderno no es una historia exclusivamente europea, no se pone en duda que su marco teórico deba serlo. La distribución del libro y de las territorialidades que aborda da cuenta de ello. Así, no hay una reflexión mínima sobre lo que significó ser moderno en diferentes territorialidades – que en varias ocasiones no coincidió con los procesos que se estaban dando en Europa – como lo han mostrado algunos trabajos históricos recientes para el caso latinoamericano. La obra, al seguir trabajando sobre la idea de una Europa que »llevó« el estado moderno a otros rincones del planeta en donde adquirió diferentes características, obnubila el proceso relacional mediante el cual las dinámicas económicas, sociales, culturales y políticas – en escalas locales, regionales y globales diversas –, terminaron por definir qué es lo que era un estado moderno, qué significaba ser moderno, quienes eran sus abandonados y los desarrollos que esas dinámicas produjeron dentro de los propios procesos de formación estatal, tanto para los estados europeos – en su diversidad – como para el resto del mundo.

A pesar de estas críticas, considero que este libro es muy valioso para los académicos que estudiamos formaciones estatales en diferentes periodos y desde varias disciplinas. Para los historiadores,

es una herramienta útil para salir fácilmente de la zona de confort y deambular a través de los tiempos, sin la necesidad de construir falsas linealidades. A través de la lectura de los artículos individuales, es fácil encontrarnos con preguntas sugerentes, con nuevos y viejos conceptos, así como con otras formas de interpretación. Para los historiadores del derecho, por su parte, la lectura de esta obra brinda una oportunidad para ver los múltiples lugares en los que el derecho

reside y los métodos que distintas disciplinas tienen para hacerle hablar y comprenderlo. Esta obra es, al fin y al cabo, un ejercicio de diálogo que debe continuarse, sobre todo en estos tiempos de hiper-especialización de los saberes, y que, además, espero se siga nutriendo, ojalá también agresivamente, de nuevos aportes y perspectivas. ■

Georg May

Kanonistik im Spiegel von Kanonisten*

Der Herausgeber will einen Überblick über die Kirchenrechtswissenschaft durch die Schilderung von Leben und Werk ihrer gelehrten Betreiber geben. Die ersten 100 Seiten stellen Personen vor, die keine Kanonisten waren. Man kann schwerlich von Rechtsgelehrten sprechen vor Entstehung der Rechtswissenschaft. So finden sich bei Paulus zwar Texte, die kanonistisch bedeutsam sind, aber ein Kanonist war er nicht. Augustinus war Praktiker des Kirchenrechts, dessen Texte nicht selten als autoritative Stellungnahmen betrachtet wurden (wobei der ihm gewidmete Beitrag ausgiebig zu Papst Franziskus abschweift). Justinian war Gesetzgeber. Isidor von Sevilla war ein emsiger Sammler, aus dessen Werken reiche Belehrung zu schöpfen ist, vor allem für Kirche und Klerus, aber die kanonistische Bearbeitung nahm er selbst nicht vor. Hinkmar von Reims war im Recht seiner Zeit zu Hause, wie vor allem sein Werk über den Ehestreit Lothars II. zeigt. Er war in der Lage, die Synoden, an denen er beteiligt war, zu prägen. Aber systematisch arbeitender Kirchenrechtler war auch er nicht. Die von der pseudoisidorischen Fälschergruppe produzierten Texte brachten keinen wissenschaftlichen Fortschritt. Bei der Darstellung Abaelards überwuchert die Lebensgeschichte das Werk. Mit Gratian betreten wir sicheren Bo-

den. Der instruktive Beitrag von Matthias Pulte über ihn gibt den Fragen über seine Person erheblich mehr Raum als der Darstellung seines Werkes. Stephan von Tournai leitete die notwendige Unterscheidung von Theologie und Kanonistik ein (126–130). Neu in einer Sammlung von Kanonisten ist die Aufnahme des Hugo von Sankt-Viktor in der Darstellung durch Rainer Berndt (131–141). Wohltuend berührt die gerechte Würdigung von Bonifaz VIII. durch Stefan Ihli (142–153). Von Johannes Teutonicus, bearbeitet von Thomas Zotz (160–165), hätte man gern mehr erfahren. Daniela Müller ist um sachliche Darstellung des Bernard Gui bemüht (166–176). Was Martin Luther in einer Sammlung von Kanonistenporträts zu suchen hat (182–192), ist nicht ohne Weiteres einsichtig. Er hat bekanntlich das kirchliche Recht in Frage gestellt. Der Autor, Heinz-Meinolf Stamm OFM, bestreitet seinen Beitrag hauptsächlich aus langen Zitaten anderer Gelehrter. Robert Bellarmín (203–214) ist doch wohl vorwiegend als Kontroverstheologe zu würdigen, daneben als Vertreter des *ius publicum ecclesiasticum*.

Mit Ferdinand Walter ist der Herausgeber im 19. Jahrhundert angekommen. Die stete Lernbereitschaft dieses Bonner Kanonisten wird zutreffend gewürdigt (215–219). Ansgar Hense entreißt

* PHILIPP THULL (Hg.), 60 Porträts aus dem Kirchenrecht. Leben und Werk bedeutender Kanonisten, Sankt Ottilien: EOS-Verlag 2017, 664 S., ISBN 978-3-8306-7824-3

mit vollem Recht Valentin Philipp Anton Schmidt der Vergessenheit (220–232). Außerordentlich instruktiv ist die Würdigung Georg Friedrich Puchtas durch Sebastian Schermaul (233–244), vor allem für die Frage des Gewohnheitsrechts. Der Herausgeber des Bandes, Philipp Thull, hat den (ursprünglich britischen) Kanonisten Georg(e) Phillips bearbeitet (245–254), leider allzu knapp. Manche seiner Gedanken nahmen spätere Entwicklungen in Kirche und Kirchenrecht vorweg. Augustin Theiner hat umfangreiche Werke vorzuweisen, die aber wegen der Flüchtigkeit, mit der sie geschrieben sind, nicht durchweg zuverlässig sind (255–265). Aemilius Ludwig Richter (266–272) ist dem evangelischen Kirchenrecht zuzurechnen. Er wirkte durch sein Lehrbuch und seine Schüler. Otto Georg Alexander Meyers Schrifttum ist durch seinen permanenten Antiklerikalismus geprägt (273–285). Friedrich Maassens Name hat in der Rechtsgeschichte einen guten Klang (286–294). Alle seine Veröffentlichungen waren förderlich. Sein Plan, eine Quellen- und Literaturgeschichte des kanonischen Rechts bis zum Ausgang des Mittelalters zu schaffen, gedieh nur bis zum ersten Band. Umso nachhaltiger wirkte er durch seine zahlreichen Schüler. Angela Berlis (im Verzeichnis der Autorinnen und Autoren vergessen) stellt Johann Friedrich von Schulte vor (295–303). Mit schier unerschöpflicher Arbeitskraft ausgestattet, war er als Gelehrter und Organisator unermüdlich tätig. Seit seinem Übergang zum Altkatholizismus wandelte sich der frühere Streiter für den Katholizismus in dessen heftigen Gegner. Dass er die Unmöglichkeit der vatikanischen Dogmen nachgewiesen habe (301), wird man nicht sagen können; er hat sie erbittert bekämpft. Die Kritik Kalbs an der Arbeitsweise Johann Friedrich von Schultes (128) ist berechtigt. Andreas Weiß setzt dem fast vergessenen Philipp Urban Hergenröther ein bescheidenes literarisches Denkmal (304–312). Dieser hat gediegene Veröffentlichungen aufzuweisen. Als Seelsorger und Gesellenvater zeigte er die erwünschte und fruchtbare Verbindung von Wissenschaft und priesterlicher Betätigung auf. Die Werke Emil Albert Friedbergs sind teilweise noch heute unentbehrlich (313–320). Als kämpferischer Autor gegen die katholische Kirche vermochte er deren Wesen nicht gerecht zu werden. Friedrich Thaners Bedeutung liegt vornehmlich in seinen Quelleneditionen (323–326). Martin Honecker wird Rudolph Sohm gerecht (327–340). Er stellt besonders seine Wen-

dungen und Wandlungen dar. Adolf von Harnack hat Sohms Hauptthese energisch zurückgewiesen. Honecker bespricht dann die verschiedenen Neuansätze im Recht des Protestantismus. Das Werk »Ius Decretalium« des am längsten in Rom lehrenden Franz Xaver Wernz wurde häufig als getreue (und maßgebende) Wiedergabe der Lehre des Apostolischen Stuhls angesehen (341–350). Rudolf von Scherer zeichnete sich durch hervorragende Quellenkenntnis, Einblick in die historische Entwicklung und sichere Methodik aus. Sein zweibändiges Handbuch des Kirchenrechts zeigt ihn als Rechtspositivisten. Der Wert des Werkes steckt hauptsächlich in den Anmerkungen (351–359). Die Bedeutung Pietro Gasparris als Kanonist wird von Alfred E. Hierold gerecht gewürdigt (360–364), leider allzu kurz. Klaus Zeller hat eine verständnisvolle Darstellung Joseph Hollwecks verfasst (365–375). Er war einer der vielen, die wegen ihrer Gesinnung nicht in die Position einrückten, die sie verdient hätten. Seine Ausführungen zur Zivilehe sind von bleibender Gültigkeit. Die Voten für die Kodifikation von 1917, die er vorlegte, waren von Einfluss auf den CIC/1917. Zeller gehört zu den wenigen Autoren des Bandes, die handschriftliche Quellen herangezogen haben. Sarah Marie Röck hat sich Johann Baptist Sägmüller vorgenommen (376–387). Sie hat die Schwierigkeiten erkannt, die sich einem Katholiken entgegenstellten, der eine universitäre Laufbahn anstrebte. Ihre Charakterisierung Sägmüllers ist gelungen. Er war ein Gelehrter, der kompetent auf verschiedenen Gebieten der Wissenschaft gearbeitet und Bleibendes geschaffen hat. Er hielt das Betreiben von Kirchenrecht ohne Berücksichtigung der Rechtsgeschichte für unzureichend. Christian Waldhoff würdigt Ulrich Stutz richtig als Forscher, akademischen Lehrer und Wissenschaftsorganisator (388–401). In der »Eigenkirche« fand er, der für das »germanische« Kirchenrecht Begeisterte, seinen vorzüglichen Gegenstand. Über 40 Jahre redigierte er die »Savigny-Zeitschrift für Rechtsgeschichte«. Er sah in der Kirchenrechtsgeschichte eine eigenständige Disziplin. Durch seine zahlreichen Schüler wirkte er weit in die akademische Landschaft hinein. Eduard Eichmann hat seine Darstellung durch Stephan Haering gewonnen (402–412). Er war sowohl in der Rechtsgeschichte als auch in der Rechtsdogmatik zu Hause. Sein Lehrbuch des kodikarischen Kirchenrechts nahm rasch die erste Stelle im einschlägigen deutschsprachigen Schrifttum ein. In immer neu-

en Auflagen mit stets neuen Autoren existiert das Werk noch heute. Wenigen Kanonisten war ein so langes Leben und Wirken beschieden wie Nikolaus Hilling (413–423). Er verband seine unermüdliche wissenschaftliche Tätigkeit mit tiefer priesterlicher Frömmigkeit. Die kirchliche Rechtsgeschichte war ein Schwerpunkt seines Schaffens. Besonders anerkennenswert sind seine archivalischen Forschungen und die sich daraus ergebenden Studien. Seine Quellensammlungen waren seinerzeit unentbehrlich für Übungen und Seminare. 47 Jahre lang war er Schriftleiter des »Archivs für katholisches Kirchenrecht«, das er mit zahlreichen Beiträgen aus seiner Feder bedachte. Rudolf Smend (424–433) wanderte über mehrere Stationen nach Göttingen. Der bekennende Protestant, Gründer der »Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht«, hat sich zunächst dem Staatsrecht, namentlich dem Verfassungsrecht zugewandt, wobei seine Integrationslehre besondere Aufmerksamkeit erfuhr. Nach 1945 galt sein Interesse verstärkt dem evangelischen Kirchenrecht sowie den interkonfessionellen Aktivitäten. Den Weimarer Kirchenartikeln wies er unter dem Bonner Grundgesetz ein verändertes Verständnis zu. Eine Zeit lang folgten Gerichte der Bundesrepublik seinen Gedanken. Der Kapuziner Heribert Jones (434–443) war anfangs – und blieb es lebenslang – ein praxisorientierter Seelsorger. Er war Moraltheologe und Kanonist in einem. Sein Handbuch der Moraltheologie wurde dank der kasuistischen Ausrichtung zu einem der am meisten verwendeten Bücher des Seelsorgers. Jones Kommentar zum CIC lieferte eine fortlaufende Erklärung der einzelnen Canones. Nicht vergessen werden sollte seine kleinformatige »Katholische Moraltheologie«, deren 18. Auflage wohl 1961 herauskam. Jones Veröffentlichungen haben zum Teil harsche Kritik erfahren, meines Erachtens zu Unrecht. Sein Ziel, dem unschlüssigen und ratsuchenden Praktiker zu Hilfe zu kommen, hat er mit ihnen erreicht. Renate Penßel schildert Hans Liermanns Bemühungen um eine Theorie des evangelischen Kirchenrechts (444–455). Er vertrat die Berechtigung eines eigenständigen Rechts der evangelischen Kirchen. In der Bibel und in den Bekenntnisschriften wollte er Richtungsnormen dieses Rechts finden. Peter Krämer befasst sich mit Joseph Klein (456–463). Dieser nahm den Weg vom katholischen Priester zum Protestanten, was folgerichtig war, weil er sich schon lange vor seinem Übertritt protestantische Ansichten zu eigen gemacht hatte. Krämer zeigt

Verständnis für die Position Kleins; sein Anliegen sei durchaus berechtigt. Peter Krämer hat auch den Artikel über Hans Barion verfasst (464–471). Dieser »korrekte Kanonist« war einer der wenigen, die das vom Zweiten Vatikanischen Konzil heraufbeschworene Verhängnis für die katholische Kirche frühzeitig erkannt haben. Barions Sicht wird durch den inneren und äußeren Zusammenbruch der Kirche dramatisch bestätigt. Seine hohe Geistigkeit, sein Scharfsinn und sein schriftstellerischer Mut werden in dem Beitrag Krämers nicht gebührend gewürdigt. Carl Joseph Hering (472–483) wird von Manfred Baldus verständnisvoll als Rechtsphilosoph und Grundlagenforscher erkannt. Er ist der Jurist bzw. Kanonist der *aequitas* geworden. Wenn Baldus hier eine Brücke zu den sakraments theologischen Vorstellungen des Papstes Franziskus sieht (478), vermag ich ihm nicht zu folgen.

Wilhelm Bertrams (484–493) lehrte in Rom Philosophie und Theologie des Rechts. Dementsprechend kreisten seine schriftstellerischen Erzeugnisse vorwiegend um die Grundlegung des Kirchenrechts, namentlich um die *sacra potestas*. Sein Verständnis der vielgerühmten Kollegialität fiel erfreulich ernüchternd aus. Bertrams hatte den Vorzug, dass seine Lern- und Lehrjahre zum großen Teil in eine Zeit fielen, in der an der Spitze der Kirche Hirten von beispielhafter Klarheit und Entschiedenheit standen. Die Entwicklung des Kirchenrechts und der Kirchenrechtswissenschaft ist über ihn hinweggegangen. Andreas Kowatsch, dessen Name im Register der Autorinnen und Autoren fehlt, stellt den österreichischen Kanonisten Willibald Maria Plöchl vor (494–504). Dieser legte eine fünfbandige Geschichte des Kirchenrechts vor. Das Werk war vorbereitet durch mehrere rechtshistorische Arbeiten. Von Anfang seiner wissenschaftlichen Bestrebungen an hatte er ein Augenmerk auf das Kirchenrecht der Ostkirchen. Aus seiner historischen Kenntnis rührt seine Abneigung gegen die vom Zweiten Vatikanischen Konzil eingeleiteten »Reformen« in der Kirche einschließlich des Kirchenrechts her. Hans Adolf Dombois (505–514) war stets ein Mann der (evangelischen) Kirche und in deren Raum und Rahmen juristisch tätig. Das »Gnadenrecht« bezieht sich auf die Beziehung des Menschen zu Gott, das »Gerechtigkeitsrecht« auf den zwischenmenschlichen Bereich. Sein »Recht der Gnade« wurde wohl mehr bewundert als gelesen. Das Werk versucht, das Kirchenrecht vom Gottesdienst her auf-

zubauen. Dombois verknüpft rechtliches mit theologischem Denken. In der Periodisierung des Kirchenrechts folgt er Rudolph Sohm. Mission, Taufe, Abendmahl und Schlüsselübertragung drängen zu kirchenrechtlicher Formierung. Seine Vision eines ökumenischen Kirchenrechts scheitert an dem Wahrheitsanspruch der »Kirchen«. Severin J. Lederhilger ist Dombois gerecht geworden. Arturo Cattaneo stellt Person und Werk Klaus Mörsdorfs vor (515–525). Dessen dreibändiges Lehrbuch des Kirchenrechts kann durchaus als führend bezeichnet werden. Mörsdorfs besonderes Anliegen war die Herausarbeitung des theologischen Charakters der Kanonistik und das Insistieren auf deren ekklesiologischem Bezug. Seine Definition der Kanonistik als einer theologischen Disziplin mit juristischer Methode ist berühmt geworden. Daneben trat er unermüdlich für die Einheit der *sacra potestas* ein, was wiederholt ein heißes Ringen einschloss. An der Reform des CIC war er von Anfang an beteiligt. Sabrina Meckel-Pfannkuche würdigt die kanonistischen Leistungen von Papst Johannes Paul II. (526–535). Wojtyła war kein Kanonist, sondern Moraltheologe. Aber in seinem langen Pontifikat war er in hervorragender Weise kirchenrechtlich tätig. Er promulierte die beiden Gesetzbücher für die katholische Kirche und erließ eine Konstitution über die römische Kurie. Für ihn waren die zwei Codices die Umsetzung der konziliaren Texte in das Recht. Später folgten die Apostolische Konstitution über die Vakanz des Apostolischen Stuhles und die Papstwahl sowie das neue Grundgesetz des Vatikanstaates. Die krisenhaften Erscheinungen der Kirche häuften sich während der Amtszeit des Papstes aus Polen. Sein sich verschlechternder Gesundheitszustand gestattete kein der Situation angemessenes Vorgehen, auch wenn sich Ansätze dazu zeigten, wie in dem Gesetz zur Behandlung gewisser Straftaten durch klerikale Personen. Matthäus Kaiser (536–545) trat nach Wilhelm Rees in die von seinem Lehrer Mörsdorf gewiesenen Bahnen ein. Das Recht der Ämter und Sakramente, namentlich der Ehe, beschäftigte ihn wiederholt, wobei er mitunter Lösungen vertrat, die von der herkömmlichen Rechtslage beträchtlich abwichen. Zum Sakramentenempfang von Personen, die nach der Scheidung wiederverheiratet sind, trug Kaiser Ansichten vor, die heute verbreitet sind. Für die Besetzung der Bischofsstühle entwickelte er ein Modell mit breiter Beteiligung des »Volkes Gottes«. Kaiser war häufig mit organisatorischen Fragen befasst und diente oft als Gut-

achter. Der Fachmann für orientalisches Kirchenrecht Ivan Žužek wird von Helmuth Pree vorgestellt (546–554). Er war an der Kodifikation des orientalischen Kirchenrechts (18 Jahre lang) beteiligt, und zwar an führender Stelle. Žužek war ein profunder Kenner der Quellen und der Geschichte des orientalischen Kirchenrechts. Seine Veröffentlichungen kreisen um zahlreiche Gegenstände, vor allem um die Ekklesiologie. Seine Lehrtätigkeit, seine Arbeit als Gutachter und sein organisatorisches Werk sind Zeugen seiner übergroßen Beanspruchung. Thomas Meckel zeichnet Lebensgang und Werk des langjährigen Würzburger Kanonisten Rudolf Weigand nach (555–566). Schon seine Dissertation über die Entwicklung der bedingten Eheschließung war eine großartige Leistung. Die Habilitationsschrift über die Naturrechtslehre der Dekretisten und Legisten zeigt, dass er in der Rechtsgeschichte das Thema seines Lebens gefunden hatte. In den folgenden Jahren galt seine unermüdliche Arbeitskraft den Glossen zum Dekret Gratians. Weitere Gegenstände seiner Forschungstätigkeit waren das Eherecht und das Prozessrecht. Editionen zu der Summe des Magisters Honorius und der Summa Lipsiensis schlossen sich an. Weigand bereicherte auch das geltende Recht mit zahlreichen Publikationen. Seine rechtsgeschichtlichen Forschungen dienten nicht zuletzt dem Verstehen des zeitgenössischen Rechts.

Wilhelm Rees stellt seinen Lehrer Joseph Listl vor (567–576). Er fällt in gewisser Hinsicht aus der Reihe, weil er jeweils an einer juristischen Fakultät promovierte und sich habilitierte. Diesem Werdegang entsprechen seine Publikationen. Das Verhältnis von Staat und Kirche war der lebenslange Hauptgegenstand seines wissenschaftlichen Strebens. Niemals vor ihm ist die Rechtsprechung zum Grundrecht der Religionsfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland so umfassend untersucht worden. Unerschüttert von zeitgenössischen Strömungen hielt er am *ius publicum ecclesiasticum* fest. In dem zweibändigen »Handbuch des Staatskirchenrechts«, das zwei Auflagen erlebte, wurde praktisch jede Seite dieser Materie von einem kompetenten Autor behandelt. Die Textausgabe der Konkordate und Kirchenverträge schuf ein wichtiges Instrument für die Praxis. Im »Grundriß des nachkonziliaren Kirchenrechts« und im »Handbuch des katholischen Kirchenrechts« war er einer der drei Herausgeber. Listl war unermüdlicher Wissenschaftsorganisator. Viele Jahre war er Direktor des (kirchlichen) Instituts für Staatskir-

chenrecht der Diözesen Deutschlands in Bonn. Er hat sich im Dienst an der Wissenschaft verzehrt. Ludger Müller erinnert an den schlesischen bzw. polnischen Kanonisten Remigius Sobański (577–587). Seine Forschungen galten in erster Linie der Grundlegung des Kirchenrechts. Er schreibt Glaube, Hoffnung und Liebe neben dem religiösen einen rechtlichen Charakter zu. So wird ihm das Kirchenrecht zum Recht des Glaubens und der Liebe. »Die christliche Rechtsordnung ist eine Glaubens- und Liebesordnung.« »Die christliche Moral wird zum Gegenstand der kanonischen Norm.« Gegen diese Ansicht erhebt Müller schwerwiegende Bedenken. Sobański sucht den Zusammenhang von Glauben und Recht zu zeigen. Ihm zufolge erfassen die Gesetze den »gelebten Glauben«. Grundlage des Rechts der Kirche sei die Situation der Gläubigen in der Kirche; das göttliche Recht sei wahres und ursprüngliches Recht. Libero Gerosa würdigt aus der geistigen Nähe den Kanonisten (und späteren Bischof von Lugano) Eugenio Corecco (588–598). In der relativ kurzen Zeit seiner akademischen Lehrtätigkeit hat er durch Veröffentlichungen und weitgebreitete organisatorische Arbeit eine reiche Ernte eingebracht. Er sah im kirchlichen Gesetz eine Weisung des Glaubens, *ordinatio fidei*. Dies bedeutet keine Absage an die *ratio*, vielmehr deren Verbringung an die richtige Stelle. Den Begriff der *sacra potestas* verband er mit dem der *communio*. Aus dem Grad der kirchlichen *communio* ergibt sich die Reichweite der *sacra potestas*. Corecco, der in seiner Frühzeit gewagte Thesen vertreten hatte, wuchs im Laufe seines Lebens und zumal durch seine Verantwortung als Oberhirte einer Diözese immer mehr zu einem besorgten Wächter der Glaubenshinterlage heran, was man leider bei Gerosa nicht liest. Carl Gerold Fürst (599–608) ist vor allem durch seine Arbeiten zum Recht der Ostkirchen bekannt geworden. Als Konsultor der Kommission für die Neuordnung des orientalischen Kirchenrechts nahm er Einfluss auf dieses Werk der Gesetzgebung. Vielen kirchlichen und wissenschaftlichen Gremien lieh er seine Arbeitskraft und seine Kompetenz. Als Anwalt war er an zahlreichen Kirchengerichten approbiert. Klaus Zeller zeichnet ein treffendes Bild des renommierten Kanonisten Hubert Müller (607–618). Dieser war in Kanonistik und kirchlicher Rechtsgeschichte gründlich vorbereitet, als er 1977 Professor in Eichstätt wurde. 1980 wechselte er nach Bonn. Rufe nach Tübingen und Münster lehnte er ab. Seine For-

schaftungen hatten einen weiten Rahmen. Sie kreisten um das kirchliche Verfassungsrecht, Vereinsrecht und Sakramentenrecht. Ein besonderes Anliegen war ihm die Beteiligung von Laien bei der Auswahl der Bischofskandidaten und bei der Wahl selbst. Die Unzuträglichkeiten derselben, die aus der Vergangenheit bekannt sind, haben ihn offensichtlich nicht beeindruckt. Bei seinen Anregungen und Vorschlägen scheint ihm der Blick auf die Wirklichkeit gelegentlich gefehlt zu haben. Müller war einer der Herausgeber des »Grundrisses« und des »Handbuches« des nachkonziliaren Kirchenrechts. Er war international vorzüglich vernetzt. Winfried Schulz erfährt eine gerechte Würdigung durch Elmar Güthoff (619–624). Der hochbegabte und polyglotte Priester hatte eine besonders gründliche und weitgebreitete Ausbildung auf verschiedenen Ebenen genossen. An Kenntnis des Vatikanischen Kirchenrechts kam ihm in Deutschland niemand gleich. Von ihm stammt die zweibändige Sammlung der Gesetze des Vatikanstaates. Er war Advokat der römischen Kurie und Richter beim Appellationsgerichtshof des Vatikanstaates. In zwei Seligsprechungsverfahren war er Postulator. Nur mit harter Disziplin und großer Arbeitskraft konnte er seine vielfältigen Aufgaben erfüllen. Schulz war ein Meister der Rhetorik und der Didaktik. Er genoss international hohes Ansehen. Der Band schließt mit einer Darstellung von Leben und Werk Ilona Riedel-Spangenbergers durch ihren Schüler Heribert Hallermann (625–635). Ihr wissenschaftliches Schaffen stand unter dem Leitbegriff der Sendung. Die Begründung des Kirchenrechts fand sie darin, ebenso die Weiterungen im Leben und Wirken der Kirche. Begabte Schüler führen ihren Ansatz weiter. Mit Begeisterung nahm sie Begriff und Sache der *communio* auf. Zahlreiche Veröffentlichungen galten dem Verhältnis von Staat und Kirche. Frau Riedel-Spangenberg besaß eine glückliche Hand bei der Erstellung von Gemeinschaftsprojekten. Es sei an das dreibändige »Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht« erinnert. Ihr ist auch die Reihe »Kirchen- und Staatskirchenrecht« zu verdanken. Sie war außerordentlich kommunikativ. An mehreren Gesellschaften und Verbänden war sie beteiligt. Mit Vorträgen und Gutachten erreichte sie einen weiten Kreis und repräsentative Personen. Zeit lebens betrieb sie mit großem Engagement ökumenische Aktivitäten.

Zum gesamten Werk sind vielleicht folgende Bemerkungen angebracht. Nach der Einleitung

will der Herausgeber einen Beitrag zur Kenntnis der Kirchenrechtsgeschichte bieten (9), korrigiert sich aber bald selbst, indem er auf die gesamte Kirchenrechtswissenschaft abstellt (10). Wie der Untertitel ausweist, ist dem Herausgeber an Leben, Werk und Wirken der vorgestellten Personen gelegen. Damit hat er sich angesichts der hohen Zahl der Porträts zu viel vorgenommen. Die häufig ausgiebig dargestellte Lebensgeschichte verknüpft den Raum für die Beschreibung der kanonistischen Tätigkeit. Die Beschränkung auf das 18. und 19. Jahrhundert wäre dem Buch besser bekommen. Ohnehin sind zwei Drittel Kanonisten seit dem 19. Jahrhundert gewidmet. Die Abhandlungen beruhen regelmäßig auf der Benutzung der vorhandenen Veröffentlichungen. Davon unabhängige Forschungen sind die Ausnahme. Der kritische Sinn ist bei manchen der in dem Buch versammelten Autoren wenig ausgebildet. So geraten ihre Beiträge zu Panegyriken. Man wird nicht sagen können, dass das Buch einen nennenswerten

Erkenntnisfortschritt bringt. Die Auswahl der vorgestellten Personen hätte auch anders getroffen werden können. Mancher wird den Namen Heinrich Flatten vermissen. Die schlesischen Gelehrten Hugo Laemmer, Franz Triebs und Franz Gescher hätten gewiss ein Gedenken verdient. Die Reihe der vorgestellten Dekretisten und Dekretalisten ist schmal geraten. Dass Namen wie Sicard von Cremona und Huguccio, beispielhaft genannt, fehlen, ist bedauerlich. Das Buch ist interkonfessionell angelegt, erfasst also katholische und evangelische Autoren und gelegentlich einen orthodoxen Autor. Ausländische Kanonisten werden nicht ausgespart. Aus den Viten, die in dem Buch dargestellt sind, ist zu ersehen, dass der Kanonist gut beraten ist, der sich neben der Theologie in der Geschichts- und in der Rechtswissenschaft kundig gemacht hat. Auf Seite 527 muss es Max Scheler (statt Seckler) heißen.



Elisabetta Fiocchi Malaspina

Forme di proprietà nel tempo e nello spazio*

Georgy Kantor, Tom Lambert e Hannah Skoda sono i curatori di un volume originale, interdisciplinare e complesso che coinvolge storici, antropologi, storici del diritto e del pensiero politico per interrogarsi sulla proprietà e sul possesso, nonché sulla loro interazione in un determinato contesto temporale, culturale, geografico e politico.

Il concetto di legalismo in relazione a diverse discipline umanistiche, sociali e anche categorie concettuali è il protagonista dell'*Oxford Legalism Seminar* presso il St. John's College Research Center e dei diversi risultati delle ricerche che dal 2012 sono state pubblicate: basti solo pensare ai volumi *Legalism: Anthropology and History* (2012), *Legalism: Community and Justice* (2014); *Legalism: Rules and Categories* (2015).

Anche *Legalism: Property and Ownership* è il frutto dell'omonimo seminario organizzato nel 2016. Il dialogo interdisciplinare, che contraddistingue l'opera, consente di riflettere su come e in quali termini si possa definire la proprietà, le sue caratteristiche e le sue declinazioni: i diritti riguardanti la proprietà, i regimi di proprietà e anche i rapporti patrimoniali, attraverso la dicotomia tra essere proprietario e possedere.

La scelta dei temi trattati permette di comprendere e cristallizzare, nei suoi diversi momenti, il ruolo rivestito dalla proprietà e dal possesso: dalle province dell'Antica Roma, alle società medievali celtiche, alla Dubrovnik medievale, sino ad arrivare al tema del mare ed ai più recenti episodi di pirateria al largo delle coste somale.

* GEORGY KANTOR, TOM LAMBERT, HANNAH SKODA (eds.), *Legalism: Property and Ownership*, Oxford: Oxford University Press 2017, 320 p., ISBN 978-0-19-881341-5

Gli interrogativi che vengono analizzati dai diversi autori riguardano specialmente le modalità con le quali la proprietà o i diritti di proprietà si siano intrecciati con le strutture sociali, etiche e anche economiche di un particolare contesto geografico e temporale o una determinata realtà sociale. I singoli contributi, da prospettive diverse, analizzano l'estensione e i limiti degli strumenti, delle teorie e della tradizione filosofica occidentale, per interpretare e spiegare la proprietà in società completamente diverse. Ciò comporta un'osservazione del rapporto che il legalismo instaura tra la proprietà individuale e gli interessi della comunità, ma anche delle modalità con le quali il legalismo contribuisca a risolvere problematiche che sorgono in caso di conflitti sulla proprietà stessa.

Le risposte che forniscono gli autori hanno come comune denominatore una ricerca precisa e puntuale basata sulla rilevanza logica e strutturale con la quale le norme sono state create, nonché sull'elaborazione di categorie riguardanti la proprietà: »Legalism, in its appeal to generalizing concepts and categories, its ability to convey meaning, its moral force, permits the expression of complex wranglings about what make property and ownership meaningful, justifiable, and sustainable« (26).

Con Georgy Kantor la disamina ha come oggetto il concetto di proprietà nelle province durante il periodo dell'Alto Impero Romano tra il 30 a.C. e il 284 d.C., in relazione alle nozioni di cittadinanza, comunità, autorità e governo imperiale. L'autore evidenzia come il concetto di *dominium*, che ha rivestito un'importanza centrale per la formazione del concetto di proprietà all'interno della storia del diritto europeo, non avesse la stessa rilevanza e lo stesso contenuto nelle province romane. Kantor osserva criticamente quanto la distinzione fosse spesso determinata dall'imposizione dell'autorità romana imperiale, dai diversi modi di concepire la misurazione della terra tra il suolo italico e le province, nonché dall'incidenza dei fattori politici e sociali, dello stato civile e delle condizioni del territorio stesso.

I termini proprietà e possesso, nel corso della storia, assumono un particolare significato quando associati alla schiavitù. A tal proposito, Hannah Skoda illustra la repubblica di Dubrovnik, Ragusa, nel XV secolo e come, all'interno di essa la posizione degli schiavi venisse regolarizzata attraverso statuti e contratti, nonostante la schiavitù fosse stata ufficialmente abolita nel 1416. Il concetto di

persona intesa come proprietà è studiata attraverso documenti archivistici dai quali emergono veri e propri contratti di schiavitù, evidenziando le modalità con le quali avveniva la manomissione. Ciò con l'obiettivo di dimostrare quanto la schiavitù nella Dubrovnik medievale »was driven by moral, economic, and diplomatic prerogatives. All these layers of discourse had continually to deal with the contradictions and tensions produced by a clash of natural and positive law. In order to become property, slaves had to be conceived of both as people and as things« (259).

Il contributo di Matthew Erie si sviluppa invece intorno alla Cina del XX e XXI secolo esaminando come caso di studio i conflitti riguardanti la proprietà dal punto di vista antropologico. Il legalismo riguardo alla proprietà viene articolato in relazione al rapporto tra lo Stato e diverse realtà sociali, religiose e familiari, per chiarire quanto gli attori sociali siano determinanti, ancor più dell'autorità statale, nella creazione e interpretazione di una proprietà che sopravviva anche oltre il concetto di proprietà stesso. Tra gli esempi affrontati, significativo è il caso della comunità cinese degli Hui, per la quale la concezione di proprietà si basa su precise regole familiari e religiose che individuano la legge come qualcosa di immutabile.

Il fattore religioso e il suo ruolo nel definire e regolare, ma anche criticamente limitare, la proprietà sono al centro del saggio di Walter Rech, che prende in esame una rilevante corrente del pensiero politico islamico del XX secolo concentrandosi sulle teorie di Sayyid Qutb, di Hasan al-Banna e di Abd al-Razzaq al-Sanhuri. La proprietà è ricondotta non tanto alle categorie dell'assolutezza ed esclusività, ma come concetto delimitato da obblighi sociali di natura religiosa e subordinato all'interesse pubblico. Soffermandosi sulla relazione intercorrente tra proprietà privata e la giustizia sociale, emerge quanto quest'ultima abbia influito sulle scelte della finanza islamica e sui suoi effetti nella società contemporanea.

La religione e in particolare la relazione tra religione e giustizia è il principale tema di Judith Scheele, la quale prende in considerazione Abéché, situata nel Ciad orientale e la documentazione processuale del tribunale islamico (*shari'ah court*). La presenza continua e costante di fattori sociali, basati su relazioni familiari, caratterizzano e determinano la proprietà. Essa diventa un concetto spesso difficilmente definibile, soggetto ad essere identificato attraverso i beni stessi e l'opinione

pubblica. La tensione tra diritto islamico e diritto consuetudinario permette di comprendere le molteplici sfaccettature che la proprietà assume ad Abéché: essa diviene sia diritto individuale, sia una situazione temporanea di possesso di un determinato bene, destinato ad essere trasferito.

I cosiddetti, »jurisdictional rights« vengono approfonditi da Tom Lambert, il quale si concentra sulla portata di questi diritti non solo per l'aspetto reddituale, ma anche per la funzione legale da essi esercitata in Inghilterra tra il 900 e il 1100. In questi anni, infatti, parallelamente ai grandi cambiamenti economici, amministrativi e giuridici, i diritti giurisdizionali emergevano come una forma di proprietà, radicandosi nella società fino a coinvolgere anche la feudalizzazione e la sua portata sociale e giuridica.

In questo processo di feudalizzazione nasceva »a property regime governing the performance of legal functions emerging not as a result of governmental weakness or the short-sighted generosity of kings, but in response to the aggressive extension and intensification of royal legal exactions« (147).

L'indagine di Thomas Charles-Edwards si snoda sulla proprietà e sul possesso nelle società celtiche medievali, nonché su come venivano trattate all'interno dei manuali giuridici utilizzati nell'Irlanda del VI e VIII secolo e nel Galles medievale (Welsch) del XII e XIII secolo. Vengono evidenziate analogie e differenze tra le due tradizioni giuridiche, evidenziando come nella società irlandese e gallese del tempo emergessero situazioni divergenti, dettate dalle diverse esigenze legate all'applicazione pratica nelle aree del diritto. Gli istituti analizzati sono in particolare legati al concetto di *clientship*, tipico dell'esperienza irlandese contrapposto a quello di *priondolder* caratteristico del Welsch, sino a comprendere le situazioni legate alla rivendicazione dei diritti sulla terra, ai beni immobili e mobili, al pegno e ad alcuni diritti, che possono rientrare nelle servitù, che scaturivano dall'uso e dalla proprietà dei mulini ad acqua.

L'acqua e soprattutto l'oceano sono i protagonisti del saggio di Jatin Dua, che affronta il tema della pirateria prendendo in esame gli attacchi pirateschi avvenuti al largo delle coste somale tra il 2007 e il 2012. Si calcola infatti che in quegli anni siano state prese in ostaggio centocinquanta navi e circa tremila membri del personale di equipaggio.

Dua inizia investigando la pirateria come problema di ordine pubblico e internazionale, per poi sempre più evidenziare quanto tale fenomeno sia dettato dalla trasformazione dei pescatori in pirati, dalla relazione tra mare/oceano e risorse ittiche che si riflette in quella tra la terra e le risorse pastorali: »Maritime piracy [...] is a story of land and sea, of the ocean as a space of profit and property and the scalar temporal movement from collecting ambergris to hijacking ships« (201).

La relazione tra le risorse ittiche e l'acqua è presente anche nel contributo di William Wheeler, la cui indagine si sposta sul lago di Aral in particolare sulle coste del Kazakistan.

Il lago, come noto, subì una drastica riduzione nel corso del Novecento, quando per favorire l'industria di cotone il governo sovietico costruì una rete di canali, deviando l'acqua dei due fiumi che alimentavano il lago. Il disastro ambientale ebbe notevoli ripercussioni sulla fauna ittica, sul commercio e sulla popolazione Uzbeka e Kazaka, che dovette rivedere la propria relazione con il territorio e il lago. In questo senso l'autore sottolinea come la costruzione del concetto di proprietà sia in continuo mutamento, intimamente legato al contesto geografico e sociale e, in questo caso, alla materialità e alla fruibilità delle risorse come il pesce.

Il dibattito sulla proprietà è caratterizzato da una pluralità di fattori che interagiscono l'uno con l'altro definendo e contraddistinguendo il concetto di legalismo a seconda del periodo temporale e spaziale considerato: l'etica, la politica e l'economia contribuiscono a determinare forma e autorità del legalismo rilevandone la sua specifica funzione all'interno di un ordinamento. Dinanzi alla difficoltà e anche al limite di poter definire in modo uniforme e omogeneo la proprietà, il legalismo rappresenta la modalità con cui essa riesce a interfacciarsi nei diversi contesti sociali, caratterizzandola e determinandola. Gli autori del volume riescono in questo senso efficacemente a fotografare ed esporre le tensioni e il discorso giuridico intorno alla proprietà e i modi attraverso cui il legalismo ha operato nel tempo e nello spazio per conferirne forma e struttura.



Daniel S. Allemann

Eine Genealogie spanischen Rechtsdenkens*

Der vorliegende Sammelband porträtiert zwanzig prägende spanische Rechtsdenker*innen von Isidor von Sevilla, dem »transmitter of Roman legal ideas to the Middle Ages« (5), bis ins 20. Jahrhundert. Die Herausgeber betonen, dass der titelgebend Terminus *jurists* breit gefasst ist und neben Zivil- und Kirchenrechtlern auch »theologians, philosophers, and political leaders« (1) mit einschließt. Dieselbe Interdisziplinarität zeichnet auch die Autor*innen der Beiträge und somit den Charakter der Publikation als Ganzes aus. Während rechtshistorische und philosophische Perspektiven in der Mehrheit sind, entzieht sich der Schaffenshorizont der meisten hier versammelten Forschenden einer rigiden disziplinären Einordnung.

Das Handbuch ist Teil der *Law and Christianity* Reihe von Cambridge University Press, die seit 2015 »deep Christian reflection by leading scholars on the fundamentals of law and politics« (ii) publiziert. Diese dezidiert theologische Motivation zeichnet auch *Great Christian Jurists in Spanish History* aus. Wie Rafael Domingo und Javier Martínez-Torrón in ihrer Einleitung erklären, sollen unter dem Stichwort der großen christlichen Juristen die »enduring interactions between Christianity and law« (1) in verschiedenen nationalen Traditionen nachgezeichnet werden. Der vorliegende Beitrag zum spanischen Kontext ist somit in eine Reihe von Studien eingebettet und versteht sich als Baustein eines Gesamtprojekts.¹ Wie sich dieses mehrschichtige narrative Grundgerüst auf die historische Einschätzung der spanisch-christlichen Rechtsgeschichte auswirkt, wird am Ende der Rezension kurz aufgegriffen. Soviel sei allerdings bereits vorweggenommen: In den einzelnen Beiträgen kommt dieser Impetus nur begrenzt zum Tragen.

Die einzelnen Kapitel führen in »the life and work« (1–2) der ausgewählten Figuren ein. Neben

einem biografischen Teil umfassen sie auch einen Überblick über den Schaffenshorizont der Juristen. Die meisten Beiträge gehen dabei über eine rein textuelle Exposition hinaus und betten die »major themes« der Porträtierten in den sozialen, politischen und intellektuellen Kontext der Zeit ein. Insgesamt bietet der Band sowohl einen zugänglichen Einstieg wie auch eine prägnante Zusammenschau zum aktuellen Forschungsstand. In einem ersten Teil werden neben Isidor von Sevilla mit Raimund von Penyafort (Kapitel 2) und Alfons X. von Kastilien (Kapitel 3) zwei »legal figures« aus dem Hoch- und Spätmittelalter vorgestellt. Ersterer war einer der bedeutendsten Kanonisten des Dominikanerordens, während König Alfons X. mit seinem umfassenden Gesetzbuch, den *Siete Partidas*, gemäß Joseph O'Callaghan als »great law-giver in the tradition of Justinian« (69) steht.

Mit zehn von zwanzig Kapiteln liegt das Hauptaugenmerk der Publikation auf dem sogenannten goldenen Zeitalter der spanischen Expansion zwischen der Mitte des 16. und des 17. Jahrhunderts. Nebst dem Kolonialjuristen par excellence, Juan de Solórzano y Pereira (Kapitel 13), stehen hier die berühmten Theologen und Juristen der Schule von Salamanca im Fokus: Vom Dominikaner Francisco de Vitoria (Kapitel 4), dessen berühmte Vorlesung über die Eroberung der Neuen Welt bis heute kontrovers diskutiert wird, bis zum Jesuiten Tomás Sánchez (Kapitel 12), der mit seinem Traktat über die Ehe eine wirkmächtige Interpretation der Beschlüsse des Konzils von Trent (1545–63) vorlegte. Besonders erwähnenswert ist jedoch, dass auch die oft übergangenen, aber nicht minder richtungsweisenden Salmantiner Kanonisten Martín de Azpilcueta (Kapitel 6) und Diego de Covarruvias y Leyva (Kapitel 9) ins Bild gerückt werden. Die beiden stehen exemplarisch für die beeindruckend breit gefächerte Gelehrsamkeit ihrer Zeit. Wie Wim Decock erläutert, setzte Azpilcueta mit sei-

* RAFAEL DOMINGO, JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN (Hg.), *Great Christian Jurists in Spanish History* (Cambridge Studies in Law and Christianity), Cambridge: Cambridge University Press 2018, xiv + 395 S., ISBN 978-1-108-42807-1

1 Bisher erschienen: MARK HILL, RICHARD H. HELMHOLZ (Hg.), *Great Christian Jurists in English History*, Cambridge 2017, sowie OLIVIER DESCAMPS, RAFAEL DOMINGO (Hg.), *Great Christian Jurists in French History*, Cambridge 2019; DANIEL L.

DREISBACH, MARK DAVID HALL (Hg.), *Great Christian Jurists in American History*, Cambridge 2019; PHILIP L. REYNOLDS (Hg.), *Great Christian Jurists and Legal Collections in the First Millennium*, Cambridge 2019.

nem Beichthandbuch neue Maßstäbe in der Kombination theoretischer Doktrin und angewandter Beichtpraxis, wie auch in der »synthesis of moral theology and law« (123). In den Augen seiner Zeitgenossen war Azpilcueta »the best jurist among the theologians and the best theologian among the jurists« (130).

Ein höchst aktuelles Thema, das in einigen der Essays zum Ausdruck kommt, ist die Verortung der Denker des imperialen Zeitalters in der Geschichte der Menschenrechte. Insbesondere Bartolomé de Las Casas (Kapitel 5) hat durch seinen Aktivismus gegen die Versklavung der *indios* in der Neuen Welt den Ruf eines entschiedenen Gegners der Sklaverei. Diesen zementiert auch Kenneth Pennington, wenn er Las Casas als »full-throated, if a bit rambling, abolitionist« (108) beschreibt – und später trotzdem eingesteht, dass Las Casas zwar die Praxis, nicht aber die Institution der Sklaverei an sich infrage stellte (111). Als »forerunner of the abolitionist cause« (206) titulierte Kirk MacGregor auch den Jesuiten Luis de Molina (Kapitel 10). Dass solche Zuschreibungen indes problematisch sind, unterstreicht Richard Helmholz. Er betont zu Recht, dass sich die frühneuzeitlichen Kontroversen nicht vorbehaltlos mit Begriffen der heutigen Zeit erfassen lassen: »The terms of debate were ... very far from those that would be accepted today. The starting point was not a recognition of human rights.« (185)

Quasi als Kontrastprogramm hierzu entwickelt Andreas Wagner einen erfrischend anderen Gedanken, der nicht a priori mit dem kolonialen Kontext und der Thematik der Sklaverei verknüpft ist. Er beleuchtet die Frage der Menschenrechte im Denken Vitorias aus der Perspektive der Auflehnung gegen tyrannische Herrschaft. Hätte Vitoria ein solches Widerstandsrecht dem Einzelnen zugesprochen, wäre er ein »unambiguous precursor to modern human rights doctrine« (90). Wie Wagner jedoch betont, verortet Vitoria dieses Recht in der Gemeinschaft als Ganzer, womit ein gewichtiger Unterschied zur »liberal idea of individual rights limiting a ruler's powers« (90, meine Betonung) besteht.

Eine dritte Gruppe von Beiträgen fällt in die Zeit der Verfassungen und Revolutionen. Zwar

wird hier mit Gaspar Melchor de Jovellanos (Kapitel 14) auch ein Staatsmann des »Spanish High Enlightenment« (259) vorgestellt. Doch wie Jan-Henrik Witthaus feststellt, erlangte Jovellanos' Werk, insbesondere sein Kommentar zum Ackergesetz von 1795, in erster Linie als »point of reference for nineteenth-century liberalism« (272) eine besondere Relevanz. Daneben werden mit Francisco Martínez Marina (Kapitel 15), Juan Donoso Cortés (Kapitel 16) und Manuel Alonso Martínez (Kapitel 18) drei weitere Protagonisten des 19. Jahrhunderts vorgestellt. In diesen Essays wird prägnant gezeigt, wie sich das Denken und Handeln der *great Christian jurists* dieser Zeit im Spannungsverhältnis zwischen Liberalismus und Katholizismus, zwischen Demokratie und Diktatur sowie zwischen Kirchen- und Staatsrecht bewegte.

Mit einer ähnlichen Reibungsfläche sah sich auch Concepción Arenal konfrontiert. Paloma Durán y Lalaguna beschreibt sie als »unique voice in nineteenth-century Spain« (313), die gesellschaftlich progressive Anliegen mit den Lehren des Katholizismus in Einklang zu bringen versuchte. Arenal setzte sich für die Resozialisierung von Sträflingen, für den Zugang von Frauen zu Universitäten oder gegen die (nicht nur) damals weit verbreitete Vorstellung einer Vereinbarkeit von Krieg und Recht durch ein »so-called law of war« (323) ein.² Einen ähnlichen Kampf für soziale Gerechtigkeit scheint Arenal gleichsam auch innerhalb des vorliegenden Bandes zu führen. Denn im hier präsentierten Kanon der 20 großen Juristen ist sie die alleinige Frau sowie auch die einzige von einer Forscherin vorgestellte Akteurin.

Die beiden abschließenden Kapitel zum 20. Jahrhundert stammen aus der Feder der Herausgeber. In ihrer Einleitung betonen sie, wie schwierig es war, sich aus der Fülle an Möglichkeiten schließlich auf Álvaro d'Ors (Kapitel 19) und Pedro Lombardía (Kapitel 20) zu einigen (25). Doch bei genauerer Betrachtung wird klar, dass diese Wahl durchaus konsequent und wenig überraschend ist. Die beiden Rechtsgelehrten d'Ors und Lombardía haben insbesondere durch ihr Wirken an der katholischen Universität Navarra die spanische Kanonistik entscheidend mitgeprägt.

2 Letzteres wird aktuell unter dem Stichwort »humane war« durch Samuel Moyn einer erneuten kritischen Analyse unterzogen.

In genau derselben Tradition der »School of Navarra« (373) stehen interessanterweise auch die Herausgeber Domingo und Martínez-Torrón, die beide dort studierten und promovierten. In der Tat reihen sie sich gewissermaßen selbst in die von ihnen geschaffene Genealogie der *Great Christian Jurists in Spanish History* ein: Beide betonen den Einfluss von d'Ors und Lombardía auf die »relevant scholars« (357) und die »professors at Spanish state universities« (367) von heute. Und wenn Domingo schreibt, Álvaro d'Ors' »critique of the modern idea of the nation-state and his defense of natural law and common sense opened the doors to the concept of global law« (357), verweist er damit nicht zuletzt auf seine eigenen Schriften zu diesem Thema.³

Schließlich möchte ich nun noch einmal auf das Framing der vorliegenden Publikation zu sprechen kommen, das sich in der Einleitung der Herausgeber deutlich herauskristallisiert. Wenn Domingo und Martínez-Torrón die »Spanish contribution to legal culture« (26) thematisieren, stellen sie zwei problematische Thesen auf: Einerseits lobpreisen

die Herausgeber den »spread of Western legal traditions to Spanish America« und die damit verbundene Ausstrahlung von »Western legal principles and values«, ohne den kolonialen Kontext dabei auch nur im Ansatz zu problematisieren (27). Andererseits werden die Rechtsgelehrten des imperialen Zeitalters, quasi als Kehrseite der Medaille, nicht nur als »extremely critical of the Spanish conquest of America« (13), sondern in der Person von Bartolomé de Las Casas prompt als »precursor to the Universal Declaration of Human Rights« (14) hochstilisiert.

Zumindest für die beiden Herausgeber also scheint eine kritische Auseinandersetzung mit der Materie nur bedingt möglich. Zum Schluss bleibt die Frage, ob dies vielleicht nicht zuletzt auch der »perspective that constitutes the raison d'être of this collection« (2) geschuldet ist: »how the Christian faith of outstanding people was a key factor in molding the evolution of law in Spain.« (2)



Manuela Bragagnolo

Un atto culturale*

La più recente storiografia storico-giuridica ha mostrato una particolare attenzione per la categoria della *cultural translation*, impiegata al fine analizzare il fenomeno della circolazione transnazionale del sapere e delle idee giuridiche, delle norme e delle pratiche, e l'adattamento di tali idee, norme e pratiche in un nuovo contesto culturale.

Più che sulla traduzione e l'adattamento di idee e pratiche giuridiche a nuovi contesti – che pure, in parte, è presente – questo volume si concentra sulla traduzione del *discorso* giuridico, mirando ad arricchire con la prospettiva storica l'indagine delle peculiarità della traduzione giuridica, che ha tratto, negli ultimi decenni, particolare profitto dall'in-

contro della traduttologia con la scienza giuridica. L'enfasi è dunque posta sulla traduzione del *discorso* giuridico in senso ampio, e gli studi raccolti riflettono non soltanto sulle modalità, il significato e gli scopi della traduzione di testi normativi nella storia ma anche sul modo in cui i giuristi intesero e utilizzarono, di volta in volta, la traduzione giuridica. Una particolare attenzione è poi posta sullo stretto legame instauratosi, a partire dall'Ottocento, tra la traduzione e la nuova scienza della comparazione giuridica.

Il volume presenta i risultati del colloquio internazionale tenutosi presso l'Università Rennes 1, il 12 marzo 2015. Introdotto da una prefazione di

3 Vgl. z. B. RAFAEL DOMINGO, *The New Global Law*, Cambridge 2010.

* HUGO BEUVANT et al. (dir.), *Les traductions du discours juridique. Perspectives historiques*, préface de FRANCESCO DI DONATO, Rennes: PUR 2018, 204 p., ISBN 978-2-7535-6511-1

Francesco di Donato, si compone di dieci contributi, che illustrano alcune delle molteplici sfaccettature che la traduzione del discorso giuridico assunse nel tempo, mettendo in evidenza le questioni ricorrenti e le soluzioni proposte nei secoli (16).

Il volume mostra innanzitutto il modo in cui, in epoche distinte, alcuni grandi testi giuridici costituirono l'oggetto di una o più traduzioni, evidenziando i motivi, il significato e l'impatto di tali imprese intellettuali. Il contributo di Emmanuel Lazaryat («Du latin au grec: le manuel du professeur Théophile [VI^e siècle]»), analizza il caso della prima traduzione greca delle *Istituzioni* di Giustiniano, nota a partire dalla sua riscoperta cinquecentesca come *Parafrasi di Teofilo*. Mostra come la traduzione giuridica, declinata nel peculiare esercizio retorico della parafrasi, offrisse di fatto un metodo per chiarire e precisare il senso del testo d'origine, permettendo la comprensione di un diritto di origine latina in un impero cosmopolita e multilingue. Constanza López Lamerain («Translating canon law into local reality: from Trent to Santiago de Chile») affronta il tema della applicazione dell'universo normativo creato dal Concilio di Trento nei territori dell'Impero spagnolo d'oltremare corrispondenti al Regno del Chile, nel vicereame del Perù, mettendo in luce il modo in cui le peculiarità locali influirono sul processo di traduzione, adattando i canoni alle realtà periferiche. Hanaa Beldjerd («La naissance d'une nouvelle culture juridique à travers la traduction: le cas de la Charte des Nations unies en arabe») illustra poi le complesse dinamiche legate alla traduzione, in lingua araba, della cultura giuridica extraterritoriale espressa nella Carta delle Nazioni unite (1945). Il contributo mostra come la traduzione, realizzata soltanto nel 1973, assunse chiaramente i tratti di un «atto culturale», volto a trasmettere la cultura giuridica internazionale nella lingua araba.

Il volume indaga quindi il rapporto tra la traduzione e il potere politico. Ahmed Djelida («Roger II de Sicile à travers les traductions de ses diplômes») analizza le differenti strategie di traduzione della regalità, attuate della cancelleria trilingue del re normanno Ruggero II. Attraverso l'analisi dei diplomi, rivolti nelle rispettive lingue ai diversi popoli (bizantini, latini e mussulmani) che componevano il suo regno, accostumati a diversi modi di esercizio del potere, l'autore mostra come la traduzione fu utilizzata consapevolmente come strumento di legittimazione del potere regio.

Il contributo Jean-Philippe Hias («La traduction humaniste des préceptes romains: l'antitriboniarisme et la définition du pouvoir royal») porta l'attenzione sull'uso politico della traduzione del diritto romano nella Francia attraversata dalle guerre di religione. Mostra come, sulla base dell'analisi storico-filologica di alcuni termini chiave sui quali in quegli anni si andava definendo la regalità, in particolare del termine «*placitum*», François Hotman respinse l'interpretazione bizantina dei compilatori del *Corpus iuris civilis* – fondata su uno slittamento semantico dal latino al greco – al fine di promuovere il senso originale latino, espressione, quest'ultimo, di un modello monarchico anti-assolutista, che il giurista calvinista proietta sulla monarchia francese. Oscar Hernández Santiago («Traduire constitutionnellement la réalité mexicaine. La constitution mixte dans les débats éditoriaux [1821–1824]») ricostruisce il ruolo della traduzione nei dibattiti della stampa sulla miglior forma di governo per la giovane nazione messicana, mentre Alfonso Alibrandi («Traduire hors des lignes. L'interdiction de l'interprétation de la loi et le pouvoir absolu aux XVI^e et XVII^e siècles») porta l'attenzione sulla questione dell'interpretazione autentica, analizzata nel peculiare contesto del diritto canonico nella fase post-tridentina e del diritto francese nel Seicento, come modo per sottrarre alle realtà particolari la possibilità di «corrompere» le disposizioni normative.

Il libro si chiude con una sezione dedicata alla traduzione come strumento della dottrina giuridica. Yannick Faléavaki («Traduire pour comparer. Les entreprises de traduction de la doctrine juridique française au XIX^e siècle») mette in evidenza il legame che si sviluppò in Francia, tra il 1815 e il 1869, tra traduzione e comparazione giuridica. Analizzando l'attività di un ristretto circolo di intellettuali che in quegli anni si aprì al mondo giuridico straniero, l'autore mostra come la traduzione divenne un'attività fondamentale non solo, come nel caso dei *Cours de droit civil français* di Aubry e Rau, per commentare la legge francese, ma anche per facilitare lo studio dei diritti stranieri, come mostra il caso del pioniere della comparazione giuridica Anthoine de Saint-Joseph. Allo stretto legame tra traduzione e comparazione giuridica è dedicato anche il contributo di Jean-Romain Ferrand-Hus («Le rôle joué par Jules Bergson au sein de la doctrine française du milieu du XIX^e siècle. Entre comparaison des droits nationaux et diffusion des discours juridiques étran-

gers») che analizza la figura di Jules Bergson e il suo ricco universo intellettuale, prestando particolare attenzione al metodo comparatista sul quale fondò non soltanto il suo sguardo critico sulla legislazione francese, ma anche il suo tentativo di sensibilizzare i giuristi francesi alla scienza elaborata dai giuristi tedeschi. Il contributo di Prune Decoux («La visibilité du traducteur, de part et d'autre de l'Atlantique, sous la III^e République») sposta l'attenzione sulla figura del traduttore, ponendo l'accento sul ruolo di interprete che l'attività di un traduttore porta con sé. L'autrice mette in luce il contrasto tra la Francia della III^a Repubblica, in cui

i traduttori furono sostanzialmente invisibili, restando nell'anonimato a causa della grande diffidenza nei riguardi del loro operato, e gli Stati Uniti che, al contrario, ufficializzarono la funzione e lo statuto del traduttore accanto a quella dell'autore.

Il volume ha dunque il pregio di analizzare il fenomeno della traduzione del discorso giuridico lungo uno spettro cronologico molto ampio, e in relazione a testi normativi molto diversi tra loro. Osservata attraverso il ›prisma‹ della storia, la traduzione si mostra come attività ›inerente‹ alla scienza del diritto.



Roland Scheel

Vom langsamen Werden dänischer Königsmacht*

Die Monographie des Kopenhagener Historikers Niels Hybel folgt einem ungewöhnlichen und im Ergebnis ausgesprochen ertragreichen Programm. Er zeichnet die Entwicklung des dänischen Königtums durch ein halbes Jahrtausend in Bezug zur gesamteuropäischen Ideen- und Rechtsgeschichte nach, behandelt also ein Thema der Nationalgeschichte aus einer dezidiert globalen Sicht, so dass der Blick aus einer epistemologisch sehr fruchtbaren Außenperspektive erfolgt. Zugleich werden so die klassischen Quellen zur Geschichte des dänischen Königtums den Narrationen der Nationalgeschichte produktiv verfremdet. Dass die Arbeit in englischer Sprache vorliegt, ist äußerst begrüßenswert, wird doch so die Geschichte des dänischen Königtums einem internationalen Publikum in einem weitgehend aktuellen Überblick zugänglich gemacht. Hybel knüpft mit seiner vom europäischen Ideen- und Strukturkontext her angelegten Studie an frühere Dekonstruktionen etablierter Meistererzählungen zur dänischen Geschichte an, die mit der Infragestellung älterer Lesarten von Chroniken und archäologischen Fun-

den zum Frühmittelalter bzw. der als »Wikingerzeit« bezeichneten und seit dem 19. Jh. im Nationalbewusstsein so bedeutsamen späten Eisenzeit provozierten. Dieser kritische Impetus zeigt sich auch im vorliegenden Werk, dessen erstes von insgesamt zehn Kapiteln (»Historiography«) den Zugang über die Forschungsdebatte zum Status des dänischen Königtums zwischen »Wikingerzeit« und Hochmittelalter wählt. Dänische »Könige« sind seit dem 8. Jh. in fränkischen Quellen zu fassen, und mit dem großen Runenstein von Jelling liegt ein Selbstzeugnis vor, das Harald Blauzahn (ca. 970–86) als König »ganz Dänemarks« ausweist. Bis heute deutet eine von zwei konkurrierenden Schulen dies als Beweis für die Existenz eines dänischen Königtums und eines souveränen »Reichs«, jedenfalls aber als Nachweis einer seither existierenden Zentralmacht, während eine zweite Schule die Konsolidierung eines solchen mittelalterlichen Königtums erst nach der Mitte des 11. Jh.s erkennen will. Der Dissens basiert v.a. auf der Frage, ob ausnahmslos erst im 12. Jh. einsetzende, heimische chronikalische Quellen in

* NILS HYBEL, *The Nature of Kingship c. 800–1300: The Danish Incident* (The Northern World 83), Leiden: Brill 2017, 400 S., ISBN 978-90-04-35835-5

ihrem Geschichtsbild ernst zu nehmen und archäologische Funde des 10. Jh.s wie die Ringburgen (»Trælleborge«), die auf eine Zentralmacht hinweisen, in ihrem Lichte zu interpretieren oder ob Geschichtsbilder primär als Zeugnisse synchroner Diskurse aufzufassen sind. Analoges gilt für Rechtstexte und Urkunden. Diese grundlegende Frage, von der aus Hybel das Material erschließt und die aus der deutschsprachigen Diskussion um den Status des Frankenreichs oder ottonischer Herrschaft durchaus vertraut wirkt, erweist sich als ganz aktuell, wie sich etwa an der Interpretation des unlängst neu ergrabenen und datierten Daneverks an der alten Südgrenze dieses (vermeintlichen?) dänischen »Reichs« zeigt.

Es folgen acht Hauptkapitel, die sich mit Konzepten des Königtums, genealogischem Denken, Abhängigkeiten, der Rechtshandhabung, Landbesitz, Steuern, Krieg und Frieden sowie der Integrität des »Reichs« befassen. In ihnen kommt Hybel zu dem Schluss, dass über die Jahrhunderte eine Emergenz der Königsmacht und sie fundierender Konzepte mit schubweisen Intensivierungen zu beobachten ist, während die Könige vor dem 12. Jh. in vielerlei Hinsicht eher als die bedeutendsten Warlords in einem Verband von Kriegern zu betrachten seien. In der Analyse geht wiederholt ein knapper Überblick über die Entwicklung der euromediterranen Verhältnisse der Interpretation der dänischen Quellen voraus, besonders bei der Behandlung des Königtums und der Souveränität. Grundsätzlich arbeitet Hybel dabei sehr quellen nah und ohne den Anspruch, die existierende Forschung zu diesen einzelnen Quellen jeweils umfassend abzubilden.

Das stellt einerseits aufgrund der Weite des Blicks und der Masse des Stoffs eine pragmatische Notwendigkeit dar und ermöglicht unkonventionelle und unvoreingenommene Lesarten, zeigt aber andererseits auch Problempotential. Im Kapitel »Speculum regale« beispielsweise werden einleitend die Kirchenväter, die Geschichte der Zweigewaltenlehre und schließlich Johannes von Salisbury, Thomas von Aquin und Henry de Bracton behandelt, bevor die dänischen Chroniken interpretiert werden. Dabei tritt zutage, dass der Aspekt der Königswahl und der Notwendigkeit konsensualer Herrschaft in Dänemark zu Lasten des Gottesgnadentums im Diskurs besonders prominent sind und die religiöse Bewertung königlicher Eigenschaften in der Chronistik verhältnismäßig schwach ausgeprägt ist. Das entspricht sicherlich

historischer Realität insoweit, als die religiöse Absicherung von geringerer Bedeutung für die Herrschaftspraxis als im postkarolingischen Raum war, und die Einbeziehung von kaum bekannten Quellen wie dem *Chronicon Lethrense* über mythologische Vorzeitkönige und ihr Verhältnis zu den Großen ist wichtig. Der Mehrwert einer Verortung im ideengeschichtlichen Horizont hat aber den Preis mitunter mangelnder Kontextualisierung: Ælnoths Vita des Heiligen Knud († 1086) aus dem frühen 12. Jh. betont zwar, dass die Dänen vor Knud dessen Bruder Harald wählten und aufgrund seiner dem Volkswillen folgenden Gesetze schätzten, woraus Hybel eine gedankliche Antizipation von Johannes von Salisbury und die Wertschätzung von Konsensherrschaft ableitet. Ælnoth selbst indes kritisiert diese Praxis an anderer Stelle massiv, ist sein idealisierter Märtyrer Knud doch ein gerechter, aber strenger Herrscher, der einen barbarischen Freiheitswillen zu beugen sucht, womit Ælnoths Königs idee eher im augustiniischen Spektrum zu verorten ist. Hier und auch an anderer Stelle vermisst man den Rückgriff auf bestehende Forschung zur dänischen Politikgeschichte, die Wertungen in den Texten schlüssiger erklärt als die direkte Verbindung zu den großen ideengeschichtlichen Linien. Nichtsdestoweniger sind die Informationsdichte und der Erkenntnisgewinn groß. Auch wer mit der Materie vertraut ist, wird wiederholt zum Nachdenken provoziert.

Analoges gilt für die übrigen Kapitel, wenn gezeigt wird, dass genealogisches Denken vor den hochmittelalterlichen Chroniken nicht zu fassen ist und auch dort nicht die Linie der Könige, sondern die *patria* das primäre kohärenzstiftende Element darstellt – wobei allerdings ein vergleichender Blick auf frühe norwegische Quellen wie etwa genealogische Lieder wünschenswert gewesen wäre. Hinsichtlich der »Souveränität« betont Hybel, dass die »Mark der Dänen« seit der Karolingerzeit, aber auch bei den Ottonen und im 12. Jh. wiederholt als Bestandteil des römisch-deutschen Reichs gesehen wurde und dies, obwohl von Saxo Grammaticus und der modernen Nationalgeschichte heruntergespielt, bis zu den staufisch-welfischen Konflikten wiederholt bedeutsam für die Machtausübung der Könige war. Interessant ist die Vorstellung, dass abgesehen von der Krise der Staufer v.a. die zu den norddeutschen Fürsten synchrone Ostexpansion den Königen Handlungsspielraum und »Souveränität« verschaffte, die hier im Vergleich von Saxos implizitem Konzept mit

Azo von Bologna, Marsilius von Padua und Bartolus de Saxoferrato definiert wird.

Einen sehr eingängigen Überblick bietet das Kapitel »Law, Justice, and Constitution«, das zunächst die frühen Rechtsbücher und Urkunden gegen das Bild der Geschichtsschreiber setzt, die in Königen seit jeher Gesetzgeber sehen und selbst historisches Recht erfinden. Tatsächlich lassen die Landschaftsrechte des 12. Jh.s keine königliche Initiative und auch kaum königliche Sanktionsmacht erkennen, was sich erst mit dem stark vom *ius commune* geprägten Jütischen Recht von 1241 ändert. Die Spannung zwischen Landschaftsrechten und königlichem Anspruch, durch Verordnungen Recht zu schaffen, kommt deutlich heraus. Erst spät im 13. Jh. erscheint der König als Richter, während er gleichzeitig in Krönungshandfesten auf eine konstitutionelle Praxis festgelegt wird. Insgesamt scheint rechtsgeschichtlich vieles vor der Entfaltung römischrechtlichen Einflusses auch in Dänemark nicht fassbar; Rechtssetzung und -durchsetzung werden erst im Laufe des 13. Jh.s zu königlichen Kompetenzen. Im Falle der Steuererhebung und der Entscheidung über Krieg und Frieden ergibt sich ein analoges Bild, so dass das Dänemark des Mittelalters als ein sich ständig wandelnder und in Wechselwirkung von politischen Ideen, römischem und kanonischem Recht sowie Gewohnheitsrecht mit sozialer Praxis sich verdichtender Raum erscheint. Es zeigt sich, dass der Protonationalismus der Eliten in der Geschichtsschreibung um 1200 hier mehr Stabilität suggeriert, als die Kontrollquellen erkennen lassen.

Hybels weitgreifende und lehrreiche Studie führt so die zwei Seiten der Staatsgenese-Forschung vor Augen: Einerseits verdeutlicht sie den wandelbaren Charakter dessen, was sich zu einer gegebenen Zeit hinter einem *regnum* und seinen Königen als Struktur und Handlungsspielraum verbirgt; andererseits demonstriert sie auch das von Hybel selbst thematisierte Risiko der teleologi-

schen Verengung, zumal »Königtum« letztlich an den Ideen von Marsilius und Bartolus gemessen wird. Aufgrund der Fokussierung auf klassische Rechtsquellen bleiben rechtsanthropologische Studien und ihre Einblicke in die (Konflikt-)Praxis leider weitgehend unberücksichtigt, ebenso wie aktuelle Arbeiten zum Rechtsbegriff der Chronisten und alternative Erklärungen für das Phänomen des unveräußerlichen Erbesitzes in den frühen Landschaftsrechten, welche die Einschränkung der Testierfreiheit weniger für eine alte Tradition, als vielmehr für eine Reaktion auf extensive Schenkungen an die Kirche halten, die sich in eine archaisierende Form hüllt – ebenso wie die traditional erscheinende, tatsächlich aber kanonische Definition von Verwandtschaft. Hier hätte man sich etwas mehr Breite in der Vermittlung skandinavischer Forschung gewünscht. Generell wirken die wiederholten Bezüge auf ein »germanisches« Rechtskontinuum etwas unentschlossen, wird doch die Existenz einer germanischen Essenz abgelehnt. Die Stärke des Buchs – die Verortung des dänischen Königtums in einem Kontext euro-mediterraner Entwicklung – trägt so zugleich seine Schwäche in sich. Aufgrund der Brückenfunktion, welche der Studie mit ihrer englischsprachigen Form zukommt, würde man sich etwas konkretere Vergleiche wünschen: Wie verhält sich die dänische Entwicklung etwa zu derjenigen in Norwegen oder im Reich? Hier wären Querbezüge zu den zahlreichen Arbeiten über vorstaatliche Königsherrschaft, ihre Praktiken und ihre Entwicklung nützlich, die es erleichterten, die Einordnung des Falles Dänemark in den globalen Kontext zu substantiieren. Dass dieser Wunsch bei der Lektüre entsteht, dokumentiert indes ihre Qualität als eine abgesehen vom fehlenden anthropologischen Aspekt sehr gute Vergleichsgrundlage, die vor Augen führt, dass eine der ältesten bis heute existierenden Monarchien in Europa zugleich ein »verspätetes« Königreich war.



Philipp N. Spahn

Tripartite Legal Knowledge*

Since the turn of the millennium, historical research has become increasingly interested in knowledge-based societies and their cultures, not least medieval ones. Whereas legal historical medieval studies have joined the interdisciplinary discussion about the notion of order as well as that of law, the notion of knowledge, and especially that of legal knowledge, has not been in the focus of interest. This observation serves as the starting point for Stephan Dusil's habilitation thesis, which he submitted in 2016 at the Faculty of Law of the University of Zurich and which is now available as a monograph.

The author's aim is to present the formation of knowledge of canon law and its transformations (15, 68) from the era of the *Decretum* of Burchard of Worms (after 1000) until the *Glossa ordinaria* of Johannes Teutonicus (around 1215), though he focuses primarily on the period between 1050 and 1140. His particular object of investigation is the papal primacy of jurisdiction; his findings are then verified using the example of celibacy (17f.). Concerning the question of order, the author refers to preliminary works from the domain of historical canon law research (15f.) but develops his own concept of legal knowledge.

Consequently, this term is at the centre of his work. Dusil distinguishes between singular legal knowledge (i.e. knowledge of one single norm), complex legal knowledge (i.e. knowledge of different norms belonging to the same topic) and relational legal knowledge (i.e. knowledge of norms connected with one another through glosses, references, etc.) (11f.). He applies this tripartite definition of legal knowledge to his analysis of the sources by looking at them from three different perspectives: from the perspective of knowledge generated by the compilers (470), their working methods and techniques in dealing with normative

texts (e.g. order, rubrication, distinction) (65–67), and their self-reflection on their own methods, appearing principally in prologues of pre-Gratian canonical collections (14).

The different perspectives are reflected in Dusil's specific approach. In the introduction (1 f.), he highlights the triad of order, knowledge and law. In the first chapter (»Knowledge on primacy of jurisdiction and celibacy. Question and methodological approach«, 3–68 [all translations by the reviewer]), the author does not only establish his own notion of knowledge by implementing theoretical approaches of related disciplines, but he also presents the contemporary canon law of the Catholic Church regarding his object of investigation as well as its historical context. Chapters two (»Starting point: Canonical collections in the 11th and 12th centuries«, 69–183) and three (»The made and the imagined order. Proposals of order and their implementation«, 185–328) deal with the pre-Gratian period. In the second chapter, Dusil focuses on a content analysis of selected canonical collections and the methods of their compilers. In the third, the author takes into account the *artes liberales* as the prerequisites of the science of canon law and theology, and examines their impact on the order of legal knowledge. In chapter four (»A Janus-faced collection? The *Decretum Gratiani*«, 329–412), Dusil represents an analysis of both recensions of Gratian's *Decretum*. At the end of the chapter, the author concludes that the first recension was rooted in the tradition of controversy literature of the Investiture Contest, the second recension in the tradition of pre-Gratian canonical collections (396–400).¹ In chapter five (»Relational legal knowledge. Canon law between canonical collections and *Glossa ordinaria*«, 413–468), Dusil concludes the analysis of the sources and provides an outlook on some writings of the decretists. For this

* STEPHAN DUSIL, *Wissensordnungen des Rechts im Wandel. Päpstlicher Jurisdiktionsprimat und Zölibat zwischen 1000 und 1215* (Mediaevalia Lovaniensia. Series I/Studia XLVII), Leuven: Leuven University Press 2018, XII + 629 p., ISBN 978-94-6270-133-5

1 See now also STEPHAN DUSIL, *The Decretum of Gratian: A Janus-Faced Collection*, in: CHRISTOF ROLKER (ed.), *New Discourses in Medieval Canon Law Research. Challenging the Master Narrative* (Medieval Law and Its Practice 28), Leiden/Boston 2019, 127–144.

purpose, the author is strongly orientated towards the reception of pre-Gratian canonical collections, particularly of the *Decretum* of Burchard of Worms. In the sixth and final chapter (»Legal knowledge in the long 12th century«, 469–508), Dusil systemizes his findings in order to offer them to the scholars of related disciplines. He comes to the conclusion that Gratian's *Decretum* is not so much a »water-shed« (508), but rather a milestone in the history of the science of canon law. He shows that we can observe sophisticated adaptations of knowledge using innovative instruments already in pre-Gratian canonical collections and thus trace the changing knowledge orders (480f.) (primarily regarding the primacy of jurisdiction [474–476]). A list of abbreviations (511–514) is followed by »manuscripts studies« (scribal abbreviations [515], an appendix [516–523] and glosses [523–534] referring to the *Collection in 74 Titles*). In combination with a bibliography of sources (535–547) as well as of literature (548–602), indices of manuscripts (603–607), of persons (609–612), of canonical collections (613–622) and of various other source texts (623–629), they make the monograph accessible.

The merit of Dusil's work is to be found in the fact that he is the first to explore knowledge related to canon law. By doing so, the author has broken new ground in the research on the science of canon law in the High Middle Ages. Even though scholars have shown interest in questions and approaches of the history of methods for some time, the notion of knowledge has not been included systematically in

these considerations. In this respect, Dusil's work offers an innovative approach to the sources of canon law, especially those of the High Middle Ages. Many detailed observations, adding important information to the current state of research, complete the work and invite further discussion. For example, it remains to be discussed if Ivo of Chartres in his doctrine of dispensation really defined only the Decalogue as immutable norms.²

The accomplishment of Dusil's work is not diminished by the fact that the author is not able to explain every change in the orders of knowledge on the basis of his premises. This is probably caused by his attempt to leave to one side any political or ecclesiological intentions of the compilers (64f.). However, as law and its knowledge are »always both the result and the instrument of political, social and economic interests«,³ one possible explanation of the analyzed changes is thus intentionally left out. Nevertheless, even Dusil accounts for changes in knowledge regarding the primacy of jurisdiction »politically« and with reference to »the emergence of the papacy« (476). This does not quite accord with his chosen approach. However, this is not so much a flaw of the book but rather inevitable, and, most importantly, points to the forthcoming journey of discovery of ecclesiastical legal knowledge in the High Middle Ages to which Dusil's monograph invites its readers. Meanwhile, the author himself has already taken the next step by raising awareness of the possibilities and limits of visual representations of knowledge.⁴



2 *Lex aeterna* in Ivo's work should perhaps rather be understood in the sense of Augustin, *Contra Faustum*, lib. 22, c. 27, 621, 13 f. (Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinarum 25,1), as *ratio diuina uel uoluntas dei*, which is defined by the form of texts and not by the *sedes materiae*, since out of the doctrine of dispensation developed a »theory of law and legislation« (223) that does not only limit the popes' legislative competence through the Decalogue, but also in every situation [*ubi vero aperte Dominus uel eius apostoli et eos sequentes sancti patres sententialiter aliquid diffinierunt*] (Placidus of Nonantola, *Liber de honore ecclesiae*, c. 70, 597, 33–35 [Monumenta Germaniae His-

torica. Libelli de lite 2]; then also *Collectio canonum trium librorum*, lib. 2, tit. 9, c. 28 [Monumenta Iuris Canonici. Series B: Corpus Collectionum 8,1], and the second recension of Gratian's *Decretum*, C. 25, q. 1, c. 6). It therefore seems likely that for the science of canon law in the High Middle Ages all canonical norms formulated until the end of the patristic period were immutable, provided they were in the form of a legal proposition (*sententialiter aliquid*); consequently, the Decalogue was for Ivo only one example of immutable norms.

3 ANDREAS THIER, *Zwischen Kultur, Herrschaftsordnung und Dogmatik: Erkenntnisdimensionen rechtshisto-*

rischer Forschung, in: *Rechtsgeschichte – Legal History* Rg 23 (2015), 270–273, 271, <http://dx.doi.org/10.12946/rg23/270-273>.

4 STEPHAN DUSIL, *Visuelle Wissensvermittlung in der Gratian-Handschrift Köln, Diözesan- und Dombibliothek, 128*, in: HARALD HORST (ed.), *Mittelalterliche Handschriften der Kölner Dombibliothek. Siebtes Symposium der Diözesan- und Dombibliothek Köln zu den Dom-Manuskripten* (25. und 26. November 2016) (Libelli Rhenani 70), Köln 2018, 115–137.

Caspar Ehlers

Kanonisches Recht nach dem Investiturstreit*

Über die Geschichte des kanonischen Rechts im Mittelalter ist reichlich geforscht worden. Wenn nun ein Sammelband zum Gebrauch dieses Rechtes in der kirchlichen Verwaltungspraxis des Früh- und Hochmittelalters vorgelegt wird, weckt das die Aufmerksamkeit der mediävistischen Rechtshistoriker, die sich – vor allem unter dem von Hermann Nehlsen am Beispiel der frühmittelalterlichen *Leges Barbarorum* geprägten Aspekt der »Effektivität« – mit der normativen Praxis in vormodernen Gesellschaften beschäftigen. Oftmals bewegen sich die Forschungen entweder auf der rein normativen Seite mit einem breiten Horizont oder auf der praktischen anhand von mehr oder minder begrenzten Untersuchungsräumen.

Das Kirchenrecht bietet sich zwanglos als Feld für Forschungen zu beiden Aspekten vor allem deshalb an, weil es selbst universelle Geltung beansprucht und nicht auf einzelne Personenverbände, seien sie noch so groß, vor der Entwicklung hin zu raumbezogenen Geltungsbereichen von Gesetzen beschränkt ist. Im vorliegenden Band steht die Schnittstelle zwischen kanonischem Recht und Verwaltungspraxis im Mittelpunkt. Die beiden Herausgeberinnen legen expliziten Wert (3 f.) darauf, dass diese Implementation von abstrakten Ordnungsmustern in das soziale Leben der Individuen in den »central middle ages« ein Desiderat der Forschung sei.

Entsprechend breit sind die Beiträge und ihre Gegenstände gestreut, die nicht in chronologischer Sortierung aufeinander folgen. In gewisser, aber nicht gliedernder, Weise stellt der sogenannte Investiturstreit im dritten Viertel des 11. Jahrhunderts eine Wende dar. Die in dieser Phase der Konfliktführung zwischen Kirche und Welt entstandene »Sammlung der 74 Bücher« (*Diversorum sententia Patrum*) von etwa 1070 sowie die Schriften Bonizos von Sutri (gest. 1094/95) und die *Libelli de Lite*, die Streitschriften aus jener Periode, bilden sozusagen das Quellencorpus. Den beiden letztge-

nannten Quellen gelten die abschließenden Beiträge des Bandes von William L. North, »Bonizo of Sutri, the Dicta Bonizonis and the Development of the Jurisprudence of Canon Law before Gratian« (159–184), sowie Kathleen G. Cushing, »Law and Disputation in Eleventh-Century Libelli de lite« (185–194).

Thematisch vor dieser kirchengeschichtlichen Zäsur datiert jedoch nur der Beitrag von Greta Austin, »How the Local Council of Seligenstadt in 1023 Drew upon Books of Church Law« (108–120), der als Feigenblatt für die im Buchtitel gegebene Zeitspanne dient und in knapper Form das berühmte und einschlägige Dekret Bischof Burchards von Worms (reg. 1000–1025) als Teilnehmer jener Synode am Main (Seligenstadt liegt übrigens nicht »south of Mainz«, 109) bespricht, welches eine substantielle Quelle für die Jahrzehnte vor dem Investiturstreit darstellt und daher mehr Beachtung im Sammelband hätte finden müssen, um dem im Titel annoncierten Zeitrahmen gerecht zu werden.

Da der Beitrag mit dem zeitlich spätesten Fokus derjenige von Danica Summerlin, »Hubert Walter's Council of Westminster in 1200 and Its Use of Alexander III's 1179 Lateran Council« (121–139), ist, hat man eigentlich eine Aufsatzsammlung in den Händen, die sich mit dem Gebrauch des kanonischen Rechts seit dem Investiturstreit bis zum Ende des 12. Jahrhunderts beschäftigt – und nicht bis zum »Liber extra« Papst Gregors IX. aus dem Jahre 1234, dem bemerkenswerterweise entgegen der titelgebenden Zeitspanne kein eigener Essay gewidmet ist.

Der davon ermüdete Rezensent bemängelt seit geraumer Zeit am Beispiel zahlreicher Werke die offensichtliche Diskrepanz zwischen Titel und Inhalt mediävistischer Monographien und Sammelbände. Was würde das Verdienst des hier anzudeutenden Bandes schmälern, wenn die Zeitspanne mit »1070–1200« oder »in the Century after the

* MELODIE H. EICHBAUER, DANICA SUMMERLIN (Hg.), *The Use of Canon Law in Ecclesiastical Administration, 1000–1234* (Medieval Law and its Practice 26), Leiden/Boston: Brill 2019, 292 S., ISBN 978-90-04-36433-2

Investiture Controversy« angegeben worden wäre? Nichts. So aber ließe sich ein billiger Verriss schreiben. Solcherart Titel – und es sind, wie gesagt, viele – zielen auf Referenzen und nicht auf Leser.

Nichtsdestotrotz ist das 12. Jahrhundert Räume übergreifend mit zwei Beiträgen von John S. Ott, »Men on the Move: Papal Judges-Delegate in the Province of Reims in the Early Twelfth Century« (23–50), und Mia Münster-Swendsen, »History, Politics and Canon Law: The Resignation of Archbishop Eskil of Lund« (51–68), vertreten. Die Tätigkeit päpstlicher Legaten in Frankreich am Beispiel der Reimser Kirchenprovinz im zweiten Drittel des 12. Jahrhunderts dient John Ott als Beispiel für mobile überregionale Herrschaftsausübung. Er betont die regionale Herkunft der Beauftragten aus der visitierten Region (25 f.) als Vorteil aus päpstlicher Sicht und wie dieses Verfahren schließlich zu einer Routine wurde, die Konsens stiften konnte. Weit nordöstlich von Zentralfrankreich liegt das dänische Erzbistum Lund, dessen Metropolit Eskil am Ende des Streites zwischen Barbarossa und Alexander III. im Jahre 1177 von seinem Amt zurücktritt. Das wird von Mia Münster-Swendsen vor dem Hintergrund der Konflikte des Erzbischofs mit dem dänischen König, der nun zu den Alliierten Alexanders III. zählte, als eine aus dem Kirchenrecht herrührende persönliche Entscheidung Eskils bewertet.

Der Schwerpunkt des Bandes aber liegt auf rechtstheoretischen Schriften dieses Jahrhunderts: Melodie H. Eichbauer, »Law in Service of a Community: Property and Tithing Rights in Gratian's Decretum and Stephen of Tournai's Summa« (69–

88), Jason Taliadoros, »Contrasting Approaches among Canon Lawyers on the Twelfth Century Shift from *ius naturale* to Rights« (89–107), Stephan Dusil, »The Emerging Jurisprudence, the Second Lateran Council of 1139 and the Development of Canonical Impediments« (140–158), Louis I. Hamilton, »We Receive the Law on Mt. Sinai When We Study the Sacred Scriptures: Law, Liturgy and Reform in the Exegesis of Bruno of Segni« (195–220).

Diese können hier nur angezeigt und sollen nicht referiert oder bewertet werden. Stattdessen wird ein abschließender Blick auf das von Bruce C. Brasington (A&M University, West Texas) stammende »Postface: The View from 2017« (221–231) geworfen, der zwei »centennials« zum Jahr 2017 als dem Band verbunden hervorhebt: 1917 wurde einerseits der »Codex Iuris Canonici« promulgiert, und andererseits starb in demselben Jahr der protestantische Rechtshistoriker Rudolph Sohm (1841–1917). Das Dekretum Gratiani ist Brasington dabei der Pivot zur rehabilitierenden Wiederentdeckung des Kirchenrechts im 19. und frühen 20. Jahrhundert über die Konfessionsgrenzen hinaus (222 f.). Er kommt dabei zu dem Schluss, dass nicht mittelalterliche »Bischöfe und Legaten, Erzdiakone und Kanonisten« unsere Welt erfüllen sollten, sondern deren Ideen, »um Ordnung, Frieden und sogar Recht in einer sehr aufgewühlten Welt« zu finden (230 f.). Das ist es, was das Mittelalter uns zu sagen hat – nicht mehr und nicht weniger.



Caspar Ehlers

Wer spiegelt wen?*

Die Frage nach Entstehung und Quellen des Schwabenspiegels ist ein gewissermaßen traditionelles Thema der germanistischen Rechtsgeschichte, es betrifft »das große Unbekannte« und sein Verhältnis zum Augsburger Stadtrecht von 1276, ein »klassisches Forschungsfeld«, auf dem sich nun die zu besprechende Bayreuther Dissertation von Lucas Wüsthof bewegt. Wüsthof verweist auf Karl August Eckhardt, der 1927 als letzter Forscher die Abhängigkeit beider Rechtsquellen untersucht und festgestellt habe, dass die Verfasser des Augsburger Stadtrechts »eine Art Urtext« des Deutschen- und des Schwabenspiegels gekannt haben müssten (1–5).

Vier Thesen zum Beziehungsgeflecht zwischen Schwabenspiegel und Augsburger Stadtrecht stehen bislang neben- bzw. gegeneinander (5 ff.): Spiegel als Quelle des Stadtrechts, Stadtrecht als Quelle des Spiegels, ein älteres Augsburger Gewohnheitsrecht als Quelle des Spiegels, und schließlich sei möglicherweise der Schwabenspiegel nicht in Augsburg, sondern in Regensburg entstanden. Diese Positionen würden in der aktuellen Forschung mit »unscharfen Kriterien« vertreten, von denen die »Ähnlichkeit« das kraftloseste Argument sei (9). Um diese Schwäche zu überwinden, schlägt Wüsthof die Anwendung eines »möglichst trennscharfen Rezeptionsbegriffes« vor, der sich an den »Arbeiten zur Textkritik im 19. und frühen 20. Jahrhundert« orientieren soll, da die »dort erarbeiteten Lösungsansätze [...] heute nur spärlich verbreitet und weitgehend unbekannt« seien (10). Nach dieser etwas überraschenden Feststellung folgt eine kurze Einführung in das, was Editoren von historischen Schriftquellen als sogenannte »textkritische Methode« vertrautes Handwerk spätestens seit den Bollandisten ist.

Die anschließende Einführung in den Schwabenspiegel (14–50) erörtert den bisherigen Forschungsstand in Bezug auf das Augsburger Stadtrecht – vice versa werden die Augsburger Rechte

von 1156 und 1276 im Hinblick auf den Schwabenspiegel vorgestellt (50–74). Danach könnte der Spiegel in Augsburg wie Regensburg zwischen 1268 und 1287 entstanden sein (50), während das Stadtrecht in Augsburg um 1275/76 kodifiziert worden sein dürfte (73 f.), mithin in der arithmetischen Mitte, aus der auch der Deutschenspiegel stammen dürfte.

Der umfangreichste Teil der Arbeit (75–321) stellt den Vergleich beider Rechtsquellen an. Dessen Qualität kann an dieser Stelle nicht kompetent überprüft werden, zumal es um eine Zeitspanne von insgesamt 20 Jahren geht, innerhalb derer das Augsburger Stadtrecht respektive der Deutschenspiegel den Pivot darstellen und die für Wüsthof signifikanten Stellen sich auf wenige Passagen beziehen, wie zum Beispiel die Überschrift des Stadtrechts (76 f.). Die weiteren vergleichenden Untersuchungen werden mit der Frage eingeleitet, »welchen Rechtsbegriff das Stadtrecht und der Schwabenspiegel zugrunde legen«, wozu Wüsthof bemerkt, dass »über Recht und Rechtsbegriff des Mittelalters zahlreiche Studien« existierten, »die sich kurz und treffend als schwierige Unterfangen mit ungünstiger Quellenlage bezeichnen lassen« (77), was wahr ist und den Kern nicht nur der Rechtsgeschichte beschreibt. Letzten Endes handle es sich (auch, mag man betonen) beim Spiegel und dem Stadtrecht um ein auf schriftliche wie mündliche Praxis gestütztes Recht (80).

In den Ergebnissen (322–334) rekurriert der Autor auf die eingangs vorgestellten und oben wiedergegebenen »vier Meinungsstränge« (323, vgl. 5 ff.) und nennt als das »stärkste Argument für die unmittelbare Abhängigkeit von Schwabenspiegel und Augsburger Recht im ersten Stadtrechtsabschnitt« die »Abschnittsüberschrift des Stadtrechts mit dem Titel *Hie hebt sich an daz lantrechtbuch*«, die »übrigen Vergleichsstellen« ergäben höchstens Bezüge und »thematische Überschneidungen« ohne »Deckungsgleichheit« oder

* LUCAS WÜSTHOF, Schwabenspiegel und Augsburger Stadtrecht (Monumenta Germaniae Historica Schriften 73), Wiesbaden: Harrassowitz Verlag 2017, LXIV + 368 S., ISBN 978-3-447-10840-9 (Diss.)

»direkten Entwicklungszusammenhang« (322–327). So bleiben »eine fragmentarische Orientierung des Stadtrechts am Schwabenspiegel« sowie ein »Rezeptionsparadoxon zwischen Deutschen-, Schwabenspiegel und Stadtrecht«, dessen Auflösung in der Annahme der »Autonomie aller drei Quellen« bestünde (329).

Auch der räumliche Zusammenhang bleibt vage, der Schwabenspiegel sei »in einer Stadt oder im städtischen Umfeld entstanden«, für Augsburg sprächen nur die Anlehnung an das frühe Stadtrecht (330 f.). Möglicherweise sei der Spiegel im franziskanischen Umfeld verfasst worden, sicher jedoch nicht von den Autoren des Stadtrechts von Augsburg (332). Wie weit sich diese Befunde von der einleitenden Bemerkung von Karin Nehlsen-von Stryk im entsprechenden Artikel des Lexikons des Mittelalters (Band 7, 1995, Sp. 1603; in Wüsthofs Literaturverzeichnis zitiert) unterscheiden, liegt offensichtlich im akribisch untersuchten Detail, was die Arbeit zweifellos auszeichnet und für die Zukunft unentbehrlich macht.

Den vielleicht wichtigsten Hinweis findet man ganz am Ende: Das Rechtsbild von Stadtrecht und

Swabenspiegel sei »keinesfalls statisch, sondern Ergebnis einer stetigen Entwicklung«, hier läge ein »Problem der deutschen Rechtsgeschichte, das nach wie vor seiner endgültigen Klärung« entgegensehe (333 f.). Zu diesen wechselseitigen Dynamiken bei Transferprozessen wird seit Längerem an anderen Orten geforscht, methodisches Rüstzeug entwickelt und vorgehalten. Vielleicht hätte der Verfasser diese Überlegungen an den Anfang seiner rechtshistorischen Untersuchung stellen sollen, da es sich nicht um ein Ergebnis, sondern um eine Voraussetzung handelt.

Insgesamt gesehen, wird die Arbeit durch nicht tief genug geschürfte Literaturrecherche geschwächt. Dies gilt für die fehlenden Kenntnisse des Forschungsstandes zu den textkritischen Methoden der Literatur- und Geschichtswissenschaft wie für die Theoriemodelle der Rechtshistoriker zu Transfer und Translation oder Multinormativität; ganz so unkundig, wie dargestellt, ist die mediävistische Forschung denn doch nicht.



Caspar Ehlers

Flexible Prediger*

Alle 18 Beiträge des Sammelbandes entstammen einem internationalen Kolloquium am Deutschen Historischen Institut in London aus dem Jahr 2014, das Aspekten der Rechtsgeschichte allein des Dominikanerordens gewidmet war. So reiht es sich in eine Tradition der Ordensforschung ein, hebt sich aber durch die thematische Konzentration mit diachronem wie raumübergreifendem Zugriff deutlich hervor. Die titelgebende Dichotomie durchzieht die Gesamtanlage des inspirierenden Bandes, umkreist sie doch ein Spannungsfeld selbst gesetzter normativer Ansprüche vor der

sprichwörtlichen Wirklichkeit. Und auch dies stellt das Buch in einen traditionellen Zusammenhang.

Vor diesem Hintergrund liest man die Tagungsergebnisse mit hoher Erwartung. Sie sind in drei Fragenkomplexe gegliedert: »Discussion« (sechs Beiträge), »Implementation« (sieben Beiträge) und »Consequences« (vier Beiträge). Dabei geht es allen um die Regulierung des spirituellen und des materiellen Lebens, wie über diese internen Normen im Orden gestritten wurde, wie sie kommuniziert, eingebettet und gebrochen wurden (v). Dafür wurden verschiedene geographische Räume

* CORNELIA LINDE (Hg.), Making and Breaking the Rules. Discussion, Implementation, and Consequences of Dominican Legislation (Studies of the German Historical Institute

London), Oxford: Oxford University Press 2018, 440 S., ISBN 978-0-19-880097-2

zwischen Spanien und Skandinavien ausgewählt, welche die Verbreitung des Ordens spiegeln.

In ihrer Einleitung, »Making and Breaking the Rules: An Introduction to Sources and Perspectives« (115), umreißt Cornelia Linde diese Konzeption. Der die Sektion »Discussion« eröffnende Beitrag von Gert Melville, »The Fixed and the Fluid: Observations on the Rational Bases of Dominican Constitution and Organization in the Middle Ages« (19–35), betont als besondere Stärke des Predigerordens das hochrationale Nebeneinander von fixierter Norm und geschmeidiger, situationsbezogener Anweisung. Am Beispiel (ordensinterner) Inquisitionsverfahren verdeutlicht Christine Caldwell Ames, »Obeying God, Not Man: Heresy, Inquisitors, and Obedience in the Dominican Order« (37–58), diese Praxis: »Dominikanische Inquisitoren brachen die Regeln – dominikanische Regeln – um die Regeln zu stärken« (56). Diesen Eindruck bestätigt Sita Steckel, »Rewriting the Rules: The Secular-Mendicant Controversy in France and its Impact on Dominican Legislation, c. 1230–1290« (105–130), wenn sie die Funktionalität der dominikanischen Gesetzgebung in ihrer Fähigkeit zur Adaption hervorhebt, die bei ordensinternen Konflikten oftmals erfolgreiche Lösungen ermöglichte. Allerdings sei dieses Vorgehen nicht spezifisch dominikanisch, sondern auch in anderen Bereichen kirchlicher Rechtsprechung zu beobachten (129 f.), was ein nicht unerheblicher Hinweis auf die Gefahr referenzloser Bauchnabelbetrachtung ist.

Der zweite Teil – »Implementation« – wird mit dem Beitrag von Eleanor Giraud, »Totum officium bene correctum habeatur in domo. Uniformity in the Dominican Liturgy« (153–172), eröffnet, der die vom Orden als »Schlüsselangelegenheit« im 13. Jahrhundert angesehene Einheitlichkeit der dominikanischen Liturgie behandelt, was praktischen wie spirituellen Gründen verpflichtet war. Diese Anstrengungen belegt Giraud anhand der liturgischen Gesänge, wobei sie auch ordensinterne Widerstände ausmachen kann. Ein mit der Ordensliturgie vergleichbarer Aspekt dominikanischer Uniformität stellt die Architektur dar, der sich Sebastian Mickisch, »Architecture and Space in the Dominican Order: On the Impact of Norms and Concepts in Early Normative and Narrative Sources« (189–223), zuwendet und feststellt, dass es einen »spezifischen Stil« der Dominikaner nicht gab (222 f.), vielmehr sei dieser dem Mönchtum der Zeit verwandt geblieben, was auch Mercedes

Pérez Vidal, »Legislation, Architecture, and Liturgy in the Dominican Nunneries in Castile during the Late Middle Ages: A World of *diversitas* and *Peculiarities*« (225–252), bestätigt. Beide stellen demnach den Erfolg des Anspruchs dominikanischer Individualität durch Humbert von Romans (General von 1254–1263) in Frage. Der Daseinsberechtigung der Dominikaner, der Predigt, widmet sich am Ende des zweiten Teils die Abhandlung von Anne Holloway, »Performance Management: Creating Order in Thirteenth-Century Dominican Preaching« (299–319). Erstaunlich ist, dass dem zentralen Anliegen des hl. Dominikus und seines »Ordo Praedicatorum« nur ein Beitrag zugewiesen wurde, während sich die übrigen, auch die des dritten Teils (»Consequences«), auf Normierung und Verrechtlichung, deren Erfolg oder Scheitern an verschiedenen diachronen Beispielen konzentrieren. Anne Holloway versucht sich an der Untersuchung der Stellung der Predigt im dominikanischen Selbstverständnis – ein unerfülltes Desiderat der Forschung, wie sie suggeriert (299 f.). Zwei Kernaspekte prägten demnach die Kunst des Predigens: der Inhalt der Predigt und ihre Performanz, die *artes praedicandi*. Es ist nur ein Traktat dieses Namens aus den Anfängen des Ordens überliefert (aus dem Jahr 1266). Noch für den erwähnten Ordensgeneral Humbert kam die Fähigkeit gut zu predigen nicht von Gott, sondern aus dem Prediger selbst. Bei der Positionierung des neu gegründeten Predigerordens in den christlichen Kosmos der bestehenden Orden und in Abgrenzung zu den zeitgleich entstehenden Franziskanern mit vergleichbarer Zielsetzung in der Mitte des 13. Jahrhunderts war gerade die Idee der Predigt Zielscheibe der anderen (301–306). Hier bringt Holloway die Normierung ins Spiel, die durch die Regulierung des Predigers mittels Sammlungen »moralischer, ethischer und performativer Regeln« für die einheitliche Ausbildung der Brüder vorgenommen wurde (313 ff.). Diese *collectiones* ersetzten in den Anfangsjahrzehnten der Dominikaner starre »Handbücher« und stellten so die Grundlage für einen »flexiblen Weg der Predigtmodellierung« dar (319).

Somit ist als Ergebnis der Beiträge festzuhalten, dass eben diese Flexibilität der inneren Normenstrukturen des Dominikanerordens dessen Durchschlagkraft, Resilienz und Ausdauer begründet hat.



Victoria Barnes

Big Business*

This collection edited by Dave De ruysscher, Albrecht Cordes, Serge Dauchy and Heikki Pihlajamäki considers what size or varieties of business were considered to be the best. The answer to this question depends on the time period under examination, and it also differs between jurisdictions. The chapters in the collection take a broad approach as they collectively cover a long time span and have a wide geographical spread. They consider examples from the Middle Ages, the early modern period and the 19th century. The places examined here are now in the jurisdictions of Germany, Italy, Belgium, Spain and England. As a whole, the chapters address some of the tension between the perceived advantages and disadvantages of big business against the small and medium enterprises (SMEs) and also the limited liability corporation in comparison to the unlimited liability partnership form. The edited collection takes a deliberately integrative approach, as it combines concepts and ideas from legal studies with those of economic history, business studies and comparative political analysis.

This is a pan-European take on a discussion that has traditionally been at the centre of American scholarship in the field of business and economics. In the 1960s, Alfred Chandler theorised about the growth of big business. In his narrative, management was key to understanding economic growth. Markets, he argued, were not controlled by invisible forces of supply and demand but by the visible hand of managers. Managers, through improved manufacturing processes and technological innovation, could increase or improve supply. With marketing and advertising techniques, they could control the demand for their goods. Managers could only strategise, plan and coordinate the market functions when they had subordinates who relieved them of the burden of the day-to-day activities of running the company. A manage-

rial hierarchy, therefore, became the centre of academic interest. It was seen as the benchmark of an efficient large-scale enterprise. In other words, the bigger the company, the better it was.

This sort of thinking no longer dominates the historical study of business. There is no longer much interest in identifying the presence or absence of a managerial hierarchy in big business. Economists and those in business and management studies have also questioned some of these theoretical assumptions; they do not believe that »bigger is better«. Much attention is now paid to issues associated with entrepreneurship, innovation and strategy as well as managerial structure. This edited collection follows this new approach, which reconsiders some of the basic assumptions which have been made in the past. Annamaria Monti's chapter on organisational form, size and governance in Italian companies in the 19th century is exceptionally good in this regard. By sketching out the coming of limited liability, Monti's chapter provides a strong link between the present approaches and old debates. Early Italian business history, led by Franco Amatori, keenly adopted Chandler's research, his theoretical framework and his ideas. Italian business and economic history has been enriched by these efforts. Monti's chapter is an effective bridge between new and old thinking in economic and legal history.

When the chapters in this collection are taken as a whole, they add much to the perspective that the corporation may not be the »best« form of business organisation. The contributions of Luisa Brunori, Bart Lambert and Dave De ruysscher are particularly successful in producing these conclusions. Brunori recreates the debate in religious discourse and commercial law about partners and partnerships using the work of the late scholastics. Lambert shows that enterprises based in medieval Italian cities operating in Bruges varied in size and

* DAVE DE RUYSSCHER, ALBRECHT
CORDES et al. (eds.), *The Company in
Law and Practice: Did Size Matter?*
(Middle Ages – Nineteenth Century),
Leiden: Brill 2017, 223 p.,
ISBN 978-90-04-34849-3

that this mix benefited the communities. De ruyscher rehabilitates the partnership, claiming that it had advantages in 19th-century Antwerp.

The eight chapters in this collection show that there were various ways of organising commerce, trade and business groups. It attempts to drive the future research agenda and adds weight to the two main hypotheses about the nature of the relationship between law and business. Its two major claims concern law and practice: the chapters show that (1) legal doctrine was irrelevant to business practice and (2) merchants co-operated with each other and with legal professionals in devising legal structures. The edited collection, therefore, also provides a strong way of linking economic and business concepts to legal concepts. This is a difficult task – especially given the differing sizes of the economies, populations, industries, the huge variation in available transport and communication means and in the levels of regional integration in the periods and topics covered by the eight different chapters. This means that what is a large-scale company in one area at one time will not be the same as in another. To combat this comparative problem, the chapters focus on common legal understandings of limited liability, mostly through the lens of legal personhood. They use features of large and small companies to examine these legal concepts. Despite the legal focus, there is much for the economic and business historian here as well. Risk, investors, shields and protection are also common themes.

The chapter on England and the East India Company written by Stefania Gialdroni notes the confusion in terminology in English law, economics and business. The terms now used to describe the organisational forms of limited liability *v* unlimited liability or the corporation *v* the partnership did not exist in the early modern period. The language of »big business« and SMEs similarly developed later and became common only in the 20th century. The expression »joint stock company« in the 18th and 19th centuries encompassed all of these ideas. It could be a limited liability company; it could be an unlimited liability company; it could be used to describe a large-scale industrial firm or a small fledgling enterprise. Given the multiple meanings of these words, it is interesting to see how the authors using non-English legal languages translate their legal terms into a language that historically was indiscriminate and terminologically foggy.

Some of the phrasing here is curious and where it prompts question, there is explicit discussion of meanings. Indeed, this close engagement with terminology and classifications is the aim of most of the chapters. They analyse commonly used terms and test how these apply (or not) to their case study. This agenda is interesting and makes for a compelling read. Ulla Kypta's chapter is an excellent example. Her chapter on German merchants in the late medieval period questions what we mean by a small firm. She questions not only the categorisation of a firm's size but even the meaning of the term »firm«. The analysis of the organisational arrangements in Germany ranges from the more commonly discussed examples and also includes servants (*diener, knechte*) as well as factors (*faktor, lieger*). She establishes how far these concepts in Germany married up to what is thought of when one uses the English term rather than the German word. Kypta notes the terminological complexity in the works of those studying companies and argues that company size should not be categorised according to universal benchmarks, such as the number of partners, employees or turnover. Instead, she favours a definition where size is judged relatively, in the context of a particular market or sector.

Other chapters push this discussion exceptionally well. Anja Amend-Traut reveals the preferred legal structure for enterprises operating in the Hanseatic trading area in the early modern period. This is a particularly interesting chapter because it discusses law that is now defunct and no longer in use. This creates an additional layer of challenges for Amend-Traut, who has to consider a range of well known but disputed expressions to describe a legal system that has been lost. Nevertheless, early antecedents are important in understanding modern doctrines and principles of law. Amend-Traut explores the historical roots of terms such as *compagnia*, *compagnien* and *accommodatio*, and their relationship to one another. She uses the suffix »-like« to denote where similarities between organisational forms began. This insightful chapter explores why merchants and traders would engage in a particular legal relationship when there were other choices in organisational form.

This collection thus provides interesting insights into the question of how we use terminology to describe arrangements or ideas for the analysis of periods when the concepts themselves did not exist. This language was not well developed or

understood to carry those meanings just yet. These chapters show that it is not a case of forcing facts and language into conceptual frameworks or engaging in a form of *ex post facto* categorisation. There is a good deal of contextualisation involved in the unpacking of what these legal ideas meant when, where and to whom. Overall, this collection shows the value of discussing concepts explicitly. It creates some much-needed clarity, and this is

perhaps the best way of establishing differences and similarities for comparative legal and historical research. The volume's contributions show the way that legal study, through its demand for precision in language and its definition and meaning, can inform business and economic history; it is a fruitful example of how legal history can be combined with business and economic history. ■

Albrecht Cordes

Zünfte und Wirtschaftswachstum*

Seit vielen Jahren beschäftigt sich Sheilagh Ogilvie, kanadische Wirtschaftshistorikerin an der Universität Cambridge und Mitglied der British Academy, mit Gilden und Zünften¹ und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung. Sie begann einst mit den württembergischen »Engelsaitwebern« (wohl von »English satin« – Hersteller wertvoller Tuche) in Calw und Wildberg im Nordschwarzwald im 17. Jahrhundert und hat seitdem den Fokus zeitlich wie räumlich immer weiter geöffnet. 2011 erschien ihr Buch über die Kaufmannsgilden (»Institutions and European Trade. Merchant Guilds 1000–1800«), und nun folgt unter der gleichen Leitfrage das Pendant auf der Ebene der Handwerkerzünfte: Haben Gilden und Zünfte zum Wirtschaftswachstum beigetragen? Ihre Antwort ist negativ. Von einem wirtschaftsliberalen Standpunkt aus charakterisiert Ogilvie die Zusammenschlüsse der Kaufleute und Handwerker als am Gemeinwohl kaum interessierte Vereinigungen, denen es vor allem um die Sicherung der Vorteile ihrer Mitglieder zum Nachteil der Konkurrenz, der Kunden und des technischen Fortschritts ging und

die dazu hohe Eingangsbarrieren errichteten, nach besten Kräften mit den Regierungen der Länder und Städte kollaborierten und die Märkte manipulierten, indem sie die Lieferketten kontrollierten und die Preise hochhielten.

Das Buch über die Handwerker, um das es hier geht, ist eine Summe. Es handelt sich um ein monumentales Werk, das acht Jahrhunderte und halb Europa, mit einem Schwerpunkt in Mittel- und Westeuropa in der Frühen Neuzeit, umspannt und auf nicht weniger als 17 384 Einzeldaten beruht, welche die Autorin entweder in jahrzehntelangen Archivstudien selbst erhoben oder anderen großen quantitativ arbeitenden Fallstudien entnommen hat. Zentren ihrer eigenen Sammeltätigkeit sind vor allem Südwestdeutschland und Böhmen. In neun Kapiteln und einer Zusammenfassung beschäftigt sie sich mit dem Forschungsstand, der Beziehung der Zünfte zu den Regierungen, Zugangsbarrieren, Marktbeeinflussung und der Rolle von Frauen in den Zünften, weiter der Qualitätsregulierung, dem menschlichen Kapital und der Innovationskraft. Das letzte Kapitel

* SHEILAGH OGILVIE, *The European Guilds. An Economic Analysis*, Princeton/Oxford: Princeton University Press 2019, XVI + 645 S., ISBN 978-0-691-13754-4

1 Zur Terminologie: »European Guilds« handelt von Handwerkszünften im Sinne von genossenschaftlichen Zusammenschlüssen von Personen, die ein und dasselbe

Handwerk betreiben (und sich darin von Kaufmannsgilden unterscheiden), unabhängig von der historischen Selbstbezeichnung dieser Korporationen, die von landschaftlichen und lokalen Umständen abhing. Es handelt sich also bei Ogilvies »Guilds« und der Übersetzung »Zünfte« nicht um Quellen-, sondern um wissenschaftliche Ordnungsbe-

griffe. Nur am Rande sei erwähnt, dass viele Aufgaben und Institutionen wie Zunftmeister, Trinkstuben und Totengedenken nicht allein typisch für Zünfte und Gilden waren, sondern in den vielen vormodernen Korporationen, denen es nicht um den Betrieb eines gemeinsamen Handwerks ging, begegneten.

»Guilds and Growth« bringt die skizzierte Hauptthese auf den Punkt.

Diese Rezension stützt sich außer auf die Lektüre des Buches auch auf ein Kolloquium des Schwerpunktereichs »Grundlagen des Rechts« des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt im Wintersemester 2018/19. Dort wurde das Buch Kapitel für Kapitel durchgegangen. Am letzten Sitzungstag Ende Januar hatten wir die Gelegenheit, viele Aspekte mit der Autorin persönlich zu diskutieren.² Im Kolloquium waren die Reaktionen auf das Buch alles in allem durchwachsen. Zu einem Konsens haben wir nicht gefunden, wenn man einmal von der Bewunderung absieht, welche die schiere Menge des durchforsteten Materials und die klare Stringenz der Gedankenführung allseits hervorriefen. Doch weder die Reduktion der Zunftgeschichte auf die anachronistisch wirkende Leitfrage »Haben die Zünfte das Wirtschaftswachstum gefördert?« noch Ogilvies quantitative Methode haben die überwiegend juristischen Teilnehmer überzeugt. Unbeantwortet stand die Frage im Raum, ob nicht der Zuordnungsvorgang, also der Subsumtionsprozess, durch den ein singuläres historisches Ereignis in einen Zählposten einer Tabelle umgewandelt wird, problematisch ist. Die Ökonomen werden das wohl als die notwendige Datenerhebung bezeichnen, doch jeder dieser Zuordnungen liegt die Interpretation einer konkreten Quelle zugrunde. Bergen die zahlreichen Tabellen nicht die Gefahr, diese Interpretationsvorgänge zu verschleiern und objektive mathematische Präzision zu suggerieren?

Nur ein Beispiel: Eine zentrale Bedeutung für Ogilvies Hauptthese spielen die beiden Feststellungen, dass in den Niederlanden und in England die Zünfte schwach und das Wirtschaftswachstum steil gewesen seien. Doch muss man nicht fragen: *post hoc* oder *propter hoc*? Korrelation oder Kausalität? Um das zu beantworten, müsste man nach (rechts-)historischem Verständnis erst andere Faktoren prüfen und gegen den Faktor »schwache

Zünfte« abwägen. Doch dieser Gedankengang sei hier nicht weiter verfolgt, denn er läuft auf eine Fundamentalkritik der Juristen an der wirtschaftswissenschaftlichen Arbeitsweise hinaus. Interdisziplinäres Arbeiten kann nur Erfolge erzielen, wenn man die Fragestellungen und Methoden der Nachbardisziplin gelten lässt. Die weitere Auseinandersetzung mit Ogilvies These von den Zünften als Hemmschuh für das Wirtschaftswachstum³ sei deshalb Ökonomen und Wirtschaftshistorikern überlassen.

Hier sei stattdessen überlegt, wie sich rechtshistorischer Honig aus dem reichen und systematisch aufbereiteten Material über die europäischen Zünfte saugen lässt. Die neun Hauptkapitel beginnen mit Leitfragen zum jeweiligen Gegenstand und enden dann in den rund 2–4 Seiten langen »Conclusions« mit Antworten auf diese Fragen. Das ist didaktisch gelungen und erleichtert dem Leser die Orientierung in vorbildlicher Weise. Der Ertrag, der sich dabei ergibt, ist auch für Nicht-Ökonomen groß, denn die erwähnten Tabellen werden stets durch kurze, treffende Einzelinformationen über konkrete Konflikte, Geldzahlungen, Bestimmungen aus Zunftordnungen usw. begleitet und erläutert. Die Kombination von serieller und einzelfallbasierter Argumentation ist gelungen. Nebenher führt die Autorin so zugleich die große Bandbreite von normativen und nicht-normativen Quellen der Zunftgeschichte vor, auf der ihr Buch basiert. Geschickt, oft als Fragen, sind die Zwischenüberschriften formuliert. Viele von ihnen kann man sich gut auch als Themen für rechtshistorische Einzelstudien vorstellen.

Einige exemplarische Belege müssen hier genügen. Blicken wir etwa auf die drei Themen »Zünfte und Regierung« (Kap. 2), »Zünfte und Frauen« (Kap. 5) sowie »Qualitätsregulierung« (Kap. 6). Kapitel 2 bietet reiches Material zur kommunalen Verfassungsgeschichte und zu der unterschiedlich engen Verzahnung der Zünfte mit Bürgermeister und Rat. Es geht u. a. um die Zunftkämpfe (früher: »Zunftrevolutionen«), die

2 Sheilagh Ogilvie selbst sei ebenso wie allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern – stellvertretend seien Dr. Sonja Breustedt, stud. iur. Eva Maria Holter und Dr. Jasper Kunstreich genannt – sehr herzlich gedankt.

3 Als Kontrast sei *en passant* ein gleichzeitig erschienenenes, aber völlig anders

gestricktes Zunft-Buch erwähnt: Die gelungene Dissertation von ELLEN DIEHM, *Handwerkszünfte im spätmittelalterlichen Frankfurt am Main. Familiale, gesellschaftliche und politische Funktionen* (Studien zur Frankfurter Geschichte 66), Frankfurt a. M. 2019. Diehm bohrt eng und

tief, während Ogilvies zeitlich und räumlich breiter Ansatz dazu führt, dass sie sich nicht lange mit einzelnen Ereignissen aufhält.

auf Zünfte bezogene staatliche und städtische Gesetzgebung, um Steuern und anderen finanziellen Austausch, um die Einbeziehung der Zünfte in den Kampf gegen Feinde und Feuer. Das vielleicht interessanteste Kapitel ist jenes über »Frauen und Zünfte«, bei dem Ogilvie übrigens am wenigsten streng darauf achtet, wie viel Wirtschaftswachstum den Zünften zu verdanken ist. Hier geht es einerseits um die seltenen reinen Frauen- und um gemischte Zünfte und andererseits um die Rolle von Frauen im häufigsten Fall, der rein männlichen Zunft. Dort spielten die Witwen eine Schlüsselrolle, u. a. weil sie vielerorts durch eine zweite Heirat ihrem neuen Ehemann zum sozialen Aufstieg in die Zunft verhelfen konnten. Aber auch wer etwa die Rechtsstellung der Ehefrauen oder der Töchter von Zunftmeistern untersuchen wollte, fände hier wertvolle Quellenbelege und anregende Denkanstöße.

Kapitel 6 schließlich betrifft dasjenige Thema, welches bis in die heutige Diskussion um Vor- und Nachteile von Handwerkerrollen das häufigste Argument zur Verteidigung der Zünfte bereitstellt: die Qualitätssicherung. Doch auch hier ist Ogilvie skeptisch. Anachronistisch, nämlich vom modernen Verbraucherschutzrecht aus argumentiert, klingt allerdings der Vorwurf, die Zünfte hätten ihren Kunden nicht zu informierten Kaufentscheidungen verholfen, sondern sie nach besten Kräften zum Kauf bei ihnen gezwungen. Aber sicher trifft es zu, dass ein Großteil der zünftischen Energie auf die Verdrängung billigerer nicht-zünftischer Konkurrenz gerichtet war. Danach fragt Ogilvie u. a., wie intensiv sich die Zünfte um Zertifizierung

ihrer Produkte bemühten und ob ihre Qualitätskontrolle die Qualität wirklich erhöhte, wie intensiv sie Qualität tatsächlich kontrollierten und ob sie ein Ethos ehrbaren Verhaltens etablierten. All dies sind Fragen, die auch rechtshistorisch relevant sind und in denen wir wohl in dem noch zu wenig genutzten Schatz der das Wirtschaftsleben regelnden Policeyordnungen suchen würden. Auch eine solche Studie würde von der Beschäftigung mit Ogilvies Thesen und Belegen profitieren. Ein Mittelteil mit 20 gut ausgewählten und kommentierten Farbtafeln, ein Index und eine rund fünfzigseitige Bibliographie, die noch einmal unter Beweis stellt, wie tief Ogilvie in ihr Thema »Handwerkszünfte« eingestiegen ist, runden das Werk ab.

Alles in allem hat das Buch auch denen, die sich nicht primär für den Beitrag der Zünfte zum Wirtschaftswachstum interessieren oder sich Ogilvies kritischer Sicht auf die Zünfte nicht anschließen, reiches Material zu bieten. Rechtshistoriker erfahren daraus viel über die Normendichte und -vielfalt und auch über die Stoßrichtung des Regelwerks, dem das Berufsleben der zünftischen Handwerker im späten Mittelalter und in der frühen Neuzeit unterworfen war. Lehrreich ist auch die laufende Zusammenschau von Norm und Praxis, auch wenn Rechtshistoriker hier und da noch etwas genauer differenziert hätten. Und zugleich lernt man durch die Lektüre von Sheilagh Ogilvies Buch einiges über die tiefen Unterschiede in der Denk- und Arbeitsweise zwischen Rechts- und Wirtschaftswissenschaften.



Andrzej Gulczyński

Ein Kompendium in Wort und Bild*

Wenn man heute über den Sachsenspiegel nachdenkt, denkt man (zumindest im Kreise von Historikern und Juristen) an Heiner Lück, Professor an der Martin-Luther-Universität in Halle. Seine wissenschaftlichen Arbeiten zum Sachsenspiegel haben bereits umfangreiche Studien, Quelleneditionen und kritische Ausgaben von Faksimiles der illustrierten Handschriften hervorgebracht. Mit dem hier besprochenen Band liegt nun eine synthetische Darstellung dieser Arbeiten vor, die den Sachsenspiegel mit Blick auf Entstehung, Inhalt, Verbreitung bis hin zur Verwendung in jüngerer Zeit beschreibt und somit seine Bedeutung herausstellt.

Das Werk ist in acht Kapitel gegliedert, die wiederum in kleinere Unterabschnitte aufgeteilt sind. Wie in den Handschriften sind Wort und Bild auch in Lücks Werk gleichwertig und von Anfang an parallel verwendet, ohne dass der Band als Bildband zu verstehen ist. Interessant sind auch einzelne Zwischenkapitel, die thematische Erweiterungen bilden. Diese Perlen wurden »Porträt« und »Spezial« genannt und bilden einen wichtigen Teil des besprochenen Stoffes.

Im ersten dieser Porträts wird Eike von Repgow vorgestellt, der nur in wenigen Quellen erwähnte große Verfasser des Sachsenspiegels. In weiteren Porträts finden wir die »legendären« Schöpfer des Sachsenspiegels: Karl den Großen, dem wir der Legende nach den ersten Teil, also das Landrecht, verdanken, und Friedrich II., dem der zweite Teil des Sachsenspiegels, das Lehnrecht, zugeschrieben wird. In anderen werden weitere wichtige Personen dargestellt, so Johann von Buch, Verfasser der nach ihm benannten Glosse, und Christoph Zobel, der vor allem durch seine Sachsenspiegelausgaben mit Stichwortregistern und Randnummern in die deutsche Rechtspraxis eingegangen ist. Ein besonderes Porträt beschreibt die Sachsen im 12. Jahrhundert, also zur Zeit der Entstehung des Sachsenspiegels. Als zwei Spezial- werden wichtigste Merkmale und gleichzeitig Rechtsinstitute des Sachsen-

spiegels erklärt: die Heerschildordnung, also die Teilung der Gesellschaft in sechs Stände (und einen zusätzlichen), sowie die Zweischwerterlehre, also die Erklärung der Machtteilung zwischen Papst und Kaiser als der zwei Universalgewalten des Mittelalters und ihrer Koexistenz. Eine solche Aufteilung des Stoffes ermöglicht es nicht nur, sich den für den Sachsenspiegel wichtigsten Personen, sondern auch bestimmten Themen fokussiert zu nähern. Der Band schließt mit Bibliographie, Glossar und Register.

Der Verfasser, dessen langjährige Faszination für den Sachsenspiegel im gesamten Werk deutlich wird, zeichnet den Werdegang des Werkes chronologisch von der Entstehung des Manuskriptes bis zum heutigen Tag nach. Die Entstehung des Sachsenspiegels wird im ersten Kapitel dargestellt, wobei der Verfasser auch auf Hintergrundthemen wie die Bevölkerungsgruppen des Harzvorlandes oder Personen wie Graf Hoyer II. von Falkenstein eingeht, in dessen Auftrag Eike das Gewohnheitsrecht niedergeschrieben hat. Hier finden sich auch Erläuterungen u. a. zum Terminus »Rechtsbücher« und zu ihrer Bedeutung.

Das zweite Kapitel erklärt sowohl die Herkunft des Sachsenrechts als auch die Überlieferungen in lateinischer Urfassung und deutscher Übersetzung. Damit stellt es auch die Bedeutung des Sachsenspiegels für die deutsche Literatur und Sprache heraus: Er gehört zu den ersten großen Prosawerken in deutscher Sprache und beschreibt fast wie in einem Roman das Zusammenleben von Fürsten, Adligen, freien Bauern und ländlichen Dorfbewohnern sowie das Miteinander von Mensch, Tier und Natur. Lück zeigt auf, inwieweit das Gewohnheitsrecht durch manche Institute aus dem römischen und kanonischen Recht ergänzt wurde und verweist sowohl auf Fehler bei der Beschreibung der rechtlichen Wirklichkeit (z. B. wenn Eike behauptet, der König von Böhmen habe kein Wahlrecht gehabt, 40) als auch auf die Notwendigkeit weiterer Forschungen (39).

* HEINER LÜCK, Der Sachsenspiegel. Das berühmteste deutsche Rechtsbuch des Mittelalters, Darmstadt: Lambert Schneider 2017, 176 S., ISBN 978-3-650-40186-1

Im nächsten Kapitel wandern wir durch das Spätmittelalter und dessen ländliche Gesellschaft, mit eigener Verfassung und einem zentralen Element: dem von den Kurfürsten gewählten König, der Anspruch auf die Kaiserwürde hatte. Mit der Verfassungsstruktur eng verbunden war das Lehnswesen, aber auch andere wichtige Rechtsbereiche wie das Gerichtswesen, das Straf- und das Familienrecht werden erläutert. Die Großfamilie z. B. war ein wichtiges, ständiges Element der sozialen Struktur. Dagegen war die Ehe »nur« lebenslang von Bedeutung, und der Sachsenspiegel kennt auch andere rechtliche Verbindungen zwischen Mann und Frau. Und so erschließen sich uns u. a. Königswahl, Eid auf Reliquiar und Gottesurteile, Verwandtschaft und Erbfolge, Überreichung der Trauringe bei der Eheschließung und Ehebruch. Lück zieht dabei nicht nur relevante Illustrationen aus der Handschrift heran, sondern auch Aufnahmen von bis heute in der Landschaft erhaltenen Denkmälern wie ein Bauernstein auf dem dörflichen Versammlungs- und Gerichtsplatz in Göttnitz oder das Sühnekreuz (Steinkreuz) bei Hackpüffel.

Das fünfte Kapitel ist den Rechtsvorstellungen und Lebensbereichen gewidmet. Lück weist hier auf die detaillierte Darstellung in Text und Bild hin und betont, dass es ohne Kenntnis des Textes nicht möglich sei, die rechtlichen Inhalte der Illustrationen zu verstehen (90). Zu den hier besprochenen Schwerpunkten gehören die Dichotomie von Freiheit und Unfreiheit, der Zusammenhang von Mensch und Natur und die Beziehung zu anderen Lebensbereichen im Land wie Burg und Kirche (mit Zehntpflicht). So gelangt Lück von übergeordneten zu alltäglichen Fragen, wenn er schließlich auch die Darstellungen des Badens im Dampfbad thematisiert, denn auch diese sind bildlich und schriftlich geregelt.

Das Kapitel »Der Weg in die Moderne« befasst sich mit einem grundsätzlich wichtigen Aspekt und zwar dem Beginn der Harmonisierung mit dem gelehrten Recht ausgehend von der Glosse des Johann von Buch. Die von ihm angefertigte Kommentierung, Ergänzung und Vergleichung mit dem römischen und kanonischen Recht ermöglichte es auch gelehrten Juristen, den Sachsenspiegel zu verstehen und verhalf dem Werk zu seiner langjährigen Geltung. Für die Verbreitung in Europa hingegen spielten die im nachfolgenden Kapitel besprochenen ausländischen Drucke eine entscheidende Rolle. An erster Stelle sind hier die von

Nikolaus Jaskier, Stadtschreiber in Krakau, herausgegebenen lateinischen Ausgaben des glossierten Sachsenspiegels und des glossierten Weichbildes zu nennen. So verbreitete sich der Sachsenspiegel u. a. bis nach Livland und Kiew. Seine Regelungen konnte man noch 1937 im Zivilgesetzbuch der Republik Lettland finden.

Die historische Verbreitung, insbesondere die Geltung des Sachsenspiegels auf deutschem Gebiet, wurde politisch ausgenutzt. Lück führt entsprechende Beispiele schon aus dem 19. Jahrhundert an (Verbreitung des Rechts in Schlesien, Polen, der Ukraine). Nach dem Ersten Weltkrieg und großen territorialen Änderungen wurde der Sachsenspiegel während der frühen Weimarer Republik zur Stärkung des »Deutschtums« in den östlichen preussischen Provinzen und in den verloren gegangenen Ostgebieten ausgewertet. Noch stärker betätigte sich auf diesem Gebiet das NS-Regime. Das Institut zur Erforschung des Magdeburger Stadtrechts wurde mit der Absicht gegründet, eine Edition aller noch vorhandenen Magdeburger Schöffensprüche und Rechtsmitteilungen herauszugeben, um »den Einfluss deutschen Rechts auf die östlichen Gebiete zu zeigen und dadurch deren Zugehörigkeit zu Deutschland sowie die Richtigkeit deutscher Einflussnahme im »Ostraum« zu untermauern« (147). Wie zu NS-Zeiten (1933 und 1934) wurden auch in der DDR (1959) Feierlichkeiten in Reppichau organisiert. Grundsätzlich galt in der rechtsgeschichtlichen Forschung der DDR die neue Staatsideologie mehr als altes Recht. In der BRD weckte es nach wie vor Interesse und es erschienen diverse Monographien und Editionen, nach und nach auch in anderen Ländern. Zu den wichtigsten Editionen der modernen Sachsenspiegelforschung zählt Lück die Wolfenbütteler (1993), die Oldenburger (1995), die Heidelberger (2009–2010) und die Dresdner (2002–2011) Bilderhandschrift. Den persönlichen Anteil Lücks kann man nicht überschätzen. Sein großes Verdienst liegt nicht zuletzt in der Leitung eines Projekts an der Sächsischen Akademie der Wissenschaften in Leipzig, das seit 2004 systematisch die Verbreitung des Sachsenspiegels und des Magdeburger Rechts in Ostmitteleuropa erforscht. Dank internationaler Kooperationen werden auch neue Forschungsfragen in den Blick genommen, wie diejenige nach der Bildung juristischer Fachterminologien in den slawischen Sprachen unter Einfluss von Sachsenspiegel und Magdeburger Recht. Lück weist auf weitere Forschungsmöglichkeiten oder -notwendigkeiten hin, bevor er am

Ende des Bandes dem Einfluss des Sachsenspiegels auf das geltende deutsche Recht nachgeht.

Seine langjährige Wanderung auf den Spuren des Sachsenspiegels hat Heiner Lück an verschiedene, für den Leser manchmal ganz unerwartete Orte geführt. Daraus hat er ein wertvolles Kom-

pendium über den Sachsenspiegel erschaffen, dessen Methode der Darstellung ähnlich denen der Bilderhandschriften des Sachsenspiegels den Band besonders attraktiv macht.



Thomas Simon

Ohne Gleichen: württembergische »Ehrbarkeit«*

Nina Kühnle wendet sich in ihrer Untersuchung in erster Linie sozialgeschichtlichen Fragestellungen zu. Im Eingangskapitel wirft sie die zentrale Ausgangsfrage ihrer Arbeit auf: Handelt es sich bei der sog. »Ehrbarkeit« in Württemberg tatsächlich um eine »ständegeschichtlich einzigartige Sondergruppe« unter den städtischen Oberschichten in Deutschland (8), die man in dieser Form tatsächlich nur in Württemberg antrifft? Und handelt es sich bei dieser »Ehrbarkeit« um einen halbwegs abgrenzbaren stadtbürgerlichen Stand, der sich von den Patriziaten anderer, zumal süddeutscher Städtelandschaften in signifikanter Weise unterscheidet? Eben dies war die mittlerweile allerdings überholte These des württembergischen Landeshistorikers Hansmartin Decker-Hauff: Ihm zufolge bildete die württembergische Ehrbarkeit einen ganz spezifischen Stand, der sich dadurch ausgezeichnet habe, dass bei ihm allein die ausgeübten Ämter und Funktionen die Standeszugehörigkeit begründet hätten. In der eingehenden Auseinandersetzung mit dieser These zeigt die Verf. sodann deren Schwachstellen auf (12–17), wobei sie an die Kritik von Gabriele Haug-Moritz anknüpft, die in ihrer Monographie über die württembergische Ehrbarkeit von Decker-Hauff's Konzept nicht mehr viel übrig gelassen hat:

Die Ehrbarkeit bestand *nicht* – das dürfte mittlerweile feststehen – aus der Gruppe der Amtsinhaber; letztere kamen vielmehr zu Amt und Würden, *weil* sie aus der Ehrbarkeit stammten (17). »Ehrbarkeit« ergab sich demzufolge nicht aus einem Amt, sondern umgekehrt aus der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gesellschaftsschicht. Angesichts dessen spricht die Verf. in ihrer Arbeit auch nicht von »der Ehrbarkeit«, sondern von »städtischen Führungsgruppen« oder der »Stadtelite« (26 f.), hier im Anschluss an die neuere Sozialgeschichte, die bekanntlich seit geraumer Zeit eine besondere Vorliebe für das Wort »Elite« entwickelt hat.

Im zweiten Teil gibt die Verf. einen Überblick über die Territorialbildung der Grafschaft Württemberg, bei der den Städten – durchgehend Klein- und Kleinststädte (34 ff.) – eine Schlüsselstellung zukam, die sich dann in der spätmittelalterlich-frühneuzeitlichen Territorialverwaltung Württembergs und der sie prägenden »Amtsverfassung« fortgesetzt hat (75 ff.), bei der Stadtherrschaft und Ämterverwaltung auf das Engste miteinander verklammert waren. Denn den städtischen Führungsgruppen kam dabei nicht nur das Stadtrecht, sondern zugleich auch die landesfürstliche Territorialverwaltung in den Ämtern zu.

* NINA KÜHNLE, Wir, Vogt, Richter und Gemeinde. Städtewesen, städtische Führungsgruppen und Landesherrschaft im spätmittelalterlichen Württemberg (1250–1534) (Schriften zur südwestdeutschen Landeskunde 78), Ostfildern: Jan Thorbecke Verlag 2017, 544 S., ISBN 978-3-7995-5278-3

Dieser Teil setzt freilich nur den Rahmen für die sodann im dritten Teil folgende Darstellung der städtischen Führungsgruppen in Württemberg. Zunächst stellt Kühnle die städtischen und herrschaftlichen Ämter (Kap. 3.2.1) vor, die von den »städtischen Führungsgruppen« typischerweise ausgeübt wurden. An erster Stelle stand dabei das meist zwölköpfige Stadtgericht (81), die eigentliche Stadtregierung. Daneben der Vogt, kein städtisches, sondern ein Amt der Territorialverwaltung von zentraler Bedeutung (82). Der Vogt stand an der Spitze von Stadt- und Amtsregierung, fungierte als Stellvertreter des Stadt- und Landesherrn und hatte den Gerichtsvorsitz inne. In zweiter Reihe erscheinen der Schultheiß (83), dessen Funktion, vor allem in Abgrenzung zum Vogt, allerdings ziemlich unklar bleibt, und der Keller als dem obersten Finanzverwalter von Stadt und Amt (83). Schließlich der Rat, der im Laufe des 15. Jahrhunderts als genuin-gemeindliches Gremium mit bis zu zwölf Mitgliedern entstand, und der Bürgermeister. Die Kompetenz- und Funktionsabgrenzung zwischen diesen verschiedenen Organen der Stadt- und Territorialverwaltung bleibt allerdings unklar. Die Frage ist, ob man hier nicht doch stärker zwischen Amtsverwaltung und städtischer »Selbstverwaltung« unterscheiden muss. Vor allem bleibt völlig unklar, was man sich unter jenen »Amtleuten« oder »Amtsmännern« vorzustellen hat, auf die die Verf. dann S. 329 ff. vielfach Bezug nimmt? In den Quellen erscheinen sie sehr häufig, die Verf. führt sie aber in ihrer Darstellung der städtischen und territorialherrschaftlichen Ämter nicht auf. Oder ist der Amtmann, in der frühen Verwaltungsgeschichte bekannt als der Stellvertreter des Landesherrn im »Amt«, identisch mit dem Vogt?

Bleibt das stadtverfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Interesse hier unbefriedigt, so fällt das Bild bei der anschließenden sozialgeschichtlichen Charakterisierung der städtischen Führungsgruppen (Kap. 3.2) umso plastischer aus. Kühnle beschreibt sie als eine territoriale Funktionselite (90), die sich durch Kooption über Generationen hinweg auf den entscheidenden Stellen der Stadt- und Ämterverwaltung halten konnte (91). Die Verf. schildert im Einzelnen die wirtschaftlichen Grundlagen dieses Kleinstadtpatriziats, den Aufbau familiärer Netzwerke durch entsprechende Heiratsstrategien und die Repräsentation von Reichtum und Macht zu Lebzeiten und danach, im Hausbau und in der Memorialkultur, sichtbar in Grabplatten,

Altarbildern und frommen Stiftungen. Diese höchst anschauliche sozialgeschichtliche »Schichtenanalyse« ermöglicht auch dem Rechtshistoriker interessante Einsichten, so etwa in Kap. 3.2.5, in dem Kühnle die am Ausgang des Mittelalters unter den städtischen Führungsgruppen rasch ansteigende Bedeutung des Universitätsstudiums beschreibt: Im Einzelnen wird hier das Vordringen des juristischen Gelehrtentums in den städtischen Führungsschichten dargestellt. Noch im Spätmittelalter spielte das Studium hier eine geringe Rolle; für die Besetzung der Ämter hatte es augenscheinlich noch keine Relevanz, viel wichtiger waren Abstammung, Beziehung und Reichtum (147). Zudem verließen die meisten Jurastudenten die Universität, jedenfalls im Spätmittelalter, noch ohne Examen. Das Studium war hier noch nicht Karrierevoraussetzung, sondern diente als Repräsentationsmittel, um den Reichtum der Familie zu demonstrieren (148).

Im vierten, verfassungsgeschichtlich interessantesten Teil werden dann schließlich die Formierung von »Landschaft« und Ständen in Württemberg und deren politisches Agieren gegenüber den Landesherrn dargestellt. Sie schildert im Einzelnen jene Kette von Herrschaftsverträgen, an denen die Landschaft zumindest beteiligt war, indem sie von den Abgeordneten der Landschaft mitbeschworen wurden. Das beginnt mit der sog. Leonberger Regimentsordnung, durch die die Landschaft erstmals einen vertraglich festgelegten Anteil an der Ausübung der Regierungsgewalt erhielt (277), setzt sich fort im Uracher und Münsinger Vertrag (1473 und 1482), in denen der Landschaft nicht unerhebliche Kontroll- und Schiedsgerichtsfunktionen übertragen wurden, und gipfelt schließlich im Tübinger Vertrag von 1514, der »Magna Charta« der amtsstädtischen Ehrbarkeit (352), zugleich der Beginn des landschaftlichen Steuerbewilligungsrechtes. Die württembergischen Landtage, die nun zunehmend den Landesherrn als eigener Machtfaktor im Rahmen des »dualistischen Ständestaates« entgegentraten, waren ausschließlich eine Vertretung der urbanen Eliten; die Landgemeinden blieben vollkommen ausgeschlossen. Die Landtage haben also absolut nichts zu tun mit einer demokratisch herbeigeführten »Repräsentation des ganzen Volkes«, wie die Verf. zutreffend hervorhebt (304). Die »Wahl« war allein durch Verwandtschaft, Vermögen und Ansehen bestimmt (305). Insbesondere bei den bauerlichen Unruhen des sog. »Armen Konrad«

1514 ist der ausgeprägte Gegensatz zwischen der Ehrbarkeit als einer städtischen sozialen Elite auf der einen Seite und dem Land sowie den städtischen Unterschichten sehr deutlich zutage getreten.

Für den Verfassungshistoriker, der sich mit der Tradition der alteuropäischen »Herrschaftsverträge« und deren Fortwirken im Konstitutionalismus befasst, liegt der Wert der Arbeit vor allem in der mit zahllosen Quellen unterlegten und daher höchst anschaulichen Darstellung einer Entstehungsgeschichte von »Ständen« und deren spannungsreicher Interaktion mit dem Landesherrn. Auch in Württemberg waren die Stände eine Sekundärbildung, die der Entstehung des Territoriums nachfolgte; die Stände wurden also vom herrschaftlichen Element geformt, stiegen dann aber zum Widerpart der fürstlichen Landesherrschaft auf. Mit einer Vielzahl von Quellen kann die Verf. diesen Aufstieg in höchst anschaulicher Weise vorführen. Auch in Württemberg waren es zwei Schwachpunkte fürstlicher Landesherrschaft, die diesen Aufstieg besonders antrieben: Die finanzielle Unterstützungsbedürftigkeit des Landesherrn und die Schwächung der Landesherrschaft durch eine unsichere Nachfolgesituation beim Tod des Fürsten.

Bei dieser positiven Bilanz fällt es nicht schwer ins Gewicht, dass die Verf. eine der zentralen Ausgangsfragen, die sie zu Beginn ihrer Arbeit aufgeworfen hat, nämlich die sozialgeschichtliche Frage nach der »Einzigartigkeit« der württembergischen »Ehrbarkeit« als einer spezifisch württembergischen Form einer städtischen Oberschicht, nicht weiterverfolgt hat. Das wäre ohnedies nur bei einem vergleichend angelegten Ansatz möglich gewesen, bei dem man andere Territorien entsprechender Größe und mit ähnlicher Städtedichte hätte einbeziehen müssen. Denn nur so lassen sich eventuelle »Sonderentwicklungen« in einem Territorium erkennen. Dass die württembergische »Ehrbarkeit« als solche kein sozialgeschichtliches Spezifikum darstellt, hat die neuere vergleichende Landesgeschichtsforschung klargelegt, wie ja die Verf. im ersten Teil zeigt. Aber es ist andererseits zu vermuten, dass sich für die dominante Stellung der

»Ehrbarkeit« im spätmittelalterlich-frühneuzeitlichen Herrschaftsgefüge Württembergs wohl nur schwer eine Parallele in einem anderen Territorium finden lässt. Die beherrschende Stellung der »städtischen Führungsgruppen« im frühneuzeitlichen Ständewesen Württembergs war einmal dadurch bedingt, dass große Teile des einst landständigen Adels nicht, wie es in den größeren Territorien des Reichs die Regel war, in den werdenden Territorialstaat der Frühen Neuzeit eingebunden und ständisch integriert wurden, sondern diese im Gegenteil aus dem Territorium ausgeschieden sind und Reichsunmittelbarkeit erlangt haben. Nachdem dann mit der Reformation in Württemberg auch der Prälatenstand verschwunden war, wurde der »Dritte Stand«, also die »Landschaft«, gegenüber dem Landesherrn schließlich allein tonangebend. Nun gab es zwar im Alten Reich auch andernorts solche »Landschaften«, wie etwa in Baden oder in Vorarlberg, aber diese wurden gänzlich von einem (groß-)bäuerlichen »Dorfpatriat« (K.S. Bader) beherrscht. Eine derartig stadtbürgerlich dominierte Landschaft wie diejenige Württembergs wird sich andernorts kaum finden. In Württemberg kommt noch hinzu, dass die Landschaft starken Einfluss jedenfalls auf die untere Ebene der Territorialverwaltung nehmen konnte, weil den Städten in der württembergischen »Amtsverfassung« eine Schlüsselstellung zukam. Die ausgeprägte Machtstellung der stadtbürgerlichen Eliten in Württemberg dürfte wohl in der Tat ziemlich singulär gewesen sein. Aber ein Vergleich dieses Befundes mit den Verhältnissen in anderen Territorien hätte der Arbeit Kühnles eine ganz andere Richtung gegeben, die von der Verf. sicherlich gar nicht beabsichtigt war. Immerhin bietet die Untersuchung von Nina Kühnle nunmehr eine solide Grundlage für einen solchen Vergleich und sie deutet in ihrem Fazit (Kap. 5) auch an, wo man hierbei u. a. ansetzen könnte, nämlich bei »der Rolle des Niederadels, dessen Rückzug aus der Lokaladministration überhaupt erst die Freiräume schuf, in die die städtischen Führungsgruppen dann vorstoßen konnten« (446).

■

Bernd Kannowski

Vae cupidae legum iuventuti – jugendgefährdendes Schrifttum!*

Es beginnt mit einer Reminiszenz an mein Lieblingsmärchen. Das ist das Märchen von des Kaisers neuen Kleidern. Ich zitiere v. Olberg-Haverkate: »Ziel der Klassifikation der Textklasse Rechtsbücher ist die Textsortenermittlung, die Kategorisierung auf der Ebene der langue, des Sprachsystems. Gegenüber der Textklasse / Textgattung / Textgruppe sind Textsorten theoretische Konstrukte. Der Umfang der Textsorte ist in dieser Untersuchung nicht wie in älteren Ansätzen an das Satzmodell¹ gebunden. »Die Annahme von der kommunikationstheoretischen Orientierung der systemhaften, synchronen linguistischen Textsorte sprengt schließlich den Rahmen des strukturalistischen Systembegriffs... Sie führt zu einer Zweidimensionalität des Textsortenbegriffs. ... Die Textsorte unterscheidet [sic] sich durch die Einbeziehung situativer, pragmatischer Merkmale von den anderen Einheiten der langue (Phonem, Morphem, Satztypen)«.² Die zentrale Frage aus des Kaisers neuen Kleidern lautet übersetzt für diesen Kontext so: Ist das einfach völlig substanzlos und nichtssagend oder habe ich irgendetwas nicht verstanden?

Ein gravierendes Problem liegt bereits darin, dass Vf. nur eine »Auswahl« von Handschriften behandelt. Sie wird nicht müde, das auszusprechen, und wiederholt es (wie so vieles)³ immer wieder,⁴ wobei sie behauptet, ihre Auswahl von Handschriften sei »repräsentativ«.⁵ Dafür fehlt jedoch jede Begründung. Sie sagt nicht, warum sie ausgerechnet diese Handschriften heranzieht und andere nicht. Allein das schon entwertet diese Studie mehr oder weniger vollständig. Wenn ich beispielsweise sage, dass die Einteilung des Landrechts in drei Bücher in meiner Auswahl überwiegt (73):⁶ Was soll das bringen? Das Ergebnis hängt doch einzig davon ab, welche Handschriften ich mir aussuche. Um das anhand eines Beispiels aus dem Buch der Vf. zu verdeutlichen: Die Autorin ist der Meinung, die Glossen zum Landrecht und Lehnrecht würden stets mit den jeweiligen Rechtstexten gemeinsam überliefert.⁷ Das ist falsch. Es gibt dafür sogar mehr Gegenbeispiele, als jede der v. Olberg-Haverkate'schen Tabellen an Einträgen (»repräsentative Auswahl«) aufweist.⁸ Richtig ist allerdings, dass diese Gegenbeispiele Ausnahmen sind. In den meisten Fällen sind Text und Glosse in

* GABRIELE VON OLBERG-HAVERKATE, Die Textsorte Rechtsbücher. Die Entwicklung der Handschriften und Drucke des Sachsenspiegels und weiterer ausgewählter Rechtsbücherhandschriften vom 13.–16. Jahrhundert (Germanistische Arbeiten zu Sprache und Kulturgeschichte 55), Frankfurt am Main: Peter Lang 2017, 290 S., ISBN 978-3-631-65980-9

1 Ob es sich bei »Satzmodell« um einen mir unbekannten wissenschaftlichen Fachbegriff oder schlichtweg einen Tippfehler handelt, vermag ich nicht mit Sicherheit zu sagen. In Anbetracht der Häufigkeit von Tippfehlern in diesem Buch ist allerdings Letzteres wahrscheinlicher.

2 22. Als Beleg hierfür zitiert v. Olberg-Haverkate sich selbst.

3 Z. B. 14: »... das Recht war göttlich gegeben, es kam nur darauf an, es zu finden.« 19: »... das von Gott gegebene Recht [ist] vorhanden, es muss

nur gefunden werden.« 18: »... weitere spätere Stadtrechtsbücher handle ich nur überblicksartig.« 21: »Andere Stadtrechtsbücher ziehe ich zum Vergleich sporadisch hinzu.« 27: »Bei ca. 1700 Rechtsbücher-Handschriften ist dies ein sehr großes Unternehmen, das nur ansatzweise zu leisten ist.« 39: »Bei ca. 1700 Rechtsbücher-Handschriften ist dies ein sehr großes Unternehmen, hier soll der Versuch unternommen werden, an Hand [sic] einer repräsentativen Auswahl die Textentwicklung in Bezug auf die makrostrukturelle Entwicklung in ihrer sozialen Einbettung darzustellen.«

4 Z. B. 17, viermal auf 18/19, noch einmal auf 39, 74 usw.

5 18: »repräsentative Auswahl«, »ausgewählte repräsentative Rechtsbücherhandschriften«; 19: »Die Untersuchung des hier gewählten exemplarischen Textkorpus ...«, usw.

6 Ebenso: Artikelteilung (82); Anteil der Papierhandschriften (99), der glossierten (104) und der mit Register (106) sowie der mit Kolophon (122).

7 12.

8 Reine Glossenhandschriften, zunächst für die Buch'sche Glosse: Berlin SPK Ms. germ. fol. 284 (Ulrich-Dieter Oppitz, Deutsche Rechtsbücher des Mittelalters II, Beschreibung der Rechtsbücher, Köln–Wien 1990, Nr. 116); Ms. germ. fol. 586 (Oppitz 129); Ms. germ. qu. 453 (Oppitz 202); Ms. germ. fol. 1254 (Oppitz 187); Breslau BU Mil. II 236 (Oppitz 277); Dessau Anhaltische Landesbibliothek Georg. 268.4 (Oppitz 410); SLUB Dresden, M 3b (Oppitz 436 – teilweise reine Glossenhandschrift); Gotha Chart. A 214 (Oppitz 622); Grimma, Stadtarchiv, II 4 Nr. 6 (Oppitz 638); Hildesheim, Stadtarchiv Best. 52 HM Nr. 367 (Oppitz 714); UB Leipzig, Ms. 949 (Oppitz 887);

der Tat gemeinsam (in einer einzigen Handschrift zwischen zwei Buchdeckeln) überliefert. Wenn ich nun aber eine nach meiner Behauptung repräsentative Auswahl mache und genau die in meiner Fußnote 8 genannten Ausnahmen auswähle, so habe ich den Beweis dafür, dass sämtliche Glossierungen getrennt von den jeweils glossierten Rechtstexten überliefert sind. Quod erat demonstrandum. Soviel ist die wissenschaftliche Argumentationsweise v. Olberg-Haverkates wert.

Darüber hinaus ist mir trotz dieser theoretisch hoch angelegten Einleitung nicht klar, was Vf. mit diesem Buch eigentlich bezweckt. Es ist die Rede von der Entwicklung von Handschriften und Drucken und von dieser Textsorte, was immer das sein mag. Bei einem Blick auf den Werbetext auf der Rückseite des hinteren Buchdeckels drängt sich im Übrigen der Verdacht auf, dass es sich dabei um etwas recht Simples, von den abgehobenen zitierten Ausführungen ziemlich weit Entferntes handelt. In der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts hätten sich drei neue Textsorten entwickelt, die da waren »überregionales Kaiserrecht«, »regional gebundenes Stadtrecht« und »gelehrtes universitäres Recht«. Das ist nun wirklich nichts Neues. Erstaunlich ist allenfalls, dass es diese drei Quellentypen erst seit dem 15. Jahrhundert und nicht schon erheblich früher gegeben haben soll.

Aber wie dem auch sei. Jedenfalls spricht Vf. immer wieder auch über inhaltliche Aspekte des Sachsenspiegels (Zweischwerterlehre⁹ – Struktur des Sachsenspiegels¹⁰ – Welche Teile der Reimvorrede stammen von Eike von Repgow¹¹ – Mythische Legitimation von Recht sowie acht verschiedene Legitimationsarten von Recht, wobei später noch eine neunte hinzukommen soll usw.¹²). Es scheint, dass v. Olberg-Haverkate hier so eine Art

enzyklopädisches Werk, einen alles erledigenden Rundumschlag¹³ vorlegen will. So etwas kann natürlich nicht gelingen. Stilistisch ist das alles ein ziemlich wirrer und haarsträubend schlecht redigierter Flickenteppich, bei dem die Autorin immer wieder vollkommen gehaltlose Aussagen mit wörtlichen Zitaten belegt. Dabei ist v. Olberg-Haverkate auf einem überholten Forschungsstand stehengeblieben und hat ab einem bestimmten Punkt Neuerscheinungen offensichtlich nicht mehr wahrgenommen. Deutlich wird das etwa in Fn. 230 auf 103 f. Dort ist die Rede von einer »kürzeren Buchschen Glosse«. So etwas existiert nicht. Ferner ist die Rede davon, dass »eine Edition der jüngeren Glossen zum ›Sachsenspiegel‹ (Petrinische Glosse, Stendaler Glosse, Glosse des Nikolaus Wurm [sic] und die Glossen zum Sachsenspiegel-Lehnrecht)« folgen solle. Tatsächlich handelt es sich um mehrere Editionen, sowohl zum Sachsenspiegel-Landrecht als auch zum Lehnrecht. Zwei Editionen zum Sachsenspiegel-Lehnrecht sind inzwischen erschienen, die erste davon bereits vor nunmehr 12 Jahren.¹⁴ Das Bizarre ist nun, dass sich eben dieses vor nunmehr 12 Jahren erschienene Werk (das nach v. Olberg-Haverkate, 103 f. Fn. 230, wie gesagt, noch gar nicht erschienen ist) auch in ihrem Literaturverzeichnis findet.¹⁵ Ich weiß nicht, wie so etwas möglich ist. Vielleicht hat Vf. das Literaturverzeichnis nicht selbst erstellt. Vielleicht hatte sie bei dessen Erstellung vergessen, was sie in ihrem Buch geschrieben hatte. Wie dem auch sei, gut ist jedenfalls nichts davon. Und dieses Literaturverzeichnis selbst ist so eine Sache für sich. Es ist eigentlich gar kein Literaturverzeichnis. Ein solches nämlich würde bekanntlich bei einer wissenschaftlichen Arbeit die Funktion erfüllen, die verwendete Literatur aufzulisten. Nicht so bei

Stadtbibliothek Lübeck, Ms. jur. 2 71 (Oppitz 963 – teilweise reine Glossenhandschrift); Stadtarchiv Torgau, Nr. 3024 (Oppitz 1427); ULB Halle, Stolz.-Wern. Zb 36 (Oppitz 659); Breslau BU F II 7 (Oppitz 260 – nur Petrinische Glosse); nur kürzere Lehnrechtsglosse: ULB Darmstadt Hs. 3762 (Oppitz 394); SLUB Dresden M. 35 (Oppitz 453); UB Leipzig Hs. 1095 (Oppitz 897). Für die meisten dieser Handschriften ist dem zitierten Handschriftenverzeichnis von Oppitz zu entnehmen, dass es sich

um reine Glossenhandschriften handelt. Folgende Handschriften sind bei Oppitz fehlerhaft als solche ausgewiesen, die auch den Text enthalten, so dass das Werk von Oppitz insoweit zu korrigieren ist: Oppitz 116, Oppitz 436 (teilweise reine Glossenhandschrift), Oppitz 887 und Oppitz 963 (teilweise reine Glossenhandschrift). Weiterhin sind bei Oppitz 1427 Aufbewahrungsort sowie Signatur der Handschrift zu korrigieren.

9 43 f.

10 70 f.

11 85 f.

12 87–90, 115.

13 Besonders hübsch: der rechtshistorische Crashkurs, der über 1000 Jahre in kaum 15 Zeilen abhandelt, auf 15.

14 FRANK-MICHAEL KAUFMANN (Hg.), Glossen zum Sachsenspiegel-Lehnrecht. Die kürzere Glosse (MGH. Fontes iuris Germanici antiqui, Nova series, VIII), Hannover 2006.

15 258.

v. Olberg-Haverkate. Sie listet vieles auf, das sie gar nicht benutzt hat.¹⁶ Dafür lässt sie dann zitierte Werke im »Literaturverzeichnis« weg.¹⁷ Es ist eher eine Art Bibliographie oder Literaturliste zum Thema, die ziemlich willkürlich und mit wenig Sachverstand, dafür aber mit vielen Fehlern zusammengestellt ist.

Dieses Buch ist so voll mit Fehlern und Widersprüchen, dass es schade um die Zeit und das Papier wäre, die es bräuchte, sie alle aufzuzählen. Nur ein einziges Beispiel will ich geben, um einen Eindruck von dem zu vermitteln, was ich meine.

Auf 97 gibt v. Olberg-Haverkate – das sagt sie jedenfalls – den Kolophon des von Anton Sorg im Jahre 1482 zu Augsburg besorgten Lehnrechtsdruckes wieder. Das liest sich bei ihr so:

»C Hye enndet sich der sachsenspiegel mit ordnung des rechten den der wirdig in got vater vnd herze Theodoricus von Bockstorf bischoff zū Neunburg s(liger gecorrigieret hat. Getrucket v] volenndet von Anthoni Sorgen in der keyserlichen stat Augspurg. Am Donnerstags vor vrbani. Do man zalt nach Cristi gepurt. M.C.C.C.C.lxxxjj jare.«

Dieses Zitat springt ins Auge, weil wirklich jedem – gleichgültig, ob irgendwelche Kenntnisse alter Drucke oder des Sachsenspiegels vorhanden sind – auffallen muss, dass das da so nicht stehen kann. Jedenfalls mit dieser runden und dieser eckigen Klammer mitten im Wort muss wohl irgendetwas faul sein. Und das ist auch so. Es geht weiter mit diesem allein stehenden großen C am

Anfang. Alle, die schon einmal einen alten Druck in der Hand hatten, wissen, wie ein Absatzzeichen aussieht (das wir hier natürlich vor uns haben und nicht ein großes C). Und nicht nur die. Heutige Benutzer von Textverarbeitungsprogrammen wissen das auch.¹⁸

Dann ist da vom Sachsenspiegel die Rede. Alle, die sich ein bisschen mit diesem auskennen, wissen, dass jedenfalls im 15. Jahrhundert (und auch noch weit darüber hinaus) nur das Landrecht als »Sachsenspiegel« bezeichnet wurde. Was wir heute das Lehnrecht des Sachsenspiegels nennen,¹⁹ wurde damals nicht als Teil desselben angesehen und hieß »Sächsisches Lehnrecht« oder einfach nur »Lehnrecht«.

Werfen wir also einen Blick in den Druck, auf den sich die Autorin bezieht. Dieser soll sich laut Fußnote finden in ihrer »Tabelle 18 Nr. 9266«. Dort erhalte ich auf 62 einen Link zu einem Digitalisat der BSB München.²⁰ Wenn ich diesen aufrufe, erhalte ich »Weichbild Magdeburgs, Mit Glosse von Burchard von Mangelfelt (?) und Reimvorrede auf Eike von Repgow. Mit Remissorium zum Sachsenspiegel und Weichbild Magdeburgs von Dietrich von Bocksdorf, Augsburg, 1495.04.08.« Das ist nicht das, was v. Olberg-Haverkate anführt. Man sieht es an der dort angegebenen Nummer: GW 9267, und eben nicht GW 9266 (was es nach v. Olberg-Haverkate sein soll).

Aber von so etwas lasse ich mich nicht entmutigen. Vielleicht ist v. Olberg-Haverkate einfach nur um eins verrutscht (das kann ja mal passieren) und ich finde das Gemeinte eine Zeile darüber (nach v. Olberg-Haverkate GW 9265, auch für

16 Um nur ein Beispiel anzuführen: Im Literaturverzeichnis finden sich insgesamt neun Titel von Heiner Lück (263f.). Ich nummeriere sie fortlaufend durch (1–9). Von diesen neun sind drei zitiert (2, 4 und 5), vielleicht auch vier (2, 4, 5 und 7), ich weiß es nicht. Ich weiß es deshalb nicht, weil Vf. »Über den Sachsenspiegel« in zwei Auflagen anführt (5 und 7), ohne in den Fußnoten anzugeben, auf welche davon sie jeweils Bezug nimmt. Die Anführung dieser beiden Auflagen gelingt dabei (wie so vieles in diesem Buch) nicht ohne Tippfehler. Es sei denn, der Koautor hätte irgendwann zwischen 1999 und 2005 die Schreibweise seines Nachnamens von »Schamall« hin zu »Schymalla« geändert.

17 Für Lück: 103 Fn. 226. Gemeint sein könnte dieser Aufsatz: Die europäische Dimension des Sachsenspiegels, in: DIRK HEIRBAUT et al. (Hg.), Sachsenspiegel in Brüssel (Iuris Scripta Historica XXIV), Brüssel 2011, 21–26. Von der Seitenzahl her würde das jedenfalls passen. Weiterhin: 29 Fn. 65, »U. Schäfer, Zum Problem der Mündlichkeit ...«. Gemeint sein dürfte: URSULA SCHÄFER, Zum Problem der Mündlichkeit, in: JOACHIM HEINZLE (Hg.), Modernes Mittelalter: neue Bilder einer populären Epoche, Frankfurt a. M. [u. a.] 1999, 357–375. Auch das würde von der Seitenzahl her passen.

18 Ich sehe ein solches Zeichen in der grauen Befehlsleiste oben auf mei-

nem Bildschirm just in diesem Moment, ein kleines Stück links von der Mitte.

19 Inwiefern das begründet ist, steht hier nicht zur Debatte. Auf diese Frage bin ich eingegangen in meinem Beitrag: Landrecht und Lehnrecht nach dem Sachsenspiegel. Für und Wider einen (vermeintlichen?) »uralten Irrtum«, in: JAN HALLEBEEK et al. (Hg.), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, 351–365.

20 <http://daten.digital-sammlungen.de/-db/0003/bsb00035094/images/>, Abruf am 30. April 2019.

diesen Druck gibt sie in der Fußnote ein Digitalisat an).²¹ Aber Pustekuchen. Der durch v. Olberg-Haverkate angegebene Link ist tot.²² Wirklich blöd, sowas. Ich gebe aber immer noch nicht auf und versuche herauszufinden, was die Autorin gemeint haben könnte. Ich glaube, es gefunden zu haben. Durch Korrektur eines Tippfehlers in dem Link in ihrer Fußnote 134²³ finde ich ein Digitalisat von GW 9265 (was Vf. auch angibt, sie ist hier also offenbar nicht verrutscht). Allerdings gibt es damit ein kleines Problem: Der digitalisierte Text enthält weder die Angabe, er sei in Basel gedruckt, noch die, dass dieses 1482 geschehen sein soll. Auch einen Verweis auf Bernhard Richel, der nach der Angabe der Vf. der Drucker sein soll, suchen wir vergeblich. Digitalisiert ist vielmehr ein Weichbildrecht mit Glosse ohne Angabe von Erscheinungsort und Erscheinungsdatum. Gedruckt wurde es wohl um 1473/1475 (GW 9265). All das lässt sich übrigens ohne Mühe im Gesamtkatalog der Wiegendrucke nachlesen, der auch online zugänglich ist.²⁴

Nachdem ich also festgestellt habe, dass es sich um ein völlig verunglücktes Fehlzitat handelt, habe ich nach so viel zeitraubender Irreführung dann doch den Ehrgeiz herauszufinden, woher Vf. das hat, was sie da wiedergibt (ich meine ihr Zitat des Kolophons; das war ja – wie bei all der Verwirrung möglicherweise mittlerweile in Vergessenheit geraten ist – der Ausgangspunkt meiner Reise). Komplett ausgedacht hat sie es sich vermutlich wohl doch nicht. Also suche ich im Gesamtkatalog der Wiegendrucke nach einem von Anton Sorg gedruckten Landrecht des Sachsenspiegels. Eines von 1482 gibt es aber nicht – sollte etwa auch noch die Jahreszahl bei v. Olberg-Haverkate falsch sein?

Das ist sie in der Tat. Ich finde einen im Jahr 1481 von Anton Sorg zu Augsburg besorgten Druck des Landrechts, GW 9257 (nicht 9266,²⁵ wie Vf. angibt). Dort finde ich als Krone meiner Suche dann Folgendes:

»Hye enndet sich der sachsenspiegel mit ordnung des rechten den der erwirdig in got vater vnd herre Theodericus von Bockstorf byschoff zů Neünburg sãliger gecorrigiert hat. Getrucket vñ volenndet von Anthoni Sorgen in der keyserlichen stat Augspurg am donerstag vor vrbani, do man zalt nach Cristi gepurt M.CCCC.lxxxj jare.«²⁶

Bei einem Vergleich mit der Passage bei v. Olberg-Haverkate ergibt sich, dass sich bei ihr in einem knapp vier Zeilen umfassenden Text nicht weniger als zwölf Fehler verschiedener Art finden.

Wer Freude an Schnitzeljagden im Minenfeld abgründiger Verwirrungen und Nachlässigkeiten hat, dem kann ich das Buch empfehlen. Es ist ein schönes Gefühl, wenn man nach langer Suche feststellt, dass man doch nicht alles falsch gemacht hat, dass man doch nicht gar nichts weiß oder gar den Verstand verloren hat. Vielmehr liegt das Problem allein auf der anderen Seite, was dann doch ungemein beruhigt. Auf diese Weise erlebt man ein paar Momente des Glücks.

Warum so viel Aufwand, um ein so in jeder Hinsicht missratenes Buch zu besprechen? Dafür gibt es nur einen Grund. Auf dass die cupida legum iuventus – der ein großer Gesetzgeber sein Werk einst widmete²⁷ – vor diesem Buch gewarnt werde.



21 digital.slub-dresden.de/werkansicht/dif/14380/15/0/, Aufruf am 30. April 2019.

22 Bei Eingabe am 30. April 2019 erhielt ich die Anzeige »Fehler: Seite nicht gefunden«.

23 Richtig ist m.E. <http://digital.slub-dresden.de/werkansicht/dlf/14380/1/>.

24 <https://www.gesamtkatalogderwiegendrucke.de/>, Aufruf am 30. April 2019.

25 Richtig lautet der Kolophon des besagten Druckes Augsburg 1482 (GW

9266) wie folgt: »Hie endet sich das remissorium mitsamt dem wichbild vnd lehenrecht. Getrucket vnd volendit in der keyserlichen stat Augspurg von Anthonio sorg an montag nächst vor Thome des iars als man zalt nach Cristi gepurt MCCCCLXXXII« (fol. 106rb).

26 <http://daten.digital-sammlungen.de/0003/bsb00034289/images/index.html?id=00034289&groesser=&fip=193.174.98.30&no=&seite=466>, Aufruf am 30. April 2019.

27 Corpus iuris civilis, Institutiones, constitutio »Imperatoriam« (inscription) Kaiser Justinians vom 21. November 533.

Stéphane Péquignot

Pour une relecture des traités diplomatiques de la fin du Moyen Âge*

Dans l'Occident de la fin du Moyen Âge et du début de l'époque moderne, la paix se rétablit par des paroles, par des gestes, par des rituels et des cérémonies, mais aussi grâce à un important travail d'écriture. Les traités en sont une part essentielle. Leur conclusion est soigneusement mise en scène et leur conservation fait l'objet d'une grande attention. Dans l'ouvrage tiré de sa thèse soutenue à Münster en 2016, Gesa Wilangowski analyse cet «instrument multifacettes» (5; *traductions françaises par le critique*) pour éclairer la *praxis* de la diplomatie sous Maximilien, plus particulièrement les relations de l'Empire avec le royaume de France. Du mariage en 1477 de l'héritier Habsbourg avec Marie de Bourgogne jusqu'au traité de Cambrai ratifié en 1510, l'auteure examine au prisme des traités les interactions avec une puissance voisine à la constitution politique différente d'un Empire qui lui-même se transforme au temps de la «réforme de l'Empire» (*Reichsreform*), de la création de la «chambre de justice impériale» (*Reichskammergericht*) et de la tentative éphémère d'un «gouvernement de l'Empire» (*Reichsregiment*). L'enjeu consiste notamment à déceler des modifications dans les procédures et la «diplomatie des traités» (*Vertragsdiplomatie*), ainsi que les effets internes d'échanges entre des systèmes «asymétriques». Pour mener à bien ce projet articulant histoires de la diplomatie et des régimes politiques, le corpus des traités est élargi à d'autres actes – instructions, lettres d'ambassadeurs, comptes rendus d'assemblées, sources narratives et normatives –, et l'analyse déclinée de façon chronologique en huit chapitres, organisés autour de moments-clefs, ce qui autorise une approche contextualisée et processuelle.

La première question envisagée est le sort réservé en 1477 à l'héritage bourguignon dans les traités juridiques produits par des négociateurs expérimentés – Jean d'Auffay pour Maximilien, Pierre d'Oriole et Guillaume Cousinot au service

de Louis XI. Leurs stratégies argumentatives différentes, leur appréciation de l'histoire des relations franco-bourguignonnes, du droit féodal, de la souveraineté des parties ou de la portée des traités anciens, également. Néanmoins, d'après G. Wilangowski, affleure une «sensibilité croissante aux similitudes institutionnelles et aux différences entre pays chrétiens, surtout de l'Empire» (44). De façon comparable, les négociations menées en vue d'un cessez-le-feu (1478–1480) se traduisent par une prise en compte mutuelle de la complexité de l'autre partie, qu'il s'agisse du rôle du Parlement en France ou de celui, perçu comme ambivalent, des princes électeurs dans l'Empire. Les clauses accordées dans les traités s'avèrent toutefois à elles seules insuffisantes pour la pacification, la mise en écrit se heurte à des limites (*die Grenzen schriftlicher Fixierbarkeit*, 65), elle doit être explicitée par des acteurs locaux – on retiendra le cas intéressant de Tournai – qui jouent un rôle déterminant dans l'interprétation et l'établissement effectif des cessez-le-feu. Une même logique au fond est à l'œuvre à partir du traité de paix d'Arras (1482), sur un mode exacerbé: les tensions successorales suscitées par la mort de Marie de Bourgogne sont vives, les acteurs impliqués plus nombreux avec l'irruption des États de l'Empire, et, lorsque le roi Charles VIII déroge de fait à Maximilien sa promesse, Anne de Bretagne, la rupture, réelle ou supposée, du traité par le Valois devient un thème de propagande dans l'Empire. L'épreuve diplomatique est surmontée en 1493 avec le traité de Senlis, mais non sans ambivalence, puisque les parties n'enregistrent pas l'accord de manière identique. L'étude contextualisée des traités confirme donc à plusieurs égards leur portée limitée.

Les années suivantes, marquées par un regain de tensions en Italie puis par de nouvelles négociations, permettent d'observer le rôle des changements institutionnels internes dans l'évolution des procédures suivies pour la fabrique des traités.

* GESA WILANGOWSKI, *Frieden schreiben im Spätmittelalter. Vertragsdiplomatie zwischen Maximilian I., dem römisch-deutschen Reich und*

Frankreich, Berlin/Boston: De Gruyter Oldenbourg 2017, 288 p., ISBN 978-3-11-049311-5

Les États de l'Empire et l'Empire lui-même tendraient à s'ériger en acteurs à part entière, distincts de l'empereur, créant de la sorte une situation duale dont cherche à jouer la partie française. Pour l'accord de Trente (1501) passé entre Maximilien et le cardinal Georges d'Amboise au nom de Louis XII, l'inclusion des princes et des États d'Empire est initialement prévue, mais n'aboutit pas. Les négociations ultérieures, remarquablement documentées par le journal d'Andrea del Burgo, donnent lieu à un important travail d'écriture, de tractations et de rituels, sans parvenir à une paix durable, révélant une fois encore les tensions internes dans l'Empire sur la gestion des relations avec la France. Le traité de Cambrai (1508), par lequel Maximilien et Louis XII doivent s'engager contre Venise, apparaît alors comme l'ultime manifestation pour la période des effets de la dualisation politique de l'Empire sur la pratique diplomatique: les États réclament le droit d'envoyer leurs propres ambassadeurs; la chambre de justice impériale procède à un enregistrement séparé du traité et les tensions Empire/États sur la politique vénitienne restent patentées.

L'ouvrage soutient par conséquent une thèse: les traités, bien que chargés d'une valeur juridique et portant un discours affirmant la durée, voire la perpétuité de leur validité, doivent être considérés comme une part d'un processus plus large et non univoque de tractation entre les parties. Pour Gesa Wilangowski, ils fournissent un cadre qui est lui-même objet de négociations (240), susceptible d'interprétations et de modifications apportées par des sujets ou des instances politiques émergentes impliquées dans le processus. Il en résulte une vision que l'on qualifiera de pragmatique, selon laquelle les traités peuvent être rompus presque à loisir, jouissent d'une effectivité limitée, et s'avèrent finalement »dé-constructibles« (253).

Certains développements auraient pu être nuancés en tenant compte plus largement des études de diplomatique sur les traités et de la bibliographie en français, depuis les travaux classiques de Maulde-la-Clavière sur la diplomatie de Louis XII jusqu'aux recherches récentes d'Élodie Lecuppre-Desjardin sur un ensemble bourguignon dont la caractérisation fait débat. Une dernière relecture avant publication aurait par ailleurs permis de corriger des coquilles assez nombreuses¹ et d'améliorer un index très perfectible. Ces remarques critiques de détail ne doivent toutefois pas faire oublier l'essentiel: il s'agit d'un livre stimulant, grâce auquel, en refusant tout finalisme et en accordant à la pluralité des acteurs et aux dissensions internes une importance méritée, l'auteure intègre de façon convaincante les traités dans les débats actuels de l'historiographie sur la diplomatie médiévale. C'est là faire œuvre utile, car, paradoxalement, le regain des études en ce domaine a insuffisamment concerné les traités, sans doute parce qu'ils représentaient une pièce maîtresse dans les récits d'histoire événementielle et les approches de géopolitique avec lesquels il s'agissait précisément de rompre. En mettant à nu la fragilité des traités, l'ouvrage éclaire donc de façon originale une diplomatie, celle de Maximilien, pourtant déjà bien étudiée.² Il soulève aussi des questions plus générales sur le statut, la fonction et l'effet des traités, qui ont contribué à nourrir un colloque récemment publié.³ Dans ce sillage, on terminera cette note par une interrogation ouverte: le caractère »dé-constructible« des traités est-il un effet d'observation pragmatique *a posteriori*, ou pas? Envisageait-on sciemment de s'engager dans un traité en sachant qu'on allait le rompre? Sur ce point, il est un contemporain dont la pensée – et les ambassades – mériteraient d'être prises en considération: Machiavel.



1 *Pax christiana* pour *pax christiana* (123); *realitier* pour *realiter* (125); *Maçon* pour *Macon* (128), etc.

2 Cf. WALTER HÖFLECHNER, *Die Gesandten der europäischen Mächte, vornehmlich des Kaisers und des Reiches 1490–1500*, Vienne 1972; CHRISTINA LUTTER, *Politische Kommunikation an der Wende vom Mittelalter zur Neuzeit. Die diplomati-*

schen Beziehungen zwischen der Republik Venedig und Maximilian I. (1495–1508), Vienne 1998; GREGOR METZIG, *Kommunikation und Konfrontation. Diplomatie und Gesandtschaftswesen Kaiser Maximilians I. (1486–1519)*, Berlin 2016.

3 GEORG JOSTKLEIGREWE (dir.), avec la collaboration de GESA WILANGOWSKI, *Der Bruch des Vertrages. Die Ver-*

bindlichkeit der Diplomatie und ihre Grenzen, Berlin 2018.

Daniel S. Allemann

Re-reading Vitoria*

Francisco de Vitoria was born more than five centuries ago, but his life and work continues to intrigue. Within the field of international law, he holds a particularly special place. In the 1920s and 1930s, Vitoria was turned into the founding father of the discipline.¹ And for many, he remains closely associated with »the origins of modernity« and the »discovery of international law«.² The Dominican friar had a spectacular career and lived through times of major transformations. As Prime Chair of Theology at the renowned University of Salamanca, he thought through pressing contemporary issues, for in his view, theologians were uniquely qualified to tackle the most momentous questions of morality and human action. Accordingly, Vitoria engaged with the »heresies« of Reformed theology, the *comunero* revolt against Charles V, or the Spanish conquest of the New World. Most influential of all, then and now, were his annual public lectures that formed the pinnacle of the academic year. For the first time, these are now available in a complete critical edition.

In his *relectiones*, as these lectures were known, Vitoria elaborated on specific themes that grew out of his ordinary lecture courses on Aquinas's *Summa theologiae*.³ Despite their name, the *relectiones* were more than simple re-readings. Vitoria often used them as a platform to examine current affairs. Moreover, the *relectiones* were solemn occasions that attracted Salamanca's entire academic community. Between Christmas 1527 and the spring of 1543, Vitoria delivered fifteen of these special discourses. The thirteen that have been preserved constitute the core of the new Latin-Spanish edition.

As Antonio Osuna, the main editor of the volume, notes in one of the three introductory essays, there are two particular relections that have profoundly shaped the modern historiographical imagination of Vitoria: the *De indis* (*On the American Indians*) and the *De iure belli* (*On the Law of War*). They home in on the legal foundations of the Spanish conquest as well as on questions about the justice of war more broadly conceived. It is thus no coincidence that international legal scholars turned to precisely these lectures of Vitoria's when crafting the genealogy of their discipline in the early twentieth century. The numerous translations of *De indis* and *De iure belli* that were issued in this context made Vitoria famous once again.⁴ However, these were not his only topical relections. In fact, Vitoria had already voiced critical remarks about the rationale for Spanish intervention in the Americas in the earlier *De temperantia* (*On temperance*), a text that is often neglected by scholars today but which was explosive at the time (vol. II, 495). What is more, in his forceful lecture on the origin of political power (*De potestate civili*), Vitoria vindicated the Spanish monarchy against the republican demands of the rebelling *comuneros*. Even the relection on marriage was inspired by a contemporary controversy. In a personal letter, the Spanish empress Isabella prompted the professor to shine new light on the separation of Henry VIII and Catherine of Aragon – though in the end, Vitoria sidestepped the issue of divorce in *De matrimonio* (vol. I, 25–32).

In a way, the thirteen *relectiones* have long been published. In 1557, little more than a decade after Vitoria's death, the Frenchman Jacques Boyer pub-

* FRANCISCO DE VITORIA, O. P., *Relecciones jurídicas y teológicas*, 2 tomos, edición crítica usando los manuscritos y con nueva versión española dirigida por ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, con colaboración de JESÚS CORDERO PANDO et al., Salamanca: Editorial San Esteban 2017, 965 + 1029 p., ISBN 978-84-8260-332-9

1 IGNACIO DE LA RASILLA DEL MORAL, *In the Shadow of Vitoria: A History*

of International Law in Spain (1770–1953), Leiden 2018, 1–8, 196–205, see review of Carlos Petit in this issue.

2 The phrases are taken from the title of JOSÉ MARÍA BENYETO, JUSTO CORTI VARELA (eds.), *At the Origins of Modernity: Francisco de Vitoria and the Discovery of International Law*, New York 2017.

3 On the latter, see FRANCISCO DE VITORIA, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, ed. by

VICENTE BELTRÁN DE HEREDIA, 6 vols, Salamanca 1932–52.

4 See the classic by JAMES BROWN SCOTT, *The Spanish Origins of International Law: Francisco de Vitoria and His Law of Nations*, Oxford 1934.

lished a complete edition of the lectures in Lyon.⁵ Soon after, a further edition appeared in Vitoria's native Salamanca, and six more followed over the course of the sixteenth and seventeenth centuries (vol. I, 35–37). We might thus ask: why do we need yet another one?

The problem with these early modern tomes, as Ramón Hernández explains in his introduction, is that they were all based on deficient sources – texts, that is, which had undergone major revisions and differed widely from Vitoria's own, original words. Rather than presenting yet another iteration of these textually problematic early prints – as numerous modern editions have done⁶ – the present volume takes a different path. It aims to provide a critical edition of the relections on the basis of the manuscripts that have been preserved, thus approaching Vitoria's genuine thought as closely as possible (vol. I, 46).

This is not a straightforward venture, as the manuscripts that have come down to us were all drawn up by scribes. Yet there is evidence that at least those penned during Vitoria's lifetime are faithful reproductions of the author's now-lost copy. Upon close inspection it becomes clear that they are almost identical word for word, which points to the existence of a common source (vol. I, 20). More importantly still, the most complete, well-preserved, and authoritative manuscript even makes an explicit reference to the »original« from which it was copied (vol. I, 48). Composed around 1540, this text is now held in the cathedral library of Palencia and forms the foundation for the new Latin-Spanish edition. It was first brought to the attention of a wider scholarly audience in the wake of the rediscovery of Vitoria in the previous century.⁷ Since then, the Palencia manuscript has serv-

ed as the basis for critical editions of the celebrated *De indis* and the *De iure belli*.⁸ More recently, Anthony Pagden and Jeremy Lawrance offered seven of Vitoria's lectures in a masterful English translation (though omitting the Latin text).⁹ It is only with the present volume, however, that we are finally presented with a comprehensive critical edition that features all of Vitoria's thirteen relections.

In two weighty tomes that amount to almost exactly 2,000 pages, these are rendered in the original Latin with a facing Spanish translation. Apart from the introductory essays mentioned above, each *relectio* comes with another short introduction that outlines its major themes, the broader historical context, as well as details on the state and use of the manuscripts. These prolegomena offer some helpful guidance not only for those unfamiliar with Vitoria's thought. The primary texts themselves include enlightening notes on Vitoria's references to classical, canonical, and contemporary authorities, which are often implicit or otherwise difficult to identify for modern readers.¹⁰ It is regrettable, however, that these notes are part of the Latin text rather than the facing translation. On the one hand, this thwarts the editors' efforts to make Vitoria's texts accessible for a Hispanophone audience. On the other, it also leads to a further problem; one for those interested in the Latin original. Since the footnotes are already taken up with comments on Vitoria's sources, the editors' excellent observations on textual variations between the different manuscripts and early prints go entirely unmentioned in the body of the text. The heart of the critical apparatus is wholly relegated to the footer of the page.

5 FRANCISCO DE VITORIA, *Relectiones theologicae* XII, 2 vols, Lyon 1557. An excellent digital edition is available at <https://www.salamanca.school/en/work.html?wid=W0013> (accessed 15 April 2019).

6 See e. g. the recent Latin-German edition, which is based on the Salamanca edition of 1565: FRANCISCO DE VITORIA, *Vorlesungen: Völkerrecht, Politik, Kirche*, trans. by JOACHIM STÜBEN with an introduction by ULRICH HORST, ed. by ULRICH HORST et al., 2 vols., Stuttgart 1995–97. See also the earlier Latin-Spanish edition, also based on the 1565 edi-

tion: FRANCISCO DE VITORIA, *Obras de Francisco de Vitoria: Relecciones teológicas*, trans. and ed. with an introduction by TEÓFILO URDÁNOZ, Madrid 1960.

7 The first seven relections of the Palencia MS are published in facsimile in FRANCISCO DE VITORIA, *Relecciones teológicas*, ed. and trans. with an introduction by LUIS ALONSO GETINO, 3 vols., Madrid 1933–36, I (1933). Note that Getino's Spanish translation was, however, based on early modern editions of the relections.

8 FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de indis o libertad de los indios*, ed. and

trans. by LUCIANO PEREÑA et al., Madrid 1967. FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de iure belli o Paz dinámica: Escuela Española de Paz* (Primera generación 1526–1560), ed. and trans. by LUCIANO PEREÑA et al., Madrid 1981.

9 FRANCISCO DE VITORIA, *Political Writings*, ed. and trans. by ANTHONY PAGDEN and JEREMY LAWRENCE, Cambridge 1991.

10 The editors acknowledge their debts to Joachim Stüben, who put together outstanding notes on Vitoria's sources for the German edition of the *relectiones* (see above at note 6).

One of the most striking features of the present edition is that the thirteen relections were prepared and translated by no less than six different scholars. This collaborative spirit is remarkable and, perhaps, indeed necessary to cope with the sheer amount of Vitorian writing. Yet it also has noticeable consequences. If we compare the editors' prefatory remarks on the individual relections, for instance, a surprising extent of tacit disagreement comes to the fore. Consider the status of the manuscript preserved in Seville, which inter alia includes a central passage of the *De temperantia* that is missing in all other copies. In Mauro Mantovani's view, this manuscript is no doubt a direct duplicate of the Vitorian original (vol. I, 305–306). Jesús Cordero Pando (vol. I, 74–75) and Ángel Martínez (vol. II, 15), by contrast, maintain that it was copied from a later, posthumously revised version. And Antonio Osuna, the main editor, first agrees with the latter evaluation (vol. I, 619) before arguing the opposite elsewhere (vol. II, 177). This kind of internal inconsistency is striking and points to a lack of thorough editorial coordination.

Fortunately, however, things are different when it comes to the actual relections. The Latin text preserves the authentic language of the manuscripts. Furthermore, and despite the practical shortcomings mentioned above, the outstanding critical apparatus reveals the editors' meticulous work with a wide range of manuscripts. The Spanish translations are similarly deserving of praise. Key terms of Vitoria's theological and juridical vocabulary are rendered accurately and consistently throughout. A notable exception is the notion of *respublica*, which is routinely mistranslated as *república* (e.g. vol. I, 88–89, 502–503; vol. II, 578–579). For Vitoria, *respublica* denoted the commonwealth or »state« in general terms, whereas in modern Spanish, *república* has the much narrower sense of a republican government (i.e., an idea that Vitoria vehemently opposed).¹¹

But it must be emphasized that on the whole, all of the different translators manage the balancing act of staying true to the »strangeness« – from our point of view – of Vitoria's language, while making it intelligible to the modern reader. As such, the present edition is also a valuable resource for the (Spanish-speaking) classroom.

Most important of all, Antonio Osuna and his fellow editors provide us with the tools – the critical texts – to expand, pluralize, and revisit the histories we tell about Francisco de Vitoria. Here we find the most well-known relections assembled alongside virtually unknown writings. Take, for example, the lecture with the cumbersome title *De eo quod homo tenetur cum primum venit ad usum rationis*, which probes Aquinas's claim that humans, who have attained the use of reason, are bound to work towards God. In it, Vitoria negotiates the boundary between the human and the non-human in ways that are far more intricate and profound than his famous reflections on the humanity of the American Indians in *De indis*.¹² For a fuller appreciation of Vitoria's legal and political ideas, one might also turn to his musings on the scope and limits of ecclesiastical power (*De potestate ecclesiae I and II*), the matter of magic and witchcraft (*De arte magica*), or the fraught question of the ethics of homicide (*De homicidio*). All of these issues are crucially bound up with broader Vitorian themes, while simultaneously developing intriguing lines of thought that have been eclipsed in modern scholarship.

We must therefore congratulate the editors on a successful and important venture. Despite its editorial flaws,¹³ the new edition makes a major contribution to scholarship on the legal, intellectual, and religious history of the early modern period. Hopefully, its impact will not be limited to the Hispanophone world. For indeed, it is timely and topical to re-read Vitoria.

11 On Vitoria and other scholastics' engagement with republicanism, see BENJAMIN C. SLINGO, *Rule, Power and Dominion in Late Scholastic Political Thought, c. 1500–1620*, University of Cambridge 2017 (Ph.D. diss.).

12 This is discussed in ANNABEL S. BRETT, *Changes of State: Nature and the Limits of the City in Early Modern Natural Law*, Princeton 2011, Chapter 2.

13 Unfortunately, this also includes various editorial slips: e.g. »Stüven« instead of Stüben (vol. I, 65); »pertene«

instead of pertenece (vol. I, 569); »parece« instead of parecer (vol. II, 513); and most curiously, the Latin »utique« is included in brackets in the Spanish translation, but incorrectly rendered as »itaque« (vol. II, 422–423).

Pamela Alejandra Cacciavillani

La importancia de no ser llamados *Indigenous Peoples**

De la misma manera en la que Oscar Wilde retrató en *The Importance of Being Earnest* un cambio de identidad y denominación, los diversos aportes que incluye la obra colectiva *Indigenous Peoples as Subjects of International Law* revelan razones para cuestionar e incluso plantearnos la necesidad de cambiar determinadas formas de denominación en el derecho internacional, organismos internacionales y agendas de gobiernos. A diferencia de la obra de Wilde, en la que se remarcan los beneficios que importa adoptar un nuevo nombre, aquí la relevancia radica en advertir las consecuencias perniciosas de emplear conceptos que hunden sus raíces en el colonialismo.

La propuesta desafía cómo las identidades coloniales son construidas y representadas, no solo en los estados coloniales sino también en el derecho internacional, pretendiendo desmitologizar expresiones como *indigenous recognitions*. Esta obra pretende llenar un vacío ya reconocido, cuyo trasfondo es la conformación colonial del derecho internacional, y para ello Irene Watson plantea algunos interrogantes: ¿Cómo podríamos ir más allá de un discurso de derechos, el cual está encerrado en una matriz colonialista? ¿Cómo podríamos reconstruir el derecho internacional para que sea liberado de sus orígenes coloniales? (4)

Teniendo como horizonte estas cuestiones, la obra se vale, por un lado, de un análisis crítico y multidisciplinario, y, por el otro, de una acentuada participación de autores miembros de diferentes *First Nations*. Este último aspecto facilita un análisis superador de la perspectiva eurocéntrica. Un cambio de enfoque en el análisis de las categorías jurídicas europeas, como por ejemplo la soberanía, nos permite apreciar un vaciamiento de legitimidad. Así Ambellin Kwaymullina, desde su comprensión del sistema aborígen en Australia, explica que hablar de soberanía significa hablar de un concepto que difiere de las nociones tradicionales europeas acerca del dominio sobre territorios no

habitados (9). La relación entre *aboriginal peoples* y sus países se basa en narrativas, dentro de las que se incluyen canciones, danzas, arte, o ceremonias. Si bien esta evidencia ha sido pobremente entendida en el sistema jurídico de los colonizadores, desde una *indigenous perspective* también es difícil concebir cómo es posible reclamar la propiedad de una tierra si uno no conoce su historia y por consiguiente no puede colocarse dentro de la red de relaciones de la propia región.

Para percibir la violencia y el patrón de dominación de categorías forjadas en el imaginario colonial los autores centran, principalmente, su atención en los siguientes temas: *indigenous peoples*, el derecho internacional, el rol de Naciones Unidas, y la realidad de los indígenas en los estados nación. Steven Newcomb explica cómo la frase *indigenous peoples* es re-expresada en el contexto de metáforas empleadas en las Naciones Unidas y el derecho internacional como *dominated peoples*, los cuales son considerados como sometidos a la conquista por una nación invasora y dominadora en un momento del pasado (27).

Sharon Venne advierte que en el contexto de Naciones Unidas es posible, no solo fabricar un consentimiento, sino también utilizarlo en desmedro de los *indigenous peoples*. A pesar de haber sido subyugados por más de 500 años por el colonialismo, recién en 1980 nació la idea de una conferencia mundial. Idea que fue cambiada por otro proceso llamado *high level plenary*, que, a diferencia de la primera, sus reglas de participación son dispuestas por el presidente de la asamblea general. En 2010 la asamblea general organizó un *high level meeting*, pero lo denominó conferencia mundial, maniobra que permitió presumir que los *indigenous peoples* estaban dando su consentimiento a las Naciones Unidas. La autora pone a la luz los requisitos de una conferencia mundial para luego cotejar lo sucedido en materia indígena, advirtiendo que no existieron elementos definitorios de una

* IRENE WATSON (ed.), *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, London: Routledge 2018, 226 p., ISBN 978-1-138-64515-8

world conference: reuniones en las que participen el colectivo implicado y la toma de decisiones sobre los resultados de una conferencia mundial. En síntesis, no hubo una completa y efectiva participación porque desde un primer momento no hubo un intento real de implicarlos (158).

Las contribuciones de Roger Merino y Tamara Starblanket ponen al descubierto la paradójica realidad que viven los indígenas en los sistemas jurídicos de los estados nación. Prácticas asimilacionistas, misiones civilizadoras y deshumanización son algunas de las notas caracterizantes de las políticas implementadas en esta materia. Tamara Starblanket centra su análisis en una práctica genocida en la que los niños son un elemento clave. Se pretende volver a los niños contra su identidad tanto espiritual, cultural e idiomática lo que genera una desconexión con su identidad y con un elemento cultural clave: la responsabilidad de proteger la tierra (189). El análisis de Roger Merino deja al descubierto la paradoja de la inclusión–exclusión en la que se encuentran inmersos los indígenas en el Perú. En este contexto paradójico, los instrumentos jurídicos legales orientados a proteger al colectivo indígena, al estar fundados sobre una matriz colonial, terminan produciendo un efecto contraproducente. Un análisis crítico de la ley de consulta previa revela que la participación que este

dispositivo jurídico reconoce es insuficiente para trascender la paradoja de inclusión–exclusión, ya que no se reconoce el derecho fundacional de autodeterminación (121). Finalmente, Ward Churchill da cuenta de la continuidad y del empleo del patrón de conquista de Norte América en otros contextos. Específicamente, a partir de su análisis puede advertirse como los Estados Unidos proporcionó el modelo sobre el cual la tentativa imperial de Hitler fue construida.

A partir de una propuesta metodológica basada en el análisis crítico de diferentes elementos que componen la matriz colonial, las diferentes contribuciones que integran esta obra colectiva develan el sometimiento, la dominación y exclusión que denota y connota la categoría jurídica *indigenous peoples*. Este escenario plantea un desafío no solo para el derecho, organismos internacionales y gobiernos sino también para los propios miembros de las *First Nations* de romper con una matriz colonial y construir una categoría jurídica que no remita y perpetúe la condición de *dominated peoples*. Abandonar el término *indigenous peoples* significa apartar la denominación, asimilación y deshumanización, en otras palabras, una vía para superar la matriz colonial.



Petr Kreuz

Aus der polnischen Kriminalitätsforschung*

Die von Pawel Klint und Daniel Wojtucki vorgelegte Publikation ist verschiedenen Aspekten der Kriminalität und ihrer Verfolgung in Mittel- und Osteuropa am Ausgang des Mittelalters und in der Frühen Neuzeit gewidmet. In der Einführung erinnern die Herausgeber u. a. an die Erkenntnisse,

zu denen polnische Forscher im Verlauf der letzten Dezentennien auf diesem Gebiet gelangt sind (Bronislaw Geremek, Andrzej Karpiński, Marcin Kamler, Dariusz Kaczor, Marian Mikołajczyk, Jacek Wijaczka). An diese Arbeiten anknüpfend versammelt der Band nunmehr 14 Beiträge polnischer

* PAWEŁ KLINT, DANIEL WOJTUCKI (Hg.), *Przestępczość kryminalna w Europie Środkowej i Wschodniej w XVI–XVIII w* [Kriminalität in Mittel- und Osteuropa im 16.–18. Jahrhundert], Łódź 2017, 228 S., ISBN 978-83-7729-351-5

sowie tschechischer und ukrainischer Historiker, Juristen, Archäologen und Anthropologen, die eine abwechslungsreiche Auswahl an Thematiken bieten. Sie reichen von rechtsarchäologischen Untersuchungen von Hinrichtungsstätten (Pavína Mašková, Honorata Rutka, Pawel Duma), über die Verfolgung des Deliktes der Magie (Aleksandra Ziober) sowie des Gattenmordes in adeligen Kreisen (Pawel Klint) bis hin zur Erforschung von Reisetagebüchern und Memoiren des Adels als Quellen der Kriminalitätsgeschichte (Adam Kucharski, Małgorzata Ewa Kowalczyk) und schließlich zum Umgang mit Kriminalität in der Presse (Bernadetta Manyś). Einige weitere Beiträge scheinen aus rechtshistorischer Sicht besonders hervorhebenswert und sollen im Folgenden schlaglichtartig vorgestellt werden.

Dalibor Janiš zeigt in der Abhandlung »Zemští škůdci, psanci a lotři. Trestní předpisy v pramenech moravského zemského práva« (»Landesschädlinge, Geächtete und Bösewichter. Strafrechtliche Vorschriften in den Quellen des mährischen Landrechts«), dass die rechtliche Grundlage für den Schutz des Friedens in Mähren im 15. und 16. Jahrhundert durch die Landfrieden gewährleistet wurde. Diese enthielten u. a. Bestimmungen über die Verfolgung der Landesschädlinge oder über das öffentliche Tragen von Schusswaffen. Der umfangreiche Landfrieden aus dem Jahre 1516, schon als »Landesordnung« bezeichnet, wurde zu einer der Vorstufen der Kodifikation des Landrechts in Mähren.

Jakub Węglor z geht in seiner Abhandlung der Frage nach, wie häufig schon im 16. und 17. Jahrhundert Ärzte und Heiler als (Gerichts-) Sachverständige gewirkt haben. Die damaligen »Mediziner« teilt der Autor in drei Gruppen auf: in Absolventen des Universitätsstudiums der Medizin; in jene, die eine Form von Heilpraktiken als Mitglieder einer Innung betrieben (Apotheker, Chirurgen, Bader); und in die große Gruppe der selbsternannten Heiler. Węglor z belegt, dass noch im 17. Jahrhundert in Polen die Expertise universitär ausgebildeter Ärzte nur in Anspruch genommen wurde, wenn es sich um Untersuchungen oder Gerichtsverfahren sehr schwerwiegender oder gar strittiger Fälle handelte, in denen eine Todesursache ermittelt werden musste (z. B. beim Tod des Königs von Polen, Johann III. Sobieski im Jahr 1696).

Der Geschichte der Gerichtsmedizin, konkret den gerichtlichen Beschauungen in kleineren Städ-

ten im Pommern des 18. Jahrhunderts, widmet sich der Rechtshistoriker Piotr Kitovski. Er zeigt, dass die ärztlichen Beschauungen (*obductio*) von Badern, Chirurgen und Stadtphysici vorgenommen wurden und weist darauf hin, dass schon an der Neige des 17. Jahrhunderts einige Stadtphysici über die Bildung eines Doktors der Medizin verfügten. Seit Anfang des 18. Jahrhunderts gewannen dann allmählich auch schriftliche Berichte dieser Beschauungen von Bedeutung, wobei die meisten sich auf verschiedene Verwundungen bezogen.

Die Studie von Daniel Wojtucki »Przestępczość kryminalna we Wrocławiu na podstawie *liber proscriptorum* z lat 1609–1634« (»Kriminalität in Breslau nach dem *liber proscriptorum* von 1609–1634«) ist sehr interessant auch für deutschsprachige Rechtshistoriker. Die Breslauer Gerichtsbücher, die in der zweiten Hälfte des 19. und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts insbesondere von den Rechtshistorikern Julius F. H. Abegg, Paul Frauendienst und Erich Lindgen erforscht wurden, sind im Verlauf des Zweiten Weltkrieges verloren gegangen. Wojtucki konnte sich daher für seine Analyse nur auf das Buch der Geächteten aus den Jahren 1609–1634 stützen, welches in einer Abschrift erhalten ist, die in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts von dem Breslauer Historiker und Archivar Samuel Benjamin Klose (1730–1798) angefertigt worden war. Aus dieser Abschrift konnte Wojtucki Angaben über die Verurteilung von insgesamt 328 Personen ermitteln: 83 Personen (unter ihnen 36 Frauen) wurden zum Tode verurteilt, 78 (davon 32 Frauen) zu Prügelstrafe und Verbannung aus der Stadt und 164 (davon 61 Frauen) wurden mit Verbannung bestraft; darüber hinaus wurden auch andere Strafen verhängt. Die durchschnittliche Zahl der Hinrichtungen betrug in dem untersuchten Zeitraum ca. vier pro Jahr.

Jerzy Maroń stellt in seinem Beitrag die Frage, ob bzw. inwieweit es möglich ist, auch das Heer als »organisierte Verbrechergruppe« einzustufen, insbesondere in der Zeit des Dreißigjährigen Krieges. Er belegt, dass einige Formen der Requisition sich von Raub und Plünderung nicht unterschieden, die Soldaten aber oftmals nicht dafür bestraft wurden. Im 17. und 18. Jahrhundert schlossen sich vor allem nach größeren Kriegskonflikten sehr häufig die aus dem Heer entlassenen Soldaten und Söldner Verbrechergruppen an. Maroń gelangt zu der eindeutigen und relativ schroffen Feststellung, dass »die Heeresteile des 17. Jahrhunderts im Rahmen

des Staates funktionierende Verbrechergruppen zu sein pflegten».

Ein ebenfalls sehr interessanter Beitrag ist derjenige des ukrainischen Historikers Serhij Sieriakow. Er untersucht, wie polnische Historiker die Kriminalität von Schülern an frühneuzeitlichen Jesuitenschulen in der polnisch-litauischen Union interpretierten. Während sie in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vor allem als eine Konsequenz der Intoleranz gegenüber Andersgläubigen, namentlich Protestanten und Juden, galt, kam die polnische Historiographie in der zweiten Hälfte des 19. und am Beginn des 20. Jahrhunderts zu der Feststellung, dass die Schüler sich durchaus an manchem Massenaufbruch beteiligten, was als eine logische Folge des demokratischen Charakters des jesuitischen Schulwesens erklärt wurde. In der Zeit der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert überwog freilich unter den polnischen Forschern die Ansicht, dass die Mitglieder des Jesuitenordens keine Anstifter (bzw. Inspiratoren) der kriminellen Aktivitäten ihrer Schüler gewesen waren, sondern sich im Gegenteil um die Vermeidung solchen Verhaltens bemüht hatten. Sieriakow selbst vertritt die Auffassung, dass Kriminalität bei Studenten und Schülern im Mittelalter und in der Frühen Neuzeit untrennbar zum Alltag einer jeden Stadt gehörte, in der sich eine Universität oder eine andere größere Bildungsinstitution befand.

Die Veröffentlichung als Ganzes vermittelt wichtige Informationen über den gegenwärtigen

Stand der Geschichte der Kriminalität in Polen und zum Teil auch in anderen Ländern Ostmitteleuropas. Sie lässt keinen Zweifel daran, dass die Archäologie der Hinrichtungsstätten eine Paradeisziplin der polnischen Geschichtsforschung ist – nicht nur im Rahmen der Forschung zur Geschichte der Kriminalität, sondern auch zur Geschichte der Frühen Neuzeit schlechthin. In diesem Zusammenhang knüpfen polnische Forscher gewinnbringend an die heimische Tradition der Rechtsarchäologie an, die schon in den 1950er Jahren der Posener Rechtshistoriker Witold Maisel (1914–1993) begründet hatte. Der Band beweist außerdem, dass insbesondere die Forschung auf dem Gebiet der Geschichte der Medizin ein lohnenswerter Ausgangspunkt für neue Erkenntnisse in der Geschichte der Kriminalität sein kann. Als besonders wertvoll betrachte ich aber jene Beiträge, deren Autoren sich mit dem Mangel bzw. den fatalen Verlusten relevanter Quellen in Polen auseinandergesetzt haben, d. h. insbesondere den Aufsatz von Wojtucki.

Die Rezeption des vorliegenden Sammelbandes, für den leider im Allgemeinen gilt, dass *polonica et bohemica non leguntur*, wird durch die Tatsache erleichtert, dass alle Beiträge mit einer englischen Zusammenfassung versehen sind.



Otto Danwerth

Rebels With a Cause in Spanish America*

Five hundred years ago, Hernán Cortés launched his invasion of Mexico (1519–1521), which culminated in the fall of Tenochtitlán. A little over a decade later, the Inca realm was destroyed by Francisco Pizarro's clan in Peru (1532–1533). The decisive factors and myths of the Spanish »conquests« are treated in the pertinent historiography. Recent literature has had less to say on the subsequent phase of early colonial history, when the Castilian Crown and its representatives in the »New World« tried to reinforce their dominance – essentially *against* the interests of the first generation of *conquistadores*. This tumultuous period is the subject of Gregorio Salinero's book, which re-examines disobediences, political trials and governance in Spanish America, as the subtitle reads. It is an augmented version of Salinero's *La trahison de Cortés* (Paris 2014), now skillfully translated into Spanish by Manuela Águeda García Garrido. The author, professor of history at the Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, is well known for his research on transatlantic relations between Spain and Spanish America.

One legal cornerstone of early colonial rule was the corpus of *Leyes Nuevas* promulgated in 1542 by Charles V. Not only did these »New Laws« establish the Viceroyalty of Peru (seven years after that of New Spain had been created), they also prohibited the slavery of indigenous peoples and the passing of *encomiendas* from one generation to another »in perpetuity«. This quasi-feudal institution, which the Crown granted to men (and a few women) as a lucrative compensation for their »merits« earned during the period of conquest, had become the most sought-after royal grant for Spanish settlers. Multiple protests against this aspect of the New Laws in American regions forced the Crown to suspend their application. However, the seeds of revolt were planted, not least by rumours and uncertainties about the policies an-

nounced from Castile for its overseas territories. Salinero rightly stresses the fact that not all insurgent movements were reactions to the New Laws. Nor should they be seen exclusively as revolts of the nobility, because other groups – often poor Spanish emigrants and soldiers as well as indigenous participants – joined the uprisings in order to strive for social mobility. The Crown's struggle against these revolts tried to counter the consolidation of feudal mentalities in the New World. As Salinero shows, an effective disciplinary measure of the Crown against disobedient vassals that was an alternative to military repression – and longer lasting – were juridical-political trials conducted by university-trained jurists and clerics sent from Spain as *oidores* or *comisarios*.

There were also other obstacles to colonial entrenchment, such as indigenous resistance, the inaccessibility of remote frontier regions, as well as the precarious governance institutions of both state and church. Without a doubt, the proliferation of American acts of disobedience between the 1540s and 1560s caused a significant threat to early colonial domination. In the introduction, Salinero outlines the lexical field used for such violent political conflicts. He distinguishes *ius commune* categories found in the learned jurists' commentaries from those applied by royal officials in American *audiencia* courts. Here the author could have mentioned not only the *Corpus Iuris Civilis* in general but Castilian laws such as the *Siete Partidas*. These legal traditions became part of an emerging *derecho indiano* – which did not deal only with indigenous issues, as Salinero seems to assume (31).

In legal terms, rebels were guilty of the *crimen laesae maiestatis* – a general category developed casuistically by medieval jurists and explored by Mario Sbriccoli in his classic study of 1974.¹ Salinero finds that the term *lesa majestad* was not

* GREGORIO SALINERO, *Hombres de mala corte. Desobediencias, procesos políticos y gobierno de Indias en la segunda mitad del siglo XVI* (traducción de Manuela Águeda García Garrido), Madrid: Cátedra 2017, 483 p., ISBN 978-84-376-3641-2

1 MARIO SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milan 1974.

used in cases such as the sentencing of Martín Cortés in 1573 for his Mexican conspiracy of 1565–1566, whereas the internal juridical arguments of *audiencia* officials or members of the *Consejo de Indias* did apply the vocabulary of high treason for insurrections opposing royal authority. According to Salinero's hypothesis, such a difference between an internal assessment and a public proclamation of convictions was due to the authorities' political interest in an «edificación moral de los colonos» (24). Other insightful passages refer to the legal semantics of related concepts. The term *tiranía*, for instance, was used by prosecutors to condemn alleged rebels – who, in turn, legitimated their actions as against the «tyranny of the king», often in the name of «liberty» (21–23, 32–33).

The book's structure consists of four main parts: the first and last parts deal with Mexico, framing the two Andean parts in the middle. «Hombres de mala corte» is not only the book's telling title but that of the first chapter, too. Salinero here uses the fate of Bernardino Maldonado to illustrate the international scope of prosecuting crimes of treason. Maldonado's judicial prosecution involved proceedings in Peru, Mexico, Spain, France and Flanders (39–56). He was finally executed in Antwerp in 1575. Regarding New Spain, the author covers the rebellion of Taxco (1550) before moving on to the fragmented frontier of the Gran Chichimeca in Nueva Galicia where «traitors» could easily hide. In order to implement governance reforms in New Spain and to prevent future revolts, the Crown dispatched *visitadores*, such as Tello de Sandoval, whose reform programme recommended the establishment of a royal army and the creation of dioceses in each province (114).

The second part of the book deals with «the laboratory of the monarchy», Peru. The «Pizarrist» rebellion of the 1540s and its legitimation soon served as blue-prints for insurrectionary movements in other Spanish American regions. In the wake of the conquest, Francisco Pizarro and his (half-)brothers upheld an extended network of supporters and allies which proved to be more efficient than the feeble administrative institutions.

Between 1544 and 1548, Gonzalo Pizarro led a major rebellion in the Andes. In letters to the king and in treatises, e.g. Juan Coronel's *De bello justo*, the rebels and their legal advisers legitimized their deeds and denied the accusation of disobedience. Their arguments – studied by Guillermo Lohmann Villena in 1977² – stemmed from the normative universe of *ius commune*, Castilian *iura propria*, and natural and divine law.

Gonzalo Pizarro's main antagonist was Pedro de La Gasca, *comisario* and *presidente de la audiencia* sent to Peru by Emperor Charles V in 1547. With a set of measures combining carrot and stick, he won back supporters for the royal cause. After the battle of Xaquixaguana (April 1548), Gonzalo Pizarro was sentenced to death as a traitor and decapitated the day after, together with about twenty other rebels. Their severed heads and extremities were exposed in Peruvian towns as a deterrent. Faced with having to judge nearly a thousand men accused of insurgency, La Gasca made use of different types of lists (to identify rebels and to document their sentences), which Salinero analyzes carefully (184–190). About 700 sentences were passed, which overwhelmingly aimed at the deportation of rebels from the region (service on galleys, military expeditions to Chile, exile from Peru). Condemnation and confiscation went hand in hand, even against dead rebels, as a number of trials against their memory illustrate. Priests who had backed the rebellion were punished by bishops according to canon law: some were defrocked and exiled (like Juan Coronel), others were sentenced to the conventual life.

When he left Peru in 1550, La Gasca had suppressed the Pizarrist rebellion but not achieved a long-lasting «pacification» of that *reino*; he even granted more *encomiendas*. The book's third part, «Las réplicas de la desobediencia», focuses on revolts in High Peru and the Cuzco region during the 1550s, which cost the lives of about 500 Spaniards and more than 2000 *indios*. After treating the cases of Sebastián de Castilla and Egas de Guzmán in the cities of La Plata and Potosí (1553–1554), the author discusses «one of the first

2 GUILLERMO LOHMANN VILLENA, Las ideas jurídico-políticas en la rebelión de Gonzalo Pizarro: la tramoya doctrinal del levantamiento contra las Leyes Nuevas en el Perú, Valladolid 1977.

great political trials of the Indies against a rebel» (227), that of Vasco Godínez, executed in 1553. Salinero stresses that these sentences were no longer passed quickly on the basis of lists but as a result of trials involving testimonies and judicial disquisitions – a step towards the »judicialización del ámbito de lo político« (240).

Not only did news about the Peruvian turmoil spread quickly in Spanish America, but some of the people involved in the Andean revolts circulated, too, including to Mesoamerica. The fourth part of the book examines Cortés' conspiracy of 1565–1566 in Mexico. Martín Cortés was the only legitimate son of the infamous *conquistador* Hernán Cortés, *marqués del Valle de Oaxaca*. Salinero describes the different phases of the conspiracy and reconstructs its »circles«. However, before the rebellion could break out, the *oidores* of Mexico were informed and, in July 1566, initiated judicial proceedings against the presumed traitors. Salinero carefully examines the rich material – in particular the denunciators' rhetoric – of these 70 legal cases drawn from the prosecutors' investigations into various social and religious contexts. Of particular interest is the complementary treatment of »confesión judicial« and »confesión espiritual« (345–350). Before a new viceroy arrived in New Spain in October 1566, the *oidores* had arrested about 30 traitors. After an exemplary political trial, Alonso de Avila and Gil González were decapitated. A period of intense repression against the rebels began when the two royal *comisarios* Muñoz and Carrillo reached Mexico. They sentenced 68 persons in November 1567: about 40 men were expelled from Mexico, and ten publicly executed (399–400). Salinero vividly describes the trials of major suspects and their defense strategies. Among them, Martín Cortés' brothers, Luis and Martín »el mestizo«, were exiled to Spain.

Trials against rebels could be very short – as in summary procedures – or last for years if they involved higher judicial instances in Spain. The latter was the case regarding the trial of the principal suspect of the Mexican *coniuratio*: Martín Cortés. The Mexican judges sent him to Spain for further trial in 1567. Five years after the accusation was made, the first sentence was pronounced in Madrid in 1571: permanent expulsion from America and ten years of military service in Oran in Northern Africa. The subsequent phase of appeal ended in 1573, reaffirming the sentence. Cortés had to pay a fine of 50 000 *ducados* as well as the

legal expenses of the trial, which had lasted for seven years. Surprisingly, not all of his property was confiscated, nor was he deprived of his noble title of *marqués* (435). Between 1567 and 1573, he was held in the prison of Torrejón de Velasco. It is not known whether he served his sentence in Oran, returned to prison, or received a mitigation of punishment. By 1582, however, Martín Cortés can be found again doing business at the royal court of Philip II, and he died as a free man in Madrid in 1589.

Despite the differences between this Mexican complot and the rebellions which afflicted the Andean region for nearly twenty years, both examples of disobedience threatened the Spanish colonial project in America and represented »frontiers of authority«, as the concluding chapter is entitled (443–453). Salinero sketches their topography only briefly, however. Within the »dominio poli-periférico« of the »monarquías indianas« (445), he identifies interior frontier regions dominated by *encomenderos* who did not respect the authority of the *audiencias*, as well as territories beyond the Crown's control where rebels could take refuge. He describes as external frontier regions the areas to which potential or convicted rebels were exiled. In the end, the author concludes, the Crown was able to reconquer the Spanish American frontiers of authority: it won the military conflicts, the juridical fights, and the war of memory (452).

In sum, this book of about 450 pages constitutes an intriguing narrative history of the post-conquest period in Spanish America, focusing on various movements of Spaniards' disobedience and the colonial authorities' political and legal responses. Gregorio Salinero presents a fine selection of case studies from the Mexican and Peruvian viceroalties, which are described based on archival material (from the *Archivo General de Indias* in Sevilla) and edited sources (published in multiple *Colecciones de documentos inéditos*); in addition, he also draws on *crónicas*. His close reading of the sources and his compelling prose convey the differentiated role of social groups involved in disobedient activities: secular and religious ones (priests as well as mendicant friars), aristocrats and lower classes alike. This impressive »cast«, listed in a useful onomastic index (467–483), includes fascinating biographies and allows striking comparisons between different regions.

The author depicts a wide spectrum of legal-political responses to insurrections: from pre-emp-

tive pardons (*perdones*) and financial sanctions to deportation and capital punishment. From a legal historical perspective, further aspects of his analysis are of special interest: the casuistic interpretation of the *crimen laesae maiestatis*, the use of «prácticas del secreto administrativo y judicial», and the reconstruction of both the rebels' and the Crown's normative arguments. Some of the rebels' causes revealed an early Creole consciousness, because they aimed for a government represented by American Spaniards. The Spanish authorities, on the other hand, do not appear homogeneous either, as the discrepancies and conflicts among the different representatives of colonial power show. The author pays close attention to both inter-American and trans-Atlantic entanglements. He illustrates the mobility of people as well as the circulation of ideas between Mesoamerica, the Andes and Europe – and even mentions a «trans-American network of rebels» (205).

This broader perspective distinguishes the book from more regional studies focusing on particular American rebellions. Salinero includes these works in the comprehensive bibliography (455–466) but cites pertinent works too rarely in the footnotes, if at all. (A few names are misspelled, such as Schwartzhoff for Schwerhoff, or Zavalza instead of Zavala.) Furthermore, the reader would have profited from a consideration of other relevant aspects. For instance, there is no discussion of the suppression of municipal revolts in Spain itself (e.g. the Castilian *Comunidades* in the early 1520s). Moreover, although some indigenous allies of Spanish rebels are mentioned, a parallel look at indigenous revolts, which took place simultane-

ously with inter-Spanish ones in America, could have revealed differences or similarities as to the colonial reactions to both phenomena.

Salinero considers the judicial treatment of the political sphere as an effective means of disciplining subjects (451). However, it would be worth discussing whether this aspect was the only or even the decisive one for implementing codes of conduct and modes of behavioural control in the viceroyalties that helped to impede insurrectional movements. Or were the establishment of colonial rule and the «moral edification» of the population rather due to a more efficient colonial administration from the 1570s onward – think of viceroys such as Martín Enríquez in New Spain (1568–1580) and Francisco de Toledo in Peru (1569–1581) or of Post-Tridentine ecclesiastic institutions and actors? Despite its subtitle, the book focuses more on the turmoil in the Indies during the mid-16th century (from the late 1540s to the early 1570s) than on the century's second half. A brief sketch of the major developments of the last three decades of the 16th century would have made it possible for the author to bring out the specific character of the period studied in contrast to the subsequent one. Nevertheless, readers of this well-written monograph will find much inspiration for further questions, such as comparing the Spanish American disobediences with rebellions in other European and non-European regions during the early modern period. Some answers might be offered by a recently published collective volume on rebellious paradigms co-edited by Salinero.³



3 GREGORIO SALINERO, ÁGUEDA GARCÍA GARRIDO et al. (eds.), *Paradigmes rebelles. Pratiques et cultures de la désobéissance à l'époque moderne*, Brussels 2018.

Luisa Stella de Oliveira Coutinho Silva

Vozes femininas em espaços imperiais*

O livro *Women in Colonial Latin America* não se refere com este título a um campo de estudo novo, embora atualize as poucas publicações existentes sobre o tema. O livro é composto por uma introdução e 21 capítulos que estudam fontes de diferentes arquivos na Espanha e na América Latina, sobre acontecimentos relacionados a mulheres de diferentes localidades dos Impérios português e espanhol. Dos 21 locais, somente dois, entretanto, correspondem a espaços do Brasil colonial, representante do império português, enquanto 19 outros fazem referência a localidades do império espanhol. Esta discrepância também não é nova. Embora o ramo *Women in Colonial Latin America* faça referência explícita à América Latina – e, portanto, ao enquadramento de contextos coloniais nos impérios espanhol e português, o Brasil segue pouco representado nesta obra, assim como em outros estudos similares.¹ Como o livro não foge a esta constatação, a generalização introdutória sobre explicações acerca do império espanhol também sobressaem.

Na introdução, as autoras, especialistas em história colonial de mulheres, fazem um levantamento historiográfico do desenvolvimento dos temas dos estudos das mulheres da Ibero-América colonial. Elas acertam em retomar o pioneirismo de Asunción Lavrin, ainda nos anos 1970, e de Susan Socolow – as primeiras responsáveis pelos estudos que fizeram a história do ramo –, mas também avançam no que tem sido publicado mais recentemente, como os trabalhos de Zeb Tortorici e Ronaldo Vainfas. Neste ponto, não poderiam ter acertado mais.

Todos os documentos sobre esses 21 temas estão ordenados por ordem cronológica e em capítulos próprios precedidos por uma introdução sobre o documento segundo seus aspectos temporal, espacial e sua tradução. Os temas estão conectados por institutos que dizem de alguma forma respeito às mulheres: família, trabalho, migração e mobilida-

de, propriedade, raça e etnicidade, religião, sexualidade e gênero, e escravidão.

Focando em experiências da vida cotidiana das mulheres, os documentos relatam situações ocorridas entre os séculos XVI e XIX. Entre eles, estão testamentos, cartas pessoais, processos de liberdade de escravos, cartas a esposos, acordos de trabalho, queixas criminais, acusações de abuso físico, diários, processos da Inquisição, processo de divórcio na jurisdição eclesiástica, processo por posse da terra, processo criminal por infanticídio, petição de liberdade, documento de fundação de convento e relato de viagem.

Estas fontes provêm de diversos arquivos: Archivo General de Indias, Sevilla; Archivo Histórico de Potosí; Archivo Nacional de Bolivia; Archivo General de Arequipa; Archivo General de la Nación, Bogotá; Convento de Santa Isabel de los Reyes, em Toledo, Espanha; Archivo General de la Nación, Mexico; Archivo Arzobispal de Sucre, Potosí; Archivo Histórico Ultramarino, Lisboa; Archivo Público do Estado da Bahia; Archivo Arzobispal de Lima; University of Florida.

Dentre as mulheres envolvidas nestas diversas fontes, estão indígenas, europeias, africanas, miscigenadas, da elite e plebeias, provenientes de espaços urbanos e rurais. Mais o que esta diversidade quer dizer é que as micro-histórias relatadas demonstram mulheres distantes de modelos fixos e determinados que as encaixem em categorias previamente determinadas e estanques, como a literatura pós-colonial já largamente criticou. Muito mais plural, o estudo das mulheres na América Latina colonial urge ser, como ocorre neste livro, interseccional: é essencial que classe, gênero, raça, religião e proveniência dessas mulheres sejam aspectos levados em consideração.

Estas interconexões de aspectos demonstram a complexidade do cotidiano das mulheres coloniais latino-americanas, complicando o cenário que foi por muito tempo simplificado pela historiografia

* NORA E. JAFFARY, JANE E. MANGAN, *Women in Colonial Latin America, 1526 to 1806: Texts and Contexts*, Cambridge/MA 2018, xxvii + 286 p., ISBN 978-1-62466-751-0

1 ASUNCIÓN LAVRIN, *Latin American Women: Historical Perspectives*, Santa Barbara 1978; ASUNCIÓN LAVRIN, *Sexuality and Marriage in Colonial Latin America*, Lincoln

1992; SUSAN MIGDEN SOLOW, *The Women of Colonial Latin America*, Cambridge/UK 2005.

por uma classificação estanque conforme a raça das mulheres coloniais. Longe de ser a história da mulher branca rica, da índia e da escrava, o livro relata a complexidade da vida das mulheres no período colonial. Neste contexto, família não era só aquela que respeitasse o Concílio de Trento. Para além das normas estabelecidas e da centralidade do casamento, arranjos familiares podiam incluir outras situações tidas como menos convencionais, como eram os casos de concubinatos.

Esta complexidade também é demonstrada através de casos de bigamia e ilegitimidade, mudanças de modelos de famílias e práticas de poligamia, mães que não eram santas que adoravam seus filhos de forma idealizada, mas que chegavam até a cometer infanticídios. Mais ainda, as mulheres estabeleceram contatos e redes informais que comprovam que as práticas diárias superavam as normas gravadas nos documentos oficiais. Elas não obedeciam a seus maridos incondicionalmente: o divórcio era possível e elas reclamavam de abusos sofridos. Freiras não estavam trancadas, rezando dia e noite: nos conventos e recolhimentos elas nem sempre se comportavam como era desejado e previsto. As mulheres trabalhavam, fossem livres ou escravas, ou índias; e as relações entre escravas e seus senhores não eram estáticas nem unilaterais.

O livro centraliza e alimenta uma produção historiográfica baseada em fontes diretas, primárias, traduzidas para o inglês pela primeira vez, não exatamente focada nos pontos mais famosos do Império, conhecidos como os centros que se opunham, como descreveu a historiografia até poucas décadas atrás, a periferias. Este livro se enquadra na linha que interpreta a administração imperial na colônia como descentralizada, mostrando que o Império acontecia em todas as localidades, não apenas em Lisboa ou Madrid. Castela, por exemplo, é utilizada em um dos capítulos para retratar um local onde uma índia nascida na colônia, no México, encontrava-se.

Por fim, uma última observação para uma novidade do livro, ressaltada na introdução. As autoras admitem que as fontes que utilizam nesta compilação comentada são, especialmente, fontes jurídicas. O direito é definido por elas primeiro como as várias camadas de legislação presentes em vários níveis de governo na Espanha e na América espanhola, embora não mencione o governo português. Segundo, o direito aparece como a própria

aplicação em contextos judiciais, eclesiásticos, civis e criminais. Terceiro, o direito figura como uma série de transações extrajudiciais legais do notariado que organizava e oficializava os espaços públicos e privados. É louvável e perspicaz perceber uma compreensão ampla do direito, baseada na prática e nos contextos, e admitido como «Law was central to the lives of colonial Latin Americans» (xx). O direito, na verdade, ajudava as mulheres a ter mais proteção e independência nestes contextos coloniais, apoiando sua agência através do uso de instrumentos legais. Entretanto, alguns deslizes técnicos ainda precisam de atenção, como a compreensão dos dotes como presentes dados pelas famílias, «esquecendo» da consequência normativa de adiantamento da legítima da noiva.

Embora a abordagem não seja original, o livro traz o que há de mais atualizado no campo da História das Mulheres para o leitor e contribui com fontes primárias para o estudo da *Women's Legal History* ou *Feminist Legal History*, embora as autoras não se utilizem desses termos, nos contextos coloniais ibéricos, o que é uma raridade. Mas embora os tópicos deem a entender que a intersecção deles é que tem mostrado uma maior complexidade na interpretação dos documentos, faltou uma palavra final que arrematasse estes aspectos numa perspectiva interseccional. Falta uma palavra de conclusão. Mas, em compensação, encontra-se um glossário generoso que privilegia leitores da língua inglesa.

Carece-se também de uma reflexão acerca da situação e posição política e crítica dos documentos e dos arquivos, considerando que é no espaço específico da história dos arquivos coloniais que o direito ainda tem muito a contribuir. Como os estudos críticos já afirmaram, o *archival turn* e os *postcolonial studies*, o arquivo não é um mero repositório de registros históricos e fontes, mas deve afluir para uma produção própria de conhecimento ou, até mesmo, revelar nuances do próprio direito. Cada arquivo, e o livro se valeu de tantos, pode representar a produção, políticas e institucionalização do conhecimento que armazena, porque para além do que deposita, possui conteúdo político e vida. Talvez pudesse contribuir para a discussão acerca dos métodos e relações entre arquivos coloniais e o direito. Enquanto não o faz, é certo que subsidia com fontes primárias novos caminhos para o futuro.



Heinz Mohnhaupt

»Wer Hoheitsrechte hat, visitiert«*

Den Visitationen am Reichskammergericht (RKG) wurden in letzter Zeit zwei unterschiedliche wissenschaftliche Untersuchungen gewidmet. Während Alexander Denzler den Aussagewert medialer Schriftkultur im »Schriftalltag« am Beispiel der letzten Visitation des RKGs (1767–1776) untersucht hat,¹ widmet sich Anette Baumann als quellenversierte langjährige Leiterin der »Forschungsstelle der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung« in Wetzlar den Visitationen von 1529–1588.² Sie werden von ihr als »Experten-treffen« von Juristen interpretiert, die auch für das Verfassungsverständnis im Alten Reich bedeutsam sind. Das tragende Quellenmaterial bildet – neben einschlägiger Sekundärliteratur – vor allem der reiche Korrespondenz- und Aktenbestand im Wiener Haus-, Hof- und Staatsarchiv in Gestalt von Visitationsabschieden, Protokollen, Korrespondenzen, Vollmachten, Gutachten, Voten, Ladungen, Instruktionen, Gravamina, Fragebögen, persönlichen Notizen, Schreiben, Berichten und Augenscheinkarten,³ die das analysierte Schriftgut der Visitationen repräsentieren. Mit Hilfe einer erstellten Datenbank, die übrigens verschiedenen Forschungsinstitutionen – darunter auch dem MPI für europäische Rechtsgeschichte – zur Verfügung steht, ist es Baumann möglich, in den Beständen gezielt »nach Visitationsbelangen zu suchen« (17). Ziel ihrer gründlichen Untersuchung ist es, die Arbeit der Visitationskommission (VK) in dem »komplexen Kommunikationsprozess« (5) aufzuheben, in dessen Mittelpunkt die VK stand – eingebettet in das Beziehungsgeflecht zwischen Kaiser, Reichsständen, Reichstag und Reichskammergericht (RKG). Durch die Reichskammergerichts-

ordnung von 1521 war die Kommission erstmals als »Visitation« reichsgesetzlich eingesetzt worden, um als Kontrollorgan einerseits das RKG finanziell zu sichern und andererseits die Abstellung von »Gebrechen« zu garantieren, d. h. das Gericht arbeitsfähig zu machen und zu erhalten. Die VK war somit eine Institution des Alten Reiches, die ursprünglich zur jährlichen Kontrolle bestimmt war. Eingesetzt von Kaiser und Reichsständen stand sie im Spannungsverhältnis politischer und konfessioneller Konstellationen auf dem Reichstag. Folgerichtig legt Baumann ihre Untersuchung auch weniger als Institutionengeschichte an, sondern als eine Darstellung von Reichsverfassungspraxis am Beispiel der VK. Aus dem reichen Archivmaterial werden die »Kommunikationsprozesse« herausdestilliert, um auf verfassungsmäßige Regularitäten als Ordnungskategorien der Visitationsverfahren schließen zu können. Dabei stellt sich immer die Frage, ob die beobachteten Verfahren zu rechtlicher »Verfassung« geronnen sind oder sich noch im vorrechtlichen Raum ritualisierter Verfasstheit bewegen. So gesehen bietet das geschilderte Geschehen um die und in der VK einen Blick in das Laboratorium über die Entwicklung rechtlicher und politischer Regelungs- und Verfassungsprozesse.

Die Visitationen waren ursprünglich eine kirchliche Kontrollpraxis, die auch im weltlichen Bereich ein Hoheitsrecht indizierte: »Wer Hoheitsrechte hat, visitiert.« Umgekehrt waren Visitationen »zu einer Art von Hoheitsrechten geworden«.⁴ Im Alten Reich lag dieses »Hoheitsrecht« gemeinsam bei Kaiser und Reichsständen. Das erklärt die Schwierigkeiten, durch die Mehrzahl der Hoheits-

* ANETTE BAUMANN, Visitationen am Reichskammergericht. Speyer als politischer und juristischer Aktionsraum des Reiches (1529–1588) (Bibliothek Altes Reich 24), Berlin / Boston: De Gruyter Oldenbourg 2018, 264 S., ISBN 978-3-11-057116-5

1 Vgl. die Besprechung von Heinz Mohnhaupt im vorliegenden Band.
2 Somit ist zum jetzigen Zeitpunkt nur noch die Visitation von 1703 bis 1711 nicht erforscht.

3 Es handelt sich bei dieser Schriftgattung um gemalte Karten, die von den Parteien zu Beweis Zwecken in Auftrag gegeben wurden und durchaus von künstlerischem Reiz sind; s. die von Baumann verfasste Marginalie in diesem Band mit dazugehöriger Bebilderung.

4 Vgl. ERNST W. ZEEDEN und PETER TH. LANG (Hg.), Kirche und Visitation. Beiträge zur Erforschung des früh-

neuzeitlichen Visitationswesens in Europa, Stuttgart 1984, 11.

träger Kaiser und Reichstag sowie deren Visitatoren in Gestalt von Gesandten, Vertretern und Beauftragten ein effizientes Kontrollorgan zu schaffen, das seinerseits wiederum eine Brückenfunktion zwischen RKG und Reichstag bildete. Baumann versucht in ihrer sachgerecht gegliederten Arbeit einen »idealisierten Ablauf« (5) der Visitationsarbeit zu entwickeln. Dafür sind die Protokolle der VK eine Hauptquelle, die über »juristische Verbindlichkeit« und »Verfahrenssicherheit« der Visitationsarbeit Auskunft zu geben vermag. Das zwischen 1529 bis 1588 erfasste Visitationsgeschehen wird daher oft unter dem – für den Rechtshistoriker vorrangigen – Gesichtspunkt juristischer Relevanz beobachtet. Als Beobauungskriterien dienen in unregelmäßiger Folge die »Wiederholbarkeit des Handelns« auf der Grundlage des gesamten Archivmaterials und die Professionalität der Beteiligten (70), mögliche Regelkonformität, Arbeitsstrukturen, Routinen, Erfahrungen, Rituale, Zeremoniell, Gepflogenheiten, Stabilität und mögliche Kontinuität (28, 70, 97, 191), die sämtlich normative Qualität besitzen oder entwickeln können. Dass diese – im modernen Sinne – teils verfassungsrechtliche, teils verwaltungsrechtliche Frage zu keinem endgültigen Ergebnis kommt und kommen kann, liegt an der besonderen Verfassungsstruktur des Alten Reiches, das kein institutionell und rechtlich »verfestigtes Handlungsgefüge« darstellte, sondern mehr »Ereignis und ideelle Größe« (138) war und von Baumann – in reichlich modernistischer Sprache – als »kollektives Sicherheitssystem« (142) angesehen wird. Die Suche nach Elementen einer Verstetigung von Visitationsverfahren im Rahmen der politischen und konfessionellen Bedingungen zeigt das Prozesshafte im Werden einer noch unfertigen Institution, die letztlich das Ziel einer Perfektion nicht erreichte und schließlich am 8. Mai 1776 mit einem Anflug von Resignation sang- und klanglos ihr Ende fand.

Der stabilen Seite stehen von Anfang an Unsicherheiten bei der Einsetzung der VK gegenüber. Das zeigen schon die Probleme bei der Berufung der Visitatoren, die politische, konfessionelle, ständische Eigenschaften sowie nicht zuletzt die erforderlichen juristischen Kompetenzen der Kandidaten zu berücksichtigen hatte. Dafür hat Baumann verschiedene personelle Berufsbeispiele ausführlich dargelegt. Am klarsten waren die Funktionen der kaiserlichen Kommissare definiert, die jedoch unter den verschiedenen Kaisern (Maximi-

lian II., Rudolf II.) wiederum schwanken konnten. Als Qualifikationsmerkmale dieser Kommissare stellt Baumann die Nähe und Loyalität zum Kaiser sowie die regionale Vernetzung heraus (143). Die Reformation rückt jedoch die kaiserliche Autorität in ein neues Licht und stellt das RKG vor eine Zerreißprobe, die typisch ist für die Labilität des Gerichtssystems in politisch-konfessionellen Streitkonstellationen. Die Reichsstände verlangten z. B. in den Reichs- und Landfriedensangelegenheiten der 1530er Jahre, dass der Kaiser Recht sprechen solle und nicht die Beisitzer am RKG (143). Umgekehrt machte die VK den Reichsfürsten klar, dass der Kaiser nicht die Berechtigung habe, in die Rechtsprechung des RKG einzugreifen (145). Die VK erweist sich auch als ein politisches Gremium, das sogar als Beschwerdestelle für die Stadt Speyer als Sitz des RKGs in Erscheinung trat.

Zu den Hauptaufgaben der VK gehörte es, die Verfahren vor dem RKG zu beschleunigen und die Gründe für den oft beklagten langsamen Prozessverlauf zu ermitteln. In diesem Sinne war die VK eine Ermittlungsbehörde. Mit Hilfe eines detaillierten Fragebogens von 180 Fragen an das gesamte Personal wurde das RKG in Bezug auf Verhalten (Pünktlichkeit, Kleidung), Leistungsfähigkeit, Religionszugehörigkeit und Rechtskenntnisse durchleuchtet. Dieses »Generalexamen« bildete eine wichtige Quelle über die Missstände am RKG und eine Grundlage für deren Beseitigung durch die VK. Auf der Mängelliste stehen immer wieder die Finanzierungsprobleme, die schädliche Doppelfunktion der Beisitzer als Richter und Advokaten sowie die mangelhafte Organisation und Aktenverwaltung. Wiederholt wird eine einheitliche Rechtsprechung angemahnt (48, 60) und in bestimmten Fragen auch kaiserlicher Druck ausgeübt (147). Es wird jedoch nicht klar, auf welcher Grundlage und mit welchen rechtsstrategischen Mitteln dieses Ziel erreicht werden sollte oder hätte überhaupt erreicht werden können. Hier wird – neben Organisation und Personal – das Rechtsquellensystem des Reiches als eine Voraussetzung für effiziente Gerichtsbarkeit erkennbar, das dem Bild in den meisten europäischen Ländern des Ancien Régime entsprach. Die Entscheidungsgrundlagen der Urteile werden nur am Rande behandelt, dass nämlich die Beisitzer / Urteiler in den gemeinen Rechten versiert sein und die Reichskonstitutionen kennen müssen, »die allhie eingeführt, gehandelt und erörtert werden« (106). Die Visitation wachte insofern auch über die rich-

terlichen Entscheidungsgrundlagen, als Zweifelsfälle im Plenum besprochen werden sollten und zwei Beisitzer in den Protokollbüchern frühere Entscheidungen mit Präjudizwirkung zu ermitteln hatten (96). Eine Kompetenz für gesetzgeberische Maßnahmen besaß die VK nicht und Karl V. musste in den Religionswirren der Reformation mahnend darauf hinweisen, dass es der VK nicht zustehe, »von newen zu sezen oder zu statuieren, sondern allein zu reformiren« (140). Erfahrungen, die die VK am RKG namentlich bei Besetzungsfragen gemacht hatte und die regelmäßig im Visi-

tationsabschied festgeschrieben wurden, gingen jedoch in die Reichskammergerichtsordnung ein (104). Sie dokumentieren insoweit ein kooperatives Verhalten gegenüber dem Reichsgesetzgeber in dem »komplexen Kommunikationsprozess«, der das Alte Reich auszeichnete und funktionsfähig hielt. Diesen politischen und juristischen »Aktionsraum« (15 f.) der Visitationen hat Baumann detailreich unter zahlreichen Aspekten aufgeschlossen.



Claudia Curcuruto

Rechtseinheit durch Reichsgerichte*

Der hier vorliegende Sammelband basiert auf den Ergebnissen der 13. Nachwuchstagung des Netzwerks Reichsgerichtsbarkeit, die im Oktober 2014 in Wien stattfand. Er widmet sich einem Phänomen, das in der aktuellen Forschung zur Reichs- und Territorialgerichtsbarkeit des Heiligen Römischen Reiches bisher kaum berücksichtigt worden ist: die Bedeutung integrativer Elemente im Verhältnis zwischen Reichs- und Territorialverfassung (9) in der Frühen Neuzeit. Die insgesamt zehn deutschsprachigen Einzelbeiträge spannen einen zeitlichen Bogen von der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts bis zum Ende des 18. Jahrhunderts und umfassen ein Themenspektrum, das sich mit der Bedeutung der Institutionen, der Gerichtsbarkeit und des Justizwesens für den Zusammenhalt des Reiches (16) bzw. mit der »vereinheitlichende[n] und verbindende[n] Wirkung der Reichsgerichte auf die Gerichtsbarkeit der Territorien« (12) im Alten Reich beschäftigt. Der Schwerpunkt liegt demnach stark auf der juridisch-kon-

zeptuellen Ebene der Reichsgerichtsbarkeit und Territorialjustiz des Alten Reichs; gleichzeitig wird durch eine thematische Spezifikation um die integrativen Faktoren eine Erweiterung der Perspektive in der Reichsgeschichtsforschung geboten, wie im Untertitel des Bandes annonciert (9, 20). Der Tagungsband wirkt damit historiographischen Negativurteilen um das oft diskutierte Ende des Alten Reiches entgegen und postuliert eine Beobachtung seines »Machterhalt[s], der eben nicht vom Reichsende her betrachtet wird« (10, Anm. 4).

Eine bedeutende Rolle innerhalb der Publikation nimmt der Artikel von Hendrik Baumbach ein, der den Band eröffnet. Die Untersuchung des Verhältnisses von Appellation und Kommission während der Regierungszeit Friedrichs III. stellt die allgemeinen Grundlagen zur Thematik um das rechtlich ineinander verflochtene System der Reichsgerichtsbarkeit und der Territorialjustiz dar (14 f.). Baumbach demonstriert, dass die Reichs- und Territorialgerichte in konkreten Einzelfällen

* JOSEF BONGARTZ et al. (Hg.), Was das Reich zusammenhielt. Deutungsansätze und integrative Elemente (Quellen und Forschungen zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 71), Köln/Weimar/Wien: Böhlau Verlag 2017, 182 S., ISBN 978-3-412-50726-8

zur Lösung von Konflikten kollaborieren konnten, indem die an den Kaiser herangetragenen Appellationen zur weiteren Bearbeitung an Kommissare, also an konkret benannte Herrschaftsträger im Reich, übertragen und damit die Lösung der Rechtsstreitigkeiten und die Entscheidungsfindung auf die territoriale Ebene delegiert wurden (15). Erstens trug das Wechselspiel von Appellation und Kommission und die damit verbundene mehrfache Transferierung von Streitsachen zwischen der königlichen und territorialen Gerichtsbarkeit in der zweiten Hälfte des 15. Jahrhunderts dazu bei, die unterschiedlichen Ebenen einer vertikalen Hierarchisierung von Gerichtsbarkeit im Reich miteinander in Verbindung zu setzen. So entstand zweitens »die Ordnung der Gerichtsbarkeiten mit Zuständigkeitsfestlegungen und einer hierarchischen Gliederung der verschiedenen Gerichtsbarkeiten des Reiches in diesem Zeitraum« (38).

Unter dieser Prämisse beschäftigen sich die beiden folgenden Beiträge mit der Charakteristik des Alten Reiches als Lehnverband. Während der Aufsatz von Thomas Dorfner das »Lehnsband« (41) noch in der Mitte des 18. Jahrhunderts als ein wesentliches, tragendes Element für den Reichszusammenhalt und die bedeutende Rolle der Reichshofratsagenten bei den Lehnsinvestituren herausstellt, verfolgt die Studie von Andreas Flurschütz da Cruz den Weg, die machtpolitische Dimension lehnsrechtlicher Auseinandersetzungen für das Verhältnis zwischen Kaiser, Territorialherren und Reichsritterschaft am Beispiel eines langjährigen, vor dem Reichshofrat und dem Reichstag ausgetragenen Konfliktes zwischen den Fürstbischöfen von Bamberg und Würzburg um niederadlige Lehen aufzuzeigen. Privat- bzw. Partikularinteressen auf der einen Seite und persönliche (direkte) Beziehungen zu maßgeblichen Entscheidungsträgern auf der anderen Seite konnten dabei den Ausgang gerichtlicher Verfahren beeinflussen (17, 73).

Den dritten Abschnitt, der sich der Rechtsprechung und ihrer Anwendung widmet, eröffnet Christian Hillens Arbeit. Er stellt nicht nur die »langwierige[n] Auseinandersetzung[en]« (85) des Konfliktes zwischen der Abtei Marienstatt und den Grafen von Sayn um den Umfang der gräflichen Herrschafts- und Vogteirechte dar, sondern weist auch darauf hin, dass eine »auch noch so langwierige Schlichtung [...] für beide Kontrahenten« durch das Reichskammergericht vorteilhafter war als die Austragung eines gewaltsamen Konfliktes

(86). Demzufolge kommt in »diesem Prozesschaos« (84) den Reichsgerichten eine größere Bedeutung zu, nämlich die Anerkennung der Autorität der Reichsinstitutionen von Reichshofrat und Reichskammergericht durch die Beteiligten, sodass »die Reichsgerichtsbarkeit das Reich ausmachte und es zusammenhielt« (86). In Anlehnung an Baumbachs Analyse wiederum liefert der Aufsatz von Robert Riemer im Hinblick auf die Rechtsanwendung der Appellation einen anderen Blickwinkel. Im Speziellen untersucht der Autor das schwierige Zusammen- und Wechselspiel bei gleichzeitiger Abhängigkeit von territorialer Gerichtsbarkeit und dem Reichskammergericht im Rahmen der Rechtsprechung am Beispiel der Handels- und Gewerbeprozesse aus den Reichsstädten Frankfurt und Hamburg. Er gelangt zu dem Ergebnis, dass trotz häufiger Auseinandersetzungen zwischen den Reichsgerichten und der Territorialgerichtsbarkeit der Reichsstädte die integrative Funktion des Reichskammergerichtes überwogen habe (124), diesem Tribunal also eine »Klammerfunktion« zukam und sie somit als Reichsinstitution (neben dem Kaiser oder dem Reichshofrat) zum Zusammenhalt des Reiches beitrug (123).

Mit der zeitgenössischen juristischen Literatur als ein verbindender integrativer Faktor der Reichs- und Territorialgerichte beschäftigt sich der letzte Aufsatz des Sammelbandes von Stefan Andreas Stodolkowitz. Er untersucht die gerichtliche Praxis der Ordinationen und Reskripte anhand der Literaturgattung frühneuzeitlicher Dissertationen und stellt anhand dreier Abhandlungen aus der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts die Entwicklungen der zivilprozessualen Praxis dar. Beide neu entwickelten gerichtlichen Praktiken – die Ordinationen des Reichskammergerichtes und die Reskripte des Reichshofrats – dienten dabei als »Vorbild« für die Territorialgerichte (182), die die an den höchsten Reichsgerichten entwickelten Verfahrensweisen übernahmen und in die Rechtspraxis der Territorialjustiz umsetzten. Durch die Analyse der drei Darstellungseinheiten kommt der Autor schließlich zu dem Ergebnis, dass durch die adaptierten verfahrensrechtlichen Instrumente »unter Effizienz- und Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten [...] eine einheitlich funktionierende Gerichtsbarkeit« (182) zwischen der Reichs- und Territorialebene entstand und damit zur Stabilität und zum Zusammenhalt des Alten Reiches beitrug.

Auf die Beantwortung der komplexen Frage »Was das Reich zusammenhielt« skizzieren die

Beiträge mögliche Richtungen zukünftiger Forschung und stellen konkrete integrative Faktoren hinsichtlich des Verhältnisses von territorialer und Reichsgerichtsbarkeit heraus. Demnach ist der Zusammenhalt des Reiches in der Frühen Neuzeit vor allem von sieben Konstanten abhängig: (1) von der zentralen Rolle von Justiz und Reichsgerichtsbarkeit bei der Herrschaftsausübung, (2) von der reichszusammenhaltenden Klammer des Lehnswesens (Dorfner, Flurschütz da Cruz), (3) von der friedensstiftenden Funktion des Rechtes (Hillen), (4) von der Appellation als rechtliches Bindeglied zwischen Reichsgerichtsbarkeit und Territorialjustiz (Baumbach, Riemer), (5) vom Stellenwert der zeitgenössischen juristischen Literatur als verbindendem Element des Rechtswesens in den Territorien mit der Rechtswissenschaft des Reiches (Jörn, Stodolkowitz), (6) von den personellen Beziehungen als wichtige vertikale Verbindung zwischen Reichs- und Territorialgerichtsbarkeit (Flurschütz da Cruz, Solterbeck) sowie (7) von der Rechtsprechung und ihrer Rechtspraxis (Jörn, Schulze, Solterbeck, Hillen, Riemer, Stodolkowitz). Neben diesen integrativen Faktoren bleiben – wie die Herausgeber des Sammelbandes in der Einleitung vermerken – weitere Fragen offen, so etwa die Geltung des materiellen gemeinen Rechts auf die

Reichs- und Territorialgerichte, die Bedeutung der Schriftlichkeit bei gerichtlichen Verfahren und Konfliktlösungen, die Rolle weiterer Institutionen des Reiches (etwa Reichstage, Reichskreise, Reichskanzlei etc.) sowie die Rolle der handelnden Akteure für den Zusammenhalt des Reiches (19–20). Wir können dem endgültigen Schluss der Herausgeber der Publikation nur zustimmen (20): Die Reichsgerichtsverfassung band die Territorien und ihre Gerichte an die Zentren des Reiches und wirkte damit am Zusammenhalt des Reichs wesentlich mit. Dessen ungeachtet tragen die sich voneinander unterscheidenden, aber dennoch ineinander verflochtenen Reichs- und Territorialgerichte dazu bei, die vielen Facetten des Kosmopolitismus zu verstehen, die das Alte Reich seit jeher auszeichneten. Damit leisten die hier versammelten Einzelbeiträge einen wichtigen Beitrag zur längst noch nicht abgeschlossenen Erforschung des Verhältnisses zwischen Reichs- und Territorialverfassung sowie der integrativen Faktoren zum Zusammenhalt des Reiches und tragen dazu bei, dieses »Institutionengefüge« (20) nicht nur auf der Ebene der Reichsgeschichtsforschung, sondern auch im europäischen Panorama (neu) zu verstehen.



Oswaldo Rodolfo Moutin

Barely Known Old Legal Texts Come to Light*

In the recent historiography on the canon law of the early modern Spanish Empire, legal historians have been considering many forms of normativity. Nevertheless, law still remains, and there is no reason to think otherwise, as a primary source of legal orders. In the case of canon law, many of the legislations drafted remained largely unknown due to their lack of *recognitio* by the Holy See and *pase regio* granted by the Spanish Monarch. Such texts were not printed and only circulated in manuscript form, likely resulting in a very low and uncertain

degree of compliance. During the 20th century, gradually but fragmentally, many of these texts became known in academic publications. The book reviewed here finally gathers together in a single volume all the legislative texts drafted at church assemblies celebrated in the archdiocese of Santafé (today Bogotá) before 1625.

The two editors' fields of expertise complement each other in providing not just a paleographic transcription of the texts, but also an introduction into their historical context, a survey of the current

* JUAN FERNANDO COBO BETANCOURT, NATALIE COBO (eds.), *La legislación de la arquidiócesis de Santafé en el período colonial* (Colección Biblio-

teca del Nuevo Reino de Granada), Bogotá: ICANH 2018, LX + 810 p., ISBN 978-958-8852-31-7

state of research and an explanation of the editorial decisions made in preparing the transcriptions, as well as the translation of the Latin originals into Spanish. Juan Fernando Cobo Betancourt received his doctorate in history from the University of Cambridge and is currently Assistant Professor at the University of California at Santa Barbara. He is also the author of the monograph *Mestizos heraldos de Dios*, a study on the ordination of mixed-race priests at the end of the 16th century.¹ Natalie Cobo is also a historian trained at the University of Cambridge and currently working on her doctorate in history at the University of Oxford. Both are co-founders of the »Fundación Histórica Neogranadina«,² a non-profit organization that digitizes and publishes manuscripts and ancient books and for this purpose also develops tools in the field of digital humanities. The present volume is a direct result of this project.

The book contains four documents resulting from the diocesan synods and provincial councils celebrated in Santafé between the years 1556 and 1625: the diocesan synods of 1556, 1576 and 1606 and the provincial council of 1625. A sixty-page introduction gives the historical context, brief prosopographical information on the respective bishops who presided over the assemblies, a summary of what we know about the events of the meetings and the fate of the documents in their manuscript transmission, as well as an assessment of any previous printed editions. A broad bibliography accompanies the text, which not only contains the main historiography on the topic but also potentially interesting studies on other areas, mainly Mexico and Lima. The transcription of the documents indicates textual variations in the extant manuscripts and in previous printed editions. Furthermore, the present edition provides information on the sources used to draft the new documents. In many cases, this was found in the manuscripts as marginal notes; but for more than a few provisions, this was not the case, and the editors provide the information, indicating the source

from which material was taken and the degree of similarity between the original version and its reception.

As it has been said, the law should be pondered along with other types of normativity as the primary source for legal historiography. Although never fully neglected in the scholarship of so-called *Derecho Indiano*, the importance of the constitutions in canon law should extend to other forms of normativity linked to ecclesiastical assemblies. The editors are therefore right to include the catechism promulgated at the Diocesan Synod presided over by Luis Zapata de Cárdenas in 1576 alongside the other legal documents.

The text of the Provincial Council of 1625 is transcribed with a Spanish translation done by the editors. As in the case of the Diocesan Synod of 1606, the Provincial Council's texts renewed many constitutions of the Third Provincial Council of Lima (1582/1583). As the introduction points out, the text's decretal scheme closely – but not completely – following that of the Third Mexican Provincial Council (1585), from which many of the constitutions were also taken.

Considering that the present edition is a source that will be used frequently, the quality of the bookbinding and the paper reassure readers that the book will not disintegrate in their hands, something that researchers doing a close reading of sources always fear. The scholarly quotations follow a somewhat strange system. Some are indicated in the body of the text in the introduction, others added as a footnote, without an explicit criterion for this diversity.

On top of all the merits mentioned above, this edition also provides a great opportunity to complement studies of the circulation of legal texts and ideas within the internal frontiers of the Spanish Empire. Comparison between Mexico and Lima has already begun.³ Thanks to this edition Nueva Granada can now be included in such comparative projects. ■

1 JUAN FERNANDO COBO BETANCOURT, *Mestizos heraldos de Dios: la ordenación de sacerdotes descendientes de españoles e indígenas en el Nuevo Reino de Granada y la racialización*

de la diferencia, c. 1573–1590, Bogotá 2012.

2 www.neogranadina.org

3 SEBASTIÁN TERRÁNEO, *La recepción de la tradición conciliar limeño en los*

decretos del III Concilio Provincial Mexicano, Buenos Aires 2010.

Manuel Bastías Saavedra

Property and the Early Modern Condition*

Interest in the relations between land and law in the early modern period has been growing steadily among historians of the Americas in recent decades. While some authors have made this a central focus of research, others have explored it in the broader context of how law structured intercultural relations between European colonizers and native populations. Alan Greer's book *Property and Dispossession* places both of these issues in the center of its analysis, and makes the very correct argument that capitalist development, private property, and modernity played a very limited role in the early colonization of North America (3). This argument does not seek to establish a difference between European and American developments. Rather it is a manner of stating that since modern representations of the economy and control over land did not exist anywhere in Europe during the early modern period (18), colonization was not a process of ›introducing‹ property or modernity between developmentally asymmetrical world regions. Greer's argument thus seeks to deconstruct a widespread historiographical narrative about colonization that assumes that property ideas came from Europe to the Americas fully formed and ready to use. Instead, Greer proposes focusing on ›concrete on-the-ground actions, actions that had the effect of instituting colonial property for both settlers and surviving indigenous populations‹ (4). For these insights alone, this book is a must-read for anyone interested in the problems of colonialism, colonization, land relations, and indigenous dispossession in the Americas.

The author selects three different experiences of European colonization in three very different regions, making it necessary to spend many pages bringing the reader up to speed on the manifold differences between British, French, and Spanish colonization and the different local indigenous social conditions they found upon their arrival.

The layout already suggests some problems in Greer's ambitious approach. The five chapters of part 1 serve more as introductory chapters that lay the groundwork for the analytical chapters of part 2, which seems particularly long given that these chapters offer not much more than a summary of the state of the art for each particular topic. Perhaps the most important payoff of these chapters is that they reveal that there was no paradigmatically ›European‹ approach to land tenure; the manner in which land was regulated in different colonial spaces was determined by local conditions; and different empires approached the question of land tenure with different interests and rules.

The most compelling chapters of the book are those of part 2, dedicated to studying different ›aspects of property formation‹: the colonial commons (chap. 7); the spatial dimensions of property (chap. 8); surveying (chap. 9); and the relation between colonial sovereignty and property formation (chap. 10). The final chapter gives an outlook into the 19th century.

Chapters 7, 8, and 9 are particularly persuasive, containing nuanced and counterintuitive accounts of how the native inhabitants of America and Europeans represented land and their claims to it. In the chapter on the colonial commons, for example, Greer correctly notes that ›common property was, in fact, a fundamental feature of landholding in both the New World and the Old in the early modern centuries‹ (248). The chapter describes the diverse forms in which common holdings were treated in Spanish, English, and French law, and how these forms of communal landholding played an important role in the dispossession of indigenous land. In the chapter on ›Spaces of Property‹, the author presents ›European‹ representations of space by showing the limitations of mapping and measurement, and by highlighting the importance of *place* among Euro-

* ALAN GREER, *Property and Dispossession. Natives, Empires, and Land in Early Modern North America*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, 464 p., ISBN 978-1-316-61369-6

pean settlers. When speaking of land, place – more than referring to an abstract space – treats the land as bound to local knowledge and »the lived experience of its inhabitants« (291). Since maps, cadasters, and other abstract representations of space were flawed and limited until the 19th century, Greer argues that »the living memory of peasant communities would remain the most important record of property rights and boundaries« (294). Finally, chapter 9, dedicated to processes of surveying, shows, among other things, that both European and indigenous ways of measuring land had more similarities than differences: rather than abstract units, »measures [were based] on a human scale that were rooted in local communities« (322).

These chapters reveal that the narrative of the European settlement of the New World is very different when the early modern condition is taken seriously. It is therefore puzzling, from a legal historical perspective, that the author chose such a normatively-laden and anachronistic concept such as property to describe the multiplicity of experiences of the relation between people and land that are discussed in the book. »The ideals of private property and absolute ownership shone as beacons of hope in the midst of the general effort to make the world anew« (389), writes Greer in the beginning of his epilogue about the developments which started with the revolutionary period. Property began to be thought of in diverse ways: it became a right that the state was obligated to protect, tied less to the scale of the community and instead becoming an abstract notion tied to the supreme worth of the individual. If this is the place that property was granted in the late 18th century, how does this compare to what was actually happening during the process that Greer identifies as »property formation« and, more paradoxically, with what Greer studies as »indigenous forms of property« in chapter 2? If »property« preceded European colonization, what »property« is being formed in the process of »property formation«? Does it make sense to conflate all of these different contexts under the individualistic and rights-oriented notion of property that has only become commonplace in the last two centuries?

The conceptual problem that underlies this interpretation is common and was already pointed out in Wesley Hohefeld's famous 1913 article on judicial reasoning. The idea of property, Hohefeld noted, is used by professional lawyers and laymen in such a manner that confuses legal with non-legal meanings, being sometimes used to describe the physical object (e.g. land) or the legal rights, privileges, or exclusions that describe the legal interest associated with the physical object. And most problematically, adds Hohefeld, »the term is used in such a ›blended‹ sense as to convey no definite meaning whatever».¹ Therefore, it is unfortunate that Greer did not take the *legal* dimension of property more seriously, most importantly because even understanding property in »fluid and dynamic terms«, as the book suggests, does not resolve the tension between the rights-centered nature of property and the empirical complexity and contingency that the book seeks to explore. This could have been perhaps better reflected through the nuanced use of other legal institutions, such as possession or dominion, or through the analysis of other sources of law such as custom. Property, essentially, refers to *one* legal relation used to describe relations between persons, land, and third parties that, however, cannot be presumed to describe *all* the forms in which this relation occurred, especially when speaking of the early modern American world.

Perhaps the incongruity between the strength of the argument and the conceptual limitations of this book cannot be solely attributed to its author. Specialized research into the multiplicity of legal institutions and sources of law that defined land relations in the New World is still for the most part lacking. The particular importance of custom and possession in generating rights to land, for example, has only recently begun to gain attention; and the manner in which land was tied to corporate bodies (families, the Church, towns, and *pueblos*), and not necessarily to individuals, has so far not been explored in a detailed legal historical perspective. This, ultimately, points to the limitations of the categories that 21st-century historians rely on when speaking of a world and peoples – European

1 WESLEY N. HOHEFELD, Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, in: The Yale Law Journal (1913) 23,1, 22.

and natives – that had a radically different manner of understanding their relation to the land: a world in which no one had property. *Property and Dispossession* shows that mapping, measuring, surveying, and owning had particular early modern qualities and particular manifestations in different parts of North America. The larger question of

what categories organized the relations between people, their land, and third parties in this context remains open and is a question that legal historians of the Americas should begin to take seriously.



Thomas Duve

Verstanden?*

Verstanden die europäischen Invasoren und die Angehörigen indigener Völker in Amerika sich eigentlich, wenn sie Verträge schlossen, über Rechte verhandelten, vor Gericht miteinander stritten? Fanden sie einen *middle ground* oder agierten sie nach dem Prinzip des *code switching*? Diese Fragen stehen im Mittelpunkt des von den US-amerikanischen Rechtshistorikern Brian P. Owensby und Richard J. Ross herausgegebenen Bandes *Justice in a New World. Negotiating Legal Intelligibility in British, Iberian, and Indigenous America*. Sieben Fallstudien rekonstruieren Momente der rechtlichen Interaktion zwischen Angehörigen indigener Gemeinschaften und Euro-Amerikanern in Anglo- und Iberoamerika zwischen dem 16. und dem 19. Jahrhundert. Sie werden gerahmt von einleitenden Überlegungen der beiden Herausgeber zur Möglichkeit des Vergleichs zwischen britischen und iberischen Rechtsräumen sowie zwei zusammenfassenden Beobachtungen.

Die vielleicht etwas speziell anmutende Fragestellung mag nicht gleich erkennen lassen, welche Bedeutung das Thema hat: Es geht um die Rolle indigener Akteure im Prozess der Etablierung der kolonialen normativen Ordnungen, damit auch um Inhalt und Ausgestaltung dieser Ordnungen. Waren Angehörige der indigenen Völker dem Recht der Europäer hilflos ausgesetzt oder hatten sie so etwas wie *legal agency*? Verschwanden ihre

Rechte, gab es Konvergenzen, Hybridisierungen, Rechtspluralismus, nutzte man das Recht der anderen?

Das Buch kann auf eine inzwischen recht umfangreiche Forschung zur Justiznutzung durch indigene Akteure in Anglo- und Iberoamerika zurückgreifen, fügt dieser gründliche Fallstudien hinzu und verfolgt mit seiner vergleichenden Perspektive ein anspruchsvolles Projekt. Schon die Rekonstruktion der Kommunikation zwischen den Angehörigen indigener Völker und den Kolonisatoren ist alles andere als einfach, sind doch die meisten Quellen, auf die wir zurückgreifen können, durch mindestens einen, meistens sogar mehrere koloniale Filter gegangen – bei der Formulierung, bei der Niederschrift, bei der Archivierung. »Indigene« und »koloniale« Rechtsvorstellungen sind deswegen, wenn überhaupt, nur mit erheblichem Aufwand und großer Unsicherheit rekonstruier- und kontrastierbar. Die große regionale Vielfalt innerhalb des spanischen Imperiums, die koloniale Dynamik, manche Ähnlichkeiten und große Unterschiede zwischen dem spanischen und dem portugiesischen Amerika machen allgemeine Aussagen schwierig. Gänzlich unmöglich scheinen sie zu werden, wenn man Britisch-Amerika hinzunimmt.

Diese Kombination bietet allerdings auch Potenzial. Die Einzelbeobachtungen können aus

* BRIAN P. OWENSBY, RICHARD J. ROSS (Hg.), *Justice in a New World. Negotiating Legal Intelligibility in British, Iberian, and Indigenous America*, New York: NYU Press 2018, 352 S., ISBN 978-1-4798-0724-6

selbstverständlich scheinenden Grundbedingungen herausgelöst und mit anderen kontrastiert werden. Zwei dieser Grundbedingungen arbeiten die Herausgeber in ihrer Einleitung heraus: die unterschiedliche Stellung der indigenen Völker in der sozialen und rechtlichen Ordnung sowie die Bedeutung bestimmter Strukturprinzipien bei der Konstruktion dieser Ordnungen. So folgten die iberischen Imperien durch die Einordnung der indigenen Völker als »Vasallen« in das normative Universum des frühneuzeitlichen Rechts in den iberischen Monarchien einem integrativen Modell. Gerade diese Integration und die mit ihr verbundene begrenzte Autonomie hatte langfristig den Effekt einer zunehmenden Überformung indigener Traditionen durch koloniale Methoden und Praktiken. In den britischen Territorien wird dagegen üblicherweise eine stärker auf die Anerkennung, Abgrenzung und letztlich asymmetrische Koordination von Souveränitätsrechten gerichtete Politik der räumlichen Ausdehnung der kolonialen Einflussphäre und der langsamen Zurückdrängung indigener Völker und ihrer Territorien gesehen. Man hätte diesen beiden grundlegenden Unterschieden vielleicht auch noch den unterschiedlichen Stellenwert der Mission hinzufügen können; er war für Iberoamerika strukturbildend, für Britisch-Amerika nicht. Mit diesen verschiedenen kolonialpolitischen Modellen korrespondierten, so legen es die Herausgeber nahe, zwei zentrale Merkmale der jeweiligen Rechtskulturen: die Vorstellung materieller Gerechtigkeit und deren Realisierung auf allen Ebenen der stratifizierten kolonialen Ordnung im Fall der iberischen Imperien einerseits und die überragende Bedeutung des Denkens in Kategorien der durch Recht definierten Souveränität im Fall Britisch-Amerikas.

Vor diesem Hintergrund lassen sich in den Beiträgen tatsächlich differente Formen der Kommunikation über Recht, Hybridisierung und Differenzierung konturieren, trotz aller lokaler Varianz, etwa durch Unterschiede in Sozialstrukturen, Geographie, Verfügbarkeit von kulturellen Übersetzern. So veranschaulichen die Beiträge von Tamar Herzog zu Aushandlungen von Rechtspositionen zwischen Portugiesen und indigenen Völkern im heutigen Brasilien und Karen Graubarts Studie zum Vizekönigreich Lima, dass im integrativen iberischen Modell Missverständnisse vorkamen, man aber voneinander lernte und Hybridisierung an der Tagesordnung war. Vor allem Graubart zeigt an dem klassischen Fall der in die koloniale Hierar-

chie eingeordneten indigenen Selbstverwaltung in der *república de indios*, wie sehr Siedlungspolitik, massive Eingriffe der Krone in die Sozialstruktur und die Enteignung indigener Völker bei gleichzeitiger Anerkennung begrenzter Autonomie dazu führten, dass indigene Akteure nicht in Parallelwelten lebten, sondern sich in ganz unterschiedlichen Situationen der Koexistenz oder Verschmelzung von normativen Ordnungen wiederfanden.

Die Fallstudien zu Britisch-Amerika lassen tendenziell weniger Hybridisierung und mehr *code switching* der Akteure erkennen. Doch nicht wenige Ähnlichkeiten sind auffällig, etwa der von Herzog für Portugiesisch-Amerika im 18. Jahrhundert und der von Jenny Hale Pulsipher für Massachusetts im 17. Jahrhundert herausgearbeitete versteckte Dissens, wenn Indigene und Europäer die Bedeutung des Gabenaustauschs und die Vertragsinhalte unterschiedlich interpretieren – weil sie diese jeweils unterschiedlich in ihre eigenen normativen Vorstellungen übersetzen. Manche Parallelen zeigt auch der Vergleich des Tributsystems des britischen Virginia mit dem Floridas unter spanischer Herrschaft, den Bradley Dixon unternimmt: Integration der indigenen Völker, Nutzung der indigenen Sozial- und Produktionsstruktur, der Rückgriff auf bestimmte Argumentationsfiguren aus einem europäischen juristischen Diskurs lassen sich in der Mitte des 17. Jahrhunderts in beiden Fällen finden. Auch Nancy O. Galman und Alan Taylor weisen in ihrem Vergleich der Beziehungen der britischen Autoritäten mit der Konföderation der Irokesen nördlich von New York bis zur Grenze der französischen Kolonie Quebec und der spanischen Politik in der Grenzregion Floridas in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts auf die Bedeutung von adaptiven Praktiken hin. Um kriegsrische Auseinandersetzungen zu vermeiden, suchte man pragmatische Kompromisse bei der Ahndung von Tötungsdelikten. Zum Teil paktierten die Spanier mit den Indigenen auch gegen die zur Grenzsicherung angesiedelten britischen Siedler. Indigene wie koloniale Autoritäten navigierten also in pluralen Strukturen, und man konnte dies, weil man sich inzwischen kannte. Nur so lässt sich auch erklären, was Craig Yirush im Fall der Verhandlungen der Irokesen mit den Engländern in Pennsylvania in der Mitte des 18. Jahrhunderts beobachtet: Die Vertreter der Irokesen beriefen sich im Streit um Land auf ihr »aus dem Boden Gewachsen-Sein« sowie für einige Gebiete auf die Eroberung von einem anderen indigenen Volk,

erstreckten ihre Herrschaftsrechte aber auch auf die Unterworfenen, die ihnen tributpflichtig waren und forderten das Recht zum Abschluss von Verträgen mit anderen europäischen Mächten. Eine Studie zum Widerstand indigener Völker gegen die im Zuge der Unabhängigkeitsbestrebungen in Neu-Granada drohende Änderung der kolonialen Verfassung (Marcela Echeverri) führt vor Augen, in welchem Maße einige indigene Völker inzwischen ihre Stellung im korporativen kolonialen System angenommen hatten. Sie hatten deswegen auch sehr wohl verstanden, dass der von den Kreolen favorisierte scheinbar egalitäre Verfassungsstaat für sie eine nicht unerhebliche Bedrohung darstellte.

Diese kurze Skizze der Beiträge mag vor Augen führen, wie fruchtbar die vergleichende Gegenüberstellung der beiden Kolonialregime und die Zuspitzung auf die Frage der Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Sich-Verstehens ist. Zwei abschließende Kommentare gehen auf das Problem der Vergleichbarkeit (Daniel K. Richter) und eine Reihe von Einzelaspekten ein (Lauren Benton). In Bentons Beitrag wird auch eine gewisse Spannung angesprochen, die den Band durchzieht: Was ist eigentlich das Objekt der Beobachtung, wenn wir Kommunikation in Konfliktsituationen rekonstruieren, in denen rechtlich argumentiert wird – begnügen wir uns mit dem Blick auf die vorgebrachten Argumente oder kann es gelingen, bestimmte dahinterliegende »Rechtsvorstellungen« zu rekonstruieren? – Während Tamar Herzog nicht nur eindrucksvoll vorführt, dass selbst aus kolonialen Dokumenten Vorstellungen und Erwartungen

indigener Akteure herausgelesen werden können und dass hinter den Handlungen auch bestimmte *rules, anchored in culture and experience* herauszuarbeiten seien (61 ff.), lehnt Lauren Benton gerade dies ab (279 ff.). Doch dürfte es sich hier eher um ein Missverständnis handeln: Herzog weist auf die für Rechtshistoriker/innen vielleicht leichter sichtbare Tatsache hin, dass jedes Handeln in einem Horizont normativen Wissens stattfindet, auch wenn dieses Wissen nicht ausdrücklich gemacht wird; Benton scheint dahinter die Suche nach *essentialia* zu vermuten.

Zum Schluss ihrer Einleitung deuten die Herausgeber einige weitere Forschungsfragen an. Nicht zuletzt sehen sie den Band als Schritt auf dem langen Weg zu einer *intercultural history of law and justice* an. In einer solchen liegt natürlich ein wichtiges Ziel. Die Einleitung der Herausgeber und viele Einzelbeiträge zeigen aber auch die vielen Fragen, die ein solches Unternehmen aufwirft: Kann ein solcher Vergleich letztlich die europäischen Imperien als analytischen Rahmen nehmen? Kann man die koloniale Situation aus einem kontrastierenden Vergleich der Systeme der Kolonisatoren heraus analysieren? Müsste man das Verfahren nicht geradezu umdrehen und die Kommunikationsbedingungen aus den Perspektiven der indigenen Völker heraus rekonstruieren? – Wie so oft bleibt die Frage, in welchem Maße wir die historischen Asymmetrien der Macht in unseren analytischen Kategorien abbilden müssen.



Michele Graziadei

Not on the Other Side of the Channel!*

»Rechtsdogmatik in England« is perhaps not the most obvious title for an enquiry concerning juristic methodology and its evolution on the other side of the Channel. Even when translated into English, as the blurb does (»Doctrinal Legal Scholarship in England«), many readers will still be baffled, and left wondering about the subject of this book, because there really is no *Rechtsdogmatik* in England! Nonetheless, this is an honest title for a study dedicated to an intriguing question: whether that mode of thought – so familiar to German jurists, judges, and practicing lawyers – has any parallel in England at all. One may be curious to know why this is an interesting question? Why is it relevant, perhaps also important in general terms?

First, lawyers trained in jurisdictions where that mode of thought is well accepted all too often pose a similar question. Why do English legal materials apparently concede so little to elaborate theories, neat categories, broad overarching principles? This essential question has kept many scholars of comparative law and legal historians busy. Secondly, the book explores a crucial epistemological problem. To what extent do the laws of different countries diverge not just because they differ in substance, but rather because they are set out in different ways? This is the subject of much recent controversy (9 ff.), and Flohr's book provides some insights on the point. Finally, this book makes clear that nothing ever remains the same in the law. In recent years we witness a sustained scholarly effort in England (and in some other parts of the common law world) to provide a more doctrinally structured treatment of certain areas of private law (and of private law in general). This has resulted in a form of scholarship that is perhaps more easily recognised as »legal dogmatics« by continental lawyers than anything produced so far in the field of legal studies in England. Are English academics actually turning to a form of »legal dogmatics«? How did this happen? What are the consequence of this? Is the English judiciary paying attention?

Is it influenced by this change? Those who are interested in these topics can turn to this volume and will find much of interest in it.

The book is a slightly modified version of a PhD dissertation defended at Bucerius Law School in 2016. The author benefitted from the advice and supervision of Prof. Reinhard Zimmermann and Prof. Stefan Vogenauer, as well as of periods of study at Oxford and Cambridge, and at the Max Planck Institute of Comparative and International Private Law in Hamburg, where these themes are also cultivated.

The text is divided into seven chapters, preceded by a substantial introduction and followed by a brief conclusion. In the introduction (1–26), the author shows that the epistemological problem he is concerned with has a distinguished pedigree. Max Weber's well known (and by now controversial) remarks on English law's peculiar lack of formal rationality and the ensuing debate provide the starting point for the enquiry. Much has changed in England since Weber's time, and Flohr shows how his rather one-sided assessment has been critically received in the subsequent literature. Yet the question remains (9): in which way does the formal rationality of English law differ from that practiced in Germany? To address the issue in a meaningful way one must avoid falling into a particular trap. The reference to the notion of *Rechtsdogmatik* cannot work as a reference to a universal mode of thought that would as such provide the key to penetrate any form of juristic thinking. This would be to adopt an ethnocentric approach to the subject, which the author squarely rejects. Rather, the question of how to compare (24) is framed by using local knowledge – in this case the notion of *Rechtsdogmatik* – as a way to illuminate what would otherwise not be highlighted or would rather be left in the dark in the comparative enquiry.

The first chapter of the book covers the object of comparison, *Rechtsdogmatik* in Germany (27–69).

* MARTIN FLOHR, *Rechtsdogmatik in England* (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 393), Tübingen: Mohr Siebeck 2017, XIII + 342 p., ISBN 978-3-16-155280-9

The author traces the origins of the concept and of the corresponding practice back to the 19th century, to the works of Jhering and Puchta, who built upon the seminal achievements of their predecessors. Flohr proceeds to map the transformations that this method underwent in the last one and a half centuries under the pressure of a variety of factors, including the enactment of the civil code and of the Federal Constitution of Germany. In the remaining part of the chapter, he offers a concise but penetrating discussion of the different tasks and functions normally performed by such an approach to law. The old dogmatics, practiced by the masters of *Pandektistik*, has now nearly vanished, but in a way is still there, like the Cheshire cat's iconic grin. The author rightly notes that for many German jurists the word *Rechtsdogmatik* is intimately bound with the very idea of scientific legal research. Thus in daily exchanges among German jurists, any scholarly enquiry of a speculative character is often simply labelled as »dogmatics« (34). This explains why sometimes the German expression *Rechtsdogmatik* is translated in other languages by the more general notion of »legal doctrine«. In a way, Flohr's work also oscillates between these two meanings of the word – the more specific and the more general. Much attention in this book thus goes to the general conditions of academic legal research in England, that is, to the overall framework to which the specific theme belongs. Several earlier important studies on the general topic are used to provide this background to the research.

The second chapter of the book is dedicated to »Elements of dogmatic thinking in England – a fragile tradition« (71–100; *all English translations are my own*). As the ancestors of present-day English *Rechtslehrern* Flohr identifies the earliest English authors who showed an inclination for the search for order and precise distinctions, the tendency to proceed from general principles to more detailed solutions, and so on. All these aspects, which are foundational features of the dogmatic tradition, are rightly presented as part of the larger rationalist programme launched by René Descartes. Cartesianism showed with greater clarity how mathematics, and more particularly geometry, could provide a template to renew legal science as well. The usual suspects are thus presented in a gallery that is opened by Francis Bacon and closed by Frederick Pollock, the eminent Victorian jurist whose works set the standard for university re-

search on law. Here the coverage is focused only on the most essential points, but this is not a legal history book.

The following chapter (Ch. 3, »The Search for the English Legal Mentality«, 101–118) investigates whether the national character of the English people led to a specific legal mentality – a point that some comparative works have pressed. The author does not share this assumption. With some bold strokes, he instead reveals the institutional and professional settings that contributed to the formation of a certain *mentalité*. These factors explain several features of common law. In turn, the German jurists' mentality, too, can be considered as the expression of a particular *déformation professionnelle* (112). Adding historical perspective to his subject, Flohr reconstructs the transition from an older English legal mentality, which goes back to the 16th century, to a newer one inaugurated in the 19th century. The older mentality considered common law as a continuous legal tradition of unwritten, customary law. Perfected generation after generation through its adaptation to new circumstances, the common law in this period was considered as unchanging in its fundamental features, as the ship of the Argonauts. The more recent mentality, inaugurated in the 19th century, was dominated instead by legal positivism. This positivism confirmed that it was not the business of university jurists to improve upon the current conditions of the law. In this new environment, overarching and systematic projects that would have provided a new understanding of several judicial developments were out of the question.

Chapter 4 covers the »Institutional obstacles to the diffusion of dogmatic thought« (119–156). The initial part of this chapter critically examines the old thesis advanced by Pringsheim of an inner relationship between English law and Roman law. This thesis fails to persuade, as it is based on too many doubtful assumptions. Flohr offers a more precise picture based on the analysis of all those lasting institutional factors that worked against the establishment of a strong doctrinal tradition in England. These include the initial poverty of written norms that prevented elaborate doctrinal commentary; the large use of fictions to foster legal development; the reluctance to recognise rights emerging from the procedural devices available to litigants; the late establishment of an academic tradition in law and of a modern system of legal education at the universities. The academic

contribution to the development of law has been increasing in importance over time, however. In the last part of the 20th century, Lord Goff's British Academy Lecture on »The Search for Principle« announced that the times were indeed changing. A partnership between scholars and judges in the common search for principle was now a welcomed, much needed move, not just a remote possibility as in the past (154–155).

The fifth and the sixth chapters, the central parts of the book, explore this theme in depth. They examine the work of Peter Birks, the late Regius Professor of Civil Law at the University of Oxford. Birks was a towering, charismatic figure, whose intense scholarly activity left an important, indelible mark on several branches of English law and influenced a large number of pupils, who are now among the most brilliant academic jurists active in England and in other jurisdictions. The obvious names are Jack Beatson, Andrew Burrows, James Edelman, Ewan McKendrick, Thomas Krebs, Ben McFarlane, James Goudkamp, Lionel Smith, Bill Swadling, Robert Stevens – basically two entire generations of English private lawyers. Flohr examines Birks' contribution as a prime example of the renewal of English private law through rigorous logical scrutiny of the conventional wisdom and the unflinching search for doctrinal coherence and better systematisation of the law.

Chapter 5, titled »Bringing order to case law« (157–201), covers Birks' magisterial treatment of what was in the mid-1980s still mostly labelled the law of restitution. This field of the law was radically transformed by Birks' approach and by the contributions of those who engaged with his thought. The chapter introduces the reader to the state of the law of restitution before the appearance of Birks' path-breaking »Introduction to the Law of Restitution« (1985), the book that launched a sort of academic gold rush in the field. The chapter then goes on to discuss the core of the arguments made in that work, as well as Birks' later shift towards a different take on the subject, which is the gist of his last, poignant book dedicated to the topic (»Unjust enrichment«), delivered to the press just before his premature death in 2004.

Chapter 6 (»A Taxonomy of Private Law«, 203–238) is dedicated to Birks' efforts to generalise his approach and to establish English private law as a whole on a new basis. The need to set English law on the foundation of a proper taxonomy, to provide a systematisation in which causative events are

clearly identified, and legal consequences precisely tailored to fit them, is at the origin of the two volumes on »English Private law« published in 2000. This work, first edited by Birks, is now in its third edition, under the editorship of Andrew Burrows. Flohr notes that Birks himself conceived his programme as linked to a long-term rationalisation project of the law of England by university scholarship (200). Nonetheless, his theoretical insights neither amounted to a complete theory of law and legal scholarship, nor were they inspired by the desire to effectively align legal methods with the methods of the natural sciences. Birks' teachings have had wide resonance across the judiciary and the law reports tell this part of the story. Unjust enrichment is now accepted as a fundamental category, next to contract and tort, as a part of the law of obligations, operating as an independent source of rights and obligations (*Banque Financière de la Cité SA v Parc (Battersea) Plc* [1999] 1 AC 221, 227, per Lord Steyn). Still, not everyone has been persuaded by Birks' vigorous insistence on the need to fundamentally rethink the arrangement of English law. The arguments made against his approach are presented in the book in detail, in an interesting and fair way (221–238). The reader will be surprised to learn that some of the reactions have been very strong indeed, for a variety of reasons, including the fear of the loss of flexibility or discretion in the application of both common law and equitable doctrines (236).

The last chapter (Ch. 7, »The Attack on Orthodoxy«, 238–293) offers a critical discussion of the current approaches and controversies generated by the impact of Birks' intellectual legacy. The divisions of this chapter pick up the many threads of the taxonomy debate and the arguments concerning the need to justify doctrinal arrangements of the law. It relates how an interpretative approach to law and an increased prominence of rights in private law discourses have made progress in England. These trends are broadly related to a recent wave of strong scholarly interest in »private law«. The analytical and conceptual lenses shared by those working in the field vindicate much of what Birks stood for.

The conclusion advanced by the author is that there is no case for a significant convergence between the ways in which juristic thinking proceeds in England and in Germany. But it is also impossible to make the point for the complete alterity of common law vis à vis its civil counter-

part (295). This Solomonic judgment affirms that in England there is no place for *Rechtsdogmatik* as a productive system of law and that is nowhere to be seen in the distance either (298). Hence, difference – rather than similarity – remains the prevalent comparative outlook in this respect. On the other hand, in recent years something comparable to it has taken shape in some university and college halls. The work of Birks and his pupils has thus been a transformative force, shining a strong light on the new tasks of academic jurists. They are now free to investigate the fundamental structures of the law, and to question their legitimacy when they fail to meet the fundamental demands of rationality and justice (297). On a personal note,

I had the privilege to know Peter Birks; his ability to spot certain fault lines of English law was not just the sign of what an exceptionally gifted mind could find out, but also the revelation of his subtle mastery of some continental legal methods. This, of course, was exceptional too. Legal methodology as the subject is understood in Germany still has no parallel in England.¹

Martin Flohr has written an enlightening, discriminating contribution on the comparative study of different modes of thoughts and of the variety of approaches to the law across national boundaries, and for this he is to be complimented.



Rafael Diego-Fernández Sotelo

El concepto de *formación protoestatal* en Hispanoamérica*

El motivo de esta reflexión no es en realidad el de hacer la reseña al contenido de este reciente trabajo de Horst Pietschmann, pues eso es algo que ya ha hecho con buen conocimiento de causa, en la introducción misma de la obra, José Enrique Covarrubias. Por el contrario, el propósito central de este comentario consiste en considerar cuál habrá sido la razón que llevó a Josefina Vázquez y a José Enrique Covarrubias a plantear dicha iniciativa, y cómo interpretar el hecho de que dos prestigiados historiadores, provenientes de dos de las instituciones académicas más reconocidas en el área de las ciencias sociales y de las humanidades en México se hallan tomado la molestia de hacerlo.

Una primera respuesta a la interrogante salta a la vista de inmediato, y no es otra que la de rendir un merecido homenaje a un gran historiador, amigo y maestro de tantos académicos mexicanos de diversas generaciones. No resultaría exagerado decir que el profesor emérito Horst Pietschmann de la Uni-

versidad de Hamburgo se encuentra en un selecto grupo de historiadores extranjeros, que no rebasa en todo caso la media docena de integrantes, que han alcanzado tan altas cuotas de reconocimiento y respeto en México.

Otra más es la de hacer accesibles textos de gran relevancia dentro de la producción del autor (desde los años setenta hasta la primera década de siglo XXI), que o no habían sido aún traducidos del alemán (como en el caso de seis artículos) o habían sido publicados en el extranjero, o bien en México pero hacía ya muchos años o en publicaciones de difícil acceso.

En el fondo de las cosas, la razón principal que llevó al autor a ganarse el respeto de los historiadores mexicanos y latinoamericanistas en general se debe precisamente a lo que se considera una contribución medular a la historia no sólo de México sino incluso a la de toda Iberoamérica: la etapa correspondiente a las reformas borbónicas.

¹ See on this GERHARD DANNEMANN, *Juristische Methodenlehre in England*, in: *Rabels Zeitschrift* 83,2 (2019) 330–345.

* HORST PIETSCHMANN, *Acomodos políticos, mentalidades y vías de cambio. México en el marco de la monarquía hispana* (compiladores: José Enrique

Covarrubias, Josefina Zoraida Vázquez), México: El Colegio de México 2016, 598 p., ISBN 978-607-462-918-7

No se trata, ni mucho menos, del único tema que ha cultivado, pues el abanico de sus intereses es de lo más amplio, pero al mismo tiempo coherente, sin pretender hacer ningún alarde, ahora muy de moda, de pasar de temporalidades, continentes y temáticas que nada tienen en común. Sin lugar a dudas los responsables de la antología se preocuparon por cubrir los temas que más han interesado al historiador a lo largo de su trayectoria que refleja una preocupación constante con el derecho: la organización estatal, la corrupción y la economía.

Cabe destacar el hecho de que la obra abarca tres grandes escenarios: España, Nueva España e Hispanoamérica – y uno particular: la región Puebla-Tlaxcala – con un claro énfasis en el siglo XVIII en general, y de manera particular en el tema de las reformas borbónicas, aunque también se dedica a temáticas relacionadas al siglo XVI como al siglo XVII.

En esta apretada síntesis quisiera destacar el hecho de que basta con el repaso al índice para apreciar el enorme interés que tuvieron los compiladores en destacar la relevancia de la etapa relativa a las reformas borbónicas: *Los principios rectores de organización estatal en las Indias*; *Las Sociedades Económicas de Amigos del País y la propagación de las ciencias útiles en España e Hispanoamérica durante la época de la Ilustración*; *El «proyecto económico» de Bernardo Ward. A propósito de la orientación de la política exterior de las reformas borbónicas*; *Nación e individuo en los debates políticos de la época preindependiente en el Imperio español (1767–1812)*; *Justicia, discurso político y reformismo borbónico en la Nueva España del siglo XVIII*; *Estado colonial y mentalidad social: el ejercicio del poder, distintos sistemas de valores, siglo XVIII*; *El comercio de repartimientos de los alcaldes mayores y corregidores en la región de Puebla-Tlaxcala en el siglo XVIII*; *Agricultura e industria rural indígena en el México de la segunda mitad del siglo XVIII*; *España en la época de los Borbones*; *Carlos III (1759–1788)*; *Francisco Saavedra y Sangrois (1746–1819)*. *El intento de autobiografía de un político*

español a caballo entre la reforma, la revolución y la reacción; *Un testimonio del impacto del reformismo borbónico en Nueva España. La representación del intendente de Puebla de los Ángeles de 27 de junio de 1792*; y *Sobre la Real Hacienda de Nueva España*.

Si bien es cierto que ya el mero hecho de que el grueso de la obra gire en torno al tema de las reformas borbónicas resulta un buen indicador de la valoración de los compiladores, también lo es el orden en que están colocados los ocho capítulos en que dividen la antología, algo sobre lo que quisiéramos llamar la atención, especialmente por lo que concierne al trabajo con el que abre la obra, el concerniente a los principios rectores de organización estatal en las Indias (33–74), un trabajo que ha sido publicado en dos obras colectivas que han tenido la mayor resonancia tanto en España como en Iberoamérica.¹ Me interesa ocuparme en esta ocasión del mismo, por considerar que resume y sintetiza en buena medida los resultados de toda una vida de investigación y de reflexión sobre la temática que mayor atracción generó en Horst Pietschmann.

Como ya constituye el sello característico del autor, principia por hacer un amplio y minucioso repaso de los trabajos más destacados que se han ocupado de la materia en cuestión, y su conclusión al respecto apunta al hecho de que el problema concerniente a la organización estatal en la Hispanoamérica colonial tuvo su auge a mediados del siglo XX, pero que las modas historiográficas apuntan ya desde hace años en otra dirección. Respecto a los estudios citados advierte la coincidencia tanto en la perspectiva – metropolitana – como en el enfoque metodológico – el histórico, jurídico, institucional que partía básicamente del repaso de la legislación metropolitana y virreinal. Ya para los años sesenta aparecieron una serie de obras generales que aspiraban a presentar la constitución del imperio español desde una perspectiva más amplia proveniente de las ciencias sociales; sin embargo, en esos mismos años impactó fuertemente el interés tanto de la historiografía francesa como

1 ANTONIO ANNINO, LUIS CASTRO LEIVA, FRANÇOIS-XAVIER GUERRA (coords.), *De los imperios a las naciones*, Zaragoza 1994, 19–43; FRANÇOIS-XAVIER GUERRA, ANTONIO ANNINO (coords.), *Inventando la Nación. Iberoamérica siglo XIX*, México 2003, 47–84.

de la anglosajona por la perspectiva económica del imperio, aunque ya con la ventaja de que las fuentes documentales provenían de los archivos nacionales, regionales y locales de Hispanoamérica. De manera paralela la generación más joven de historiadores comenzó a interesarse por el tema de la venta y beneficio de los oficios, lo que llevó a vincular la perspectiva estatal con la social; ya para los años ochenta el tema del Estado se replanteó vinculando los procesos económico-sociales con los institucionales, destacando los resultados políticos de dichos procesos.

Lo anterior paulatinamente llevó a desplazar el énfasis en los estudios de corte imperial a los de corte regional en la América hispana al haber salido a relucir las enormes diferencias que presentaban los distintos estudios, y como consecuencia de ello afloró un especial interés en descubrir los vínculos entre estas regiones y las futuras naciones hispanoamericanas. Como colofón a este repaso historiográfico el autor concluye advirtiendo el resurgir del interés por los estudios institucionales al advertirse cada vez con mayor claridad el impacto y trascendencia del viejo orden imperial a lo largo del siglo XIX.

Una vez realizado el balance historiográfico, el autor reflexiona sobre su propia evolución como investigador, en buena medida centrada sobre el problema de la formación del Estado en la América hispana, con un énfasis en lo institucional enfocado a evaluar el impacto político del aparato estatal, sin perder de vista las aportaciones de las ciencias sociales.

Refiere cómo surgió, a principios de los años ochenta, su propuesta – con mucho éxito sin lugar a duda – en torno al estudio del fenómeno de la corrupción como mecanismo de intermediación entre la Corona y las sociedades coloniales, en donde alguno de los conceptos que cuestiona es el de *estado colonial* por resultar por demás vago, por lo menos desde la perspectiva de la Corona española, así como la otra categoría tan empleada de *Imperio español en América*, dado que ninguno de estos respondía a las complejas realidades de los procesos históricos a ambas orillas del Atlántico.

Todos estos conceptos esconden, o no permiten apreciar debidamente, los procesos de creación de nuevas entidades e identidades históricas, que llegarían a alcanzar un nivel notable de autonomía, pudiendo calificarse claramente de *formaciones protoestatales*, lo que lo lleva a resaltar la relevancia de la perspectiva de la historia de las estructuras estatales y de las económico-sociales para poder apreciar el tránsito entre la etapa colonial y la etapa nacional en Hispanoamérica.

Para concluir, y con el objeto de contextualizar debidamente la fuerte inclinación del autor por los temas concernientes a la historia de las instituciones político-jurídicas, hay que tener muy presente la advertencia que se nos hace en la introducción de la obra concerniente a la fuerte vocación que mostró Horst Pietschmann desde el inicio de su trayectoria académica, pues su primera opción fue precisamente la de estudiar leyes (18), inclinación que se verá reflejada a lo largo de toda su obra y de manera particular en el fuerte interés mostrado por la conformación y funcionamiento del aparato estatal del imperio español.

Por lo que respecta a cuestiones formales ya en la presentación de la obra que se realizó en marzo de 2018, con presencia del autor en El Colegio de Michoacán, convino en el señalamiento que entonces hice en cuanto a que el título y subtítulo me parecían invertidos, dado que el encabezado tendría que haber sido el de *México en el marco de la monarquía hispana*, quedando como subtítulo *Acomodos políticos, mentalidades y vías de cambio*. Algo que también salió a relucir en esa oportunidad fue el hecho de que no en todos los textos recopilados quedaba del todo clara la procedencia del mismo ni la autoría de la traducción; respecto a lo primero, no queda sino atenerse a la escueta nota de la introducción en la cual se advierte que Horst Pietschmann «es autor de una Historia de España escrita en coautoría con Walther L. Bernecker, de la que se han tomado algunos textos» (30);² y en cuanto a la autoría de las traducciones simplemente se hace alusión a un enigmático Enrique G. de la G. (91).

■

2 WALTHER L. BERNECKER, HORST PIETSCHMANN, *Geschichte Spaniens, von der frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, 4ª ed., Stuttgart 2005.

Tilman Repgen

Why Obey?*

In the abstract, it is quite simple: we should do good and avoid doing evil.¹ But what rule determines what is good, and who is allowed to determine it? The Middle Ages had adopted the essential approaches from Antiquity: either the commandment can be proved to be one of reason, i. e. it is rationalist, or it is based on the – for whatever reason – decisive will of a legislator. In the Middle Ages, these two currents were associated with the names of Thomas Aquinas and John Duns Scotus as well as William of Ockham,² although this distinction is an oversimplification.

In his seminal contribution to moral and legal philosophy, *De legibus ac Deo legislatore* (1612), the Spanish Jesuit Francisco Suárez (1548–1617) summarized the medieval thinking and developed it further in a specific way. This is the object of Schweighöfer's investigation. Étienne Gilson wrote about Suárez: »On each and every question he seems to know everybody and everything and to read his books is like attending the Last Judgement of four centuries of Christian speculation by a dispassionate judge.«³ Schweighöfer also rightly points out the importance of Suárez for later philosophers, such as Descartes, Grotius, Hobbes, Leibniz, Pufendorf and Christian Wolff, but at the same time draws attention to the difficulty of accessing Suárez, whose work comprises more than 23 000 narrowly printed pages (13). It is therefore meritorious that Schweighöfer not only poses the special question of the justification of the normative power of the law, but also places its answer in a systematic context of the teachings of Suárez. Here, particularly in the consistent consideration of the *Disputationes metaphysicae* but also of other works of Suárez, lies the particular strength of Schweighöfer's work, which aims at a »coherent represen-

tation of [Suárez'] concept of law« by discussing the latter in the context of the theory of action, the doctrine of the morally good and the metaphysical doctrine of causes. Schweighöfer's study thus goes beyond previous research.

Schweighöfer begins the main part of the work (Sections II–V) with a presentation of the concept of law in Thomas Aquinas' *Summa theologiae*, since this was the authoritative basis for Suárez's teachings (27–54). Here Schweighöfer's conception of a strict distinction between *lex* and *ius* in Thomas is noteworthy (37). Schweighöfer sees the latter (with reference to STh II-IIae, q. 57, a. 2, resp.) as a consequence of natural law (38). It is also interesting that he proves that, although reason plays a prominent role in Thomas' concept of law, the will of the legislator is also relevant. Altogether, Section II offers a very useful summary of Thomas' doctrine of law that is based on the primary sources but contains no detailed examination of the literature.

In the third section, Schweighöfer deals with the will and action theory and the moral ability of humans. Here it turns out that Suárez artfully tied together the two concepts of the derivation of the normative binding power of laws mentioned at the beginning, though they appear to contradict each other (55–138). In this chapter, the clarification of Suárez's theory of action and will – which Suárez presupposes rather than explicates in *De legibus* – is valuable as well. Already at the beginning of his treatise, Suárez emphasizes that laws are only rules that contain moral actions, which is a limitation compared to Thomas Aquinas' position (59–61). However, as John Duns Scotus in particular had pointed out, moral actions can only be voluntary or, more precisely, unnecessary actions. Even if

* STEFAN SCHWEIGHÖFER, Die Begründung der normativen Kraft von Gesetzen bei Francisco Suárez (Beiträge zur Geschichte der Philosophie und Theologie des Mittelalters, NF 83), Münster: Aschendorff 2018, 304 p., ISBN 978-3-402-10297-8

1 THOMAS AQUINAS, *Summa theologiae* I-IIae, q. 94, art. 2, resp.

2 Thus expressly FRANCISCO SUÁREZ, *De legibus ac Deo legislatore*, Liber

secundus, ed., introduced and translated into German by OLIVER BACH, NORBERT BRIESKORN and GIDEON STIENING, Stuttgart 2016, II 6, 4, 100–103.

3 ÉTIENNE GILSON, *Being and Some Philosophers*, Toronto 1952, 99, quoted by SCHWEIGHÖFER, 9.

reason gives an unambiguous answer, the will remains free to follow reason or not (63). The judgments of reason can be »necessary« insofar as they interpret the options for action, but free will must make them its own and strive for the effect recognized by reason (83). Without a preceding act of intellect, however, there is no act of will at all (86). The moral quality of an action results from conscience (95, 269). For Suárez, conscience is therefore the place where moral obligation arises, but it leaves the free and rational act of will. Free will as active potency expresses that man is made in the image of God, and (111) therefore also belongs to small children and others who are not capable of reason (112). Actions are only free if they result from reasonable insight and one's own will (113). Regarding this, one can speak of a *via media* between intellectualism and voluntarism.⁴ Only free actions, however, have moral quality. Therefore it is the will that justifies the moral quality, which – as Schweighöfer rightly points out – can be turned against the accusation that natural law is subject to a »naturalistic fallacy« (133). The laws of nature also do not follow from a true fact but from the will of the legislator. Nevertheless, the laws are the result of the *liberum arbitrium* (*De legibus* I 5, 20), which results from reason and will (136).

The fourth section deals with the *entia moralia*, to which the laws are attributed (139–188). Moral laws, then, have real entity and can be recognized like physical things. There are also causalities in the area of morality that have an effect on will, albeit not in the determinant sense. In Section V of his book, Schweighöfer then brings the concept of law

into a more precise relationship with the concept of rights (199–284). In particular, the different types of laws are examined in more detail.

The strength of this book lies in the very source-related analysis of Suárez's theory of law against the background of the theory of action and will that he developed in many other of his works. Schweighöfer has thus succeeded in a further discussion with Suárez. Less convincing is the processing of the research literature on Suárez, which Schweighöfer knows, but on which he only expresses himself very marginally. I missed a subject index. The sparse structuring allows one to (re-)find thoughts, but anyone who wants to look something up beyond the main argument may have to read for a very long time. For example, there are p. 133 on the »naturalistic fallacy« or p. 263 on the question of the duration of a dispute over the variability of natural law or p. 274 on the problem of mass non-compliance with a law. The headlines indicate the contents only to those who already know. Not even the brief summary (285–290) allows an introduction to individual questions of the investigation by cross-references. This is a pity, because it makes the reception of the work more difficult, though it deserves a wide readership.

If one asked Suárez why we should obey the laws, he would answer that the commandments of the laws prove to be a rational will to promote the common good in a community through legitimate political rule. All legislation is tied back to the *lex aeterna*, the archetype of any law. Only laws that participate in the *lex aeterna* are »real« laws and therefore just and binding.

■

4 SUÁREZ (as footnote 2) II 6, 5. See for this especially: GIDEON STIENING, Urheber oder Gesetzgeber. Zur Funktion der Gottesinstanz im Naturrecht des Francisco Suárez, in:

OLIVER BACH, NORBERT BRIESKORN et al. (eds.), Die Naturrechtslehre des Francisco Suárez, Berlin 2017, 91–111, here 92–95.

Francesco Giuliani

A Global Perspective on *De Propaganda Fide**

Giovanni Pizzorusso's monograph takes a clear position in the historiographical debate regarding the significant differences that separate studies on the papacy, church history, and the history of Catholicism. His focus lies on deepening our understanding of a Roman dicastery strongly desired by the pope. This work can be counted among the studies dedicated to the papacy's policy for expanding Catholicism in the world. The author pursues his objective by maintaining a Curial centre of gravity and relying mainly on purely Roman archival sources, above all the historical archive of the Congregation de Propaganda Fide. Pizzorusso immediately clarifies a decisive question that has divided scholarship on this Congregation. Discussing the main reasons for the foundation of Propaganda Fide, the author sides with the view that it was predominantly the result of a concern with the fight against the heretics of northern Europe and rejects the struggle against the *patronato regio* as the principal reason for its creation. This position, stated clearly at the beginning of the book, on the one hand allows the author to clarify the true relationship between Propaganda Fide and the *patronato regio*, revising the received scholarly opinion on this institution. On the other hand, it facilitates a clearer understanding of the early years of the life of the Congregation, revealing its role and function.

What makes the work of Pizzorusso particularly relevant is his approach to the analysis of Propaganda Fide. His is a general and global perspective. The nature and the prerogatives of this Curial office, which by purpose and function was exposed to various populations and cultures of the world, has tended to produce a historiography strongly focused on specific places of mission. It was natural that historical research should primarily focus on particular and geographical interests, and that

these should prevail over a global view; these territorial perspectives have certainly provided detailed analyses of how Propaganda Fide related to and acted in a given location. However, these separate points of observation could not generate a general understanding of the phenomenon. Pizzorusso's study develops a synthesis of the insights generated by previous archival and historiographic research. His narrative aims to outline a historical-institutional profile of the Congregation with particular attention paid to what he calls the *governance* of the missions. The result is therefore a comprehensive picture of this institution – if limited to the 17th century – and above all the filling of a scholarly lacuna, thanks to the completeness provided by Pizzorusso's general vision of Propaganda Fide.

The first part of the work focuses on the Congregation's more properly jurisdictional and administrative aspects. Pizzorusso explores the historical reasons that led to the birth of the Roman department, describing specifically the pontifical need to create a central agency that had supreme jurisdiction over all mission lands and that therefore acted as nexus between the central power and the periphery. He thus provides a full account of the political plan that aimed at the Roman and papal centralisation of the missions. Particularly interesting and accurate is his description of the internal functioning of this imposing Curial office also from the bureaucratic point of view. The author goes into the details of the Propaganda Fide machine, outlining the protagonists and their tasks. The administrative apparatus counted not only those who worked in the Curia but also various figures who worked directly in the field of the missions, such as the apostolic vicars – created *ad hoc* by Propaganda Fide – apostolic prefects, nuncios and agents of the Congregation.

* GIOVANNI PIZZORUSSO, *Governare le missioni, conoscere il mondo nel XVII secolo. La Congregazione pontificia De Propaganda Fide* (Studi di storia delle istituzioni ecclesiastiche), Viterbo: Edizioni Sette città 2018, 224 p., ISBN 978-88-7853-779-8

This massive system represented the eyes and will of the pope in the mission lands.

In outlining this institutional framework, Pizzorusso does not fail to mention the jurisprudential character of Propaganda Fide. As time went on, the huge influx of correspondence from all over the world – material evidence of the universality of papal *governance* – increasingly overburdened the Roman offices, which had the task of finding the doctrinal and juridical answers to the most varied questions. It was precisely Propaganda Fide's responses to the requests of local institutions, orders, and distant dioceses that led to a gradual accretion of the measures issued by the congregation and thus to the natural creation of a missionary law, which was also the result of the desire to make the resolutions consistent and uniform.

This missionary jurisprudence was also increasing due to the dispositions of a department that had predated the foundation of Propaganda Fide and already had jurisdiction over the missions, namely the Holy Office. It is precisely by analysing the various prerogatives of Propaganda Fide that Pizzorusso is able to capture the delicate relationship between the Congregation and the Holy Office. These dicasteries were both involved in the expansion of Catholicism, albeit with different authority and methods. The coexistence of complementarity and diversity forms the basis of the author's analysis, who emphasises both the methodological differences in the two departments' approaches to conversion but also the collaborative relationship that developed between them over time. Their juridical competences remained distinct, but at the same time, questions of doubt or concurrent matters were regulated and disciplined by an assiduous juridical and dogmatic debate. Pizzorusso's discussion therefore shows clearly that the two institutions were faces of the same coin, that is, both were cogs within the same project of Roman centralisation.

The second part of the monograph consists of thematic chapters. This allows the author to collect the countless questions of a political, cultural and linguistic nature that arose from the contact between the Church and the mission territories. In fact, after describing the institution from within its structures, the author now turns to its external activities, though he always keeps his Roman and Curial perspective in mind. Dealing with territories, *nationes* and rites of a different nature raised questions regarding policy direction and required

changes in the processes of evangelisation that were far from straightforward. The Congregation had to face such complications while trying to adhere to doctrine and at the same time maintain the necessary flexibility, for example, for harmonising the Latin Roman rite with Eastern traditions.

The systems of evangelisation had to be adapted to the places of mission, and this could give rise to contradictions and discontinuities, as Pizzorusso shows. These inconsistencies, which risked distancing the new territories from orthodoxy, could be one of the natural effects of missionary action. Implanting a permanent structure and a religious confession in a culture very far from a Western European – and above all the Roman – one meant that missionaries faced evident difficulties. In fact, the Tridentine innovations were not merely to be implanted, but rather more intelligently recreated; both the institutional structures and the rites were to be settled in gradually. The translation of the Tridentine model into local contexts required adaptations that were regularly evaluated by Propaganda Fide. Out of these processes, the Congregation developed a specific and exceptional approach, a testimony to the rapprochement of the missionaries to the local cultures.

The author's survey of The Congregation's training of missionaries is particularly interesting, down to the type of staff chosen for its work or with whom Propaganda necessarily had to collaborate. The description of this significant prerogative of the department is very useful for understanding how the Roman Curia tried to shape those who were to represent the papacy in distant lands. Constantly making the necessary temporal and geographical distinctions with regard to the choice of workers employed, the author draws a picture of the missionaries, who held a great responsibility as the representatives of the Church in dioceses a long way from Rome. On the one hand, Pizzorusso examines the relations between the Congregation and the regular orders; on the other, he describes the constant concern regarding the increasing numbers of secular clergy involved in the missions, resulting from the formation of an indigenous clergy who could more easily culturally interact with the societies to be evangelised. All the components of the missionary Church – the missionary monks, the secular indigenous clergy, and the missionary personnel of Italian origin – remained constantly under the magnifying glass of the Congregation de Propaganda Fide, which tried

to control, as far as possible, the work of these men, overseeing both their doctrinal and their linguistic formation.

In conclusion, Pizzorusso's book, which neither claims nor is intended to be a history of the institution, is certainly suitable for all those who want to understand what strategies and objectives were hidden behind the administration and government of Propaganda Fide. The deep historiographic knowledge and the absolute familiarity

with the subject on the part of the author allow readers to find their way around the work, which is accessible and detailed at the same time. The well-chosen apparatus of notes and the bibliography, the result of years of in-depth research on the Congregation de Propaganda Fide, will enrich and broaden the historiographic context of the many studies that this Roman department continues to inspire. ■

Manuela Bragagnolo

Probabilmente moralmente legittime*

Con questo lavoro Stefania Tutino propone un'interessante e ben documentata lettura storica del probabilismo della prima età moderna, collocato nel più ampio contesto della storia religiosa, intellettuale, culturale e politica dell'Europa della prima modernità.

Sviluppatosi nella seconda metà del XVI secolo il probabilismo rappresentò una significativa e controversa novità nella teologia morale cattolica. Come rendere moralmente legittime le decisioni quando non era possibile individuare con assoluta certezza la soluzione corretta? Secondo i teologi probabilisti si poteva legittimamente seguire una specifica linea di condotta se supportata da un'opinione probabile, anche se l'opinione contraria era fondata su argomenti più cogenti o su autorità più numerose e più forti. Legatosi intrinsecamente, dalla seconda metà del Seicento, alla Compagnia di Gesù e a un sistema morale lassista, il probabilismo fu al centro di una violenta propaganda. Tale battaglia polemica ne offuscò a lungo l'importanza dottrinale che il presente lavoro, sulla base dell'analisi di un vasto materiale a stampa e manoscritto, cerca di recuperare.

Lo spettro d'indagine è limitato alla prima fase, finora meno studiata, e copre un arco cronologico

teso tra la metà Cinquecento e il decreto di condanna di Papa Innocenzo XI (1679). Secondo l'autrice il probabilismo non costituì meramente un giustificativo per una condotta morale eccessivamente permissiva. Si trattò piuttosto di uno strumento al quale i teologi ricorsero per far fronte ai cambiamenti e alle novità che attraversarono il mondo cattolico della prima età moderna, inglobandoli all'interno del sistema teologico e intellettuale cattolico. Se, da un lato tali novità avevano intaccato nel profondo il sistema epistemologico e teologico tradizionale, provocando una crescita esponenziale di vacillamenti e dubbi, il probabilismo rappresentò una via possibile per gestire l'incertezza come componente fondamentale del sapere e della condizione umana.

Il volume si compone di undici capitoli che seguono puntualmente, attraverso le fonti, l'itinerario del probabilismo dai primi sviluppi, legati alla straordinaria produzione intellettuale della Scuola di Salamanca, fino alla piena elaborazione ad opera dei Gesuiti del Collegio Romano. Originato nell'ambito dei dibattiti sulla confessione post tridentina, il probabilismo uscì presto dal confessionale, rivelandosi uno strumento intellettuale particolarmente plastico e utile negli ambiti più

* STEFANIA TUTINO, *Uncertainty in Post-Reformation Catholicism. A History of Probabilism*, Oxford: Oxford University Press 2018, 563 p., ISBN 978-0-19-069409-8

diversi, dalle questioni matrimoniali alla dottrina economica. L'autrice si sofferma sull'ambiguità della reazione romana al probabilismo, dando conto della sospensione tra la condanna delle punte più estreme e il consapevole utilizzo di esso. Tre *case studies*, che illustrano efficacemente questa dinamica, chiudono il volume.

La storia del probabilismo partì dunque dalla Spagna e dai dibattiti sulla confessione post-tridentina. I probabilisti attinsero tuttavia a una ben più risalente tassonomia di concetti confluita nella manualistica per i confessori del primo Cinquecento, in cui le nozioni tomistiche di coscienza, fede e opinione, così come il concetto aristotelico di probabilità, ebbero un ruolo centrale. A questo ricco bagaglio concettuale, illustrato nel primo capitolo, si ricorse inizialmente per confortare la coscienza «dubbiosa» e «incerta» del penitente, attanagliata da incertezze e dubbi legati al grande sviluppo della confessione sacramentale.

Al cuore della genesi del probabilismo, analizzata nel secondo capitolo, l'autrice colloca la riflessione del canonista Martín de Azpilcueta e il teologo domenicano Bartolomé de Medina, entrambi a lungo attivi all'Università di Salamanca. Il primo, pur non essendo ascrivibile ai probabilisti *stricto sensu*, influenzò notevolmente le elaborazioni successive. Commentando il *De Poenitentia* di Graziano, identificò la questione dell'incertezza come cruciale, mettendo in discussione la posizione tradizionale che richiedeva di seguire sempre la posizione più sicura. Nell'ultimo capitolo del suo noto manuale per i confessori attinse, poi, agli strumenti del diritto canonico per confortare lo stato patologico della coscienza scrupolosa, fornendo una definizione di vera opinione (comune), su cui poter fondare, in caso di dubbio patologico, una condotta morale. Medina andò oltre, varcando, per così dire, la soglia del probabilismo. Nel suo commentario alla *Summa* tomista, in quello che diventerà il luogo classico per questo genere di riflessioni (I^a II^{ae}, quaestio 19, art. 5 e 6, sulla coscienza erronea e corretta), permise di superare l'incertezza morale sulla base di un criterio di probabilità epistemologica: qualora un'opinione fosse supportata da argomenti solidi e dall'autorità di eruditi allora poteva essere considerata probabile e dunque legittimamente abbracciata, e questo anche se l'alternativa era più probabile.

Con il capitolo terzo l'autrice segue lo sviluppo del probabilismo al di fuori dei confini spagnoli e il suo fiorire presso il Collegio Romano. Illustra il

delinearsi di un probabilismo gesuitico riconoscibile benché sfaccettato, legato a gruppi di teologi spagnoli che portarono a Roma le riflessioni di Navarro e Medina, discutendole e, talvolta, rielaborandole fino a piegarne il senso. L'autrice traccia questo percorso attraverso l'analisi delle note, manoscritte e a stampa, dei corsi dei teologi gesuiti (Gregorio de Valencia, Francisco Suarez e Gabriel Vasquez) che a partire dagli anni Settanta del Cinquecento insegnarono al Collegio Romano. Particolare attenzione è riservata ai commenti dedicati ai consueti passaggi della I^a II^{ae}, di cui si mette bene in evidenza l'evoluzione.

I tre capitoli seguenti mostrano come il probabilismo divenne nella prima metà del XVII secolo uno strumento efficace per consentire al vecchio sistema di assorbire le novità. L'autrice esplora innanzitutto alcune delle applicazioni più significative di esso a questioni epistemologiche, intellettuali, culturali e politiche cruciali come la dottrina sul matrimonio (Thomas Sanchez), la dottrina economica (Leonardus Lessius), e l'insegnamento della teologia morale (Juan Azor) soffermandosi poi sul volgarizzamento del probabilismo per i confessori e i lettori meno dotti (Emmanuel Sa). All'analisi del probabilismo più maturo e radicale è dedicato quindi il capitolo quinto, nel quale l'autrice si occupa in particolare di Antonio Diana e Juan Caramuel y Lobkowitz, presso il quale la probabilità divenne lo strumento fondamentale a disposizione degli uomini per pensare, sapere e agire in un contesto di incertezza. L'autrice illustra dunque le intricate vicende legate alla correzione e alla proibizione, da parte della Curia romana, di due delle opere più influenti di Caramuel (*Theologia moralis*, 1652, e *Apologema*, 1663) e utilizza il lavoro dei censori romani per mostrare la profonda ambiguità della posizione della Curia rispetto al probabilismo. Se infatti da un lato aumentarono le pressioni politiche e polemiche contro la forma più radicale di probabilismo, ben espresse, ad esempio, dalle *Lettere* di Pascal, al contempo all'interno della Curia si comprese chiaramente il peso del probabilismo nella stabilità e nell'unità interna della teologia cattolica e del sistema istituzionale.

Nei due capitoli successivi l'autrice volge l'attenzione all'impatto delle polemiche del secondo Seicento sui dibattiti sul probabilismo. Oggetto di studio sono, in particolare, il caso del gesuita francese Honoré Fabri, collocato nel contesto delle battaglie politiche, ecclesiologiche e teologiche tra gesuiti e giansenisti, e le vicende legate alle

censure del cospicuo trattato manoscritto del gesuita italiano Alberto de Albertis, che coinvolsero l'autore e il suo censore in un lungo e complesso processo di riscrittura.

Presentando tre diversi *case studies*, gli ultimi tre capitoli del volume mostrano come il probabilismo fu utilizzato consapevolmente dalla Curia Romana che, pur condannandone le espressioni più radicali, ne utilizzò le intuizioni epistemologiche e ermeneutiche nel fronteggiare numerose difficili e incerte questioni. Una di queste riguardò il dilemma della natura teologica, giuridica e sociale dei matrimoni tra gli infedeli dell'Asia orientale, rispetto alla quale il probabilismo permise di ripensare, aggiornare e adattare a questi nuovi contesti, le nozioni riguardanti la natura del matrimonio come sacramento e come contratto. Ma il probabilismo giocò un ruolo di primo piano anche in relazione al prestito monetario, consentendo alla teologia cattolica di mantenere il tradizionale bando sull'usura, interagendo al contempo con una fiorente economia di mercato e con altre tradizioni religiose con visioni differenti sul denaro. Il probabilismo fu quindi applicato alla questione relativa alla legittimazione del battesimo dei feti abortiti, toccando il problema cruciale della definizione dell'inizio della vita. Se nuove teorie mediche e filosofiche misero radicalmente in discus-

sione le teorie più tradizionali, i teologi probabiliisti utilizzarono l'aumentata incertezza attorno alle origini della vita per avanzare nel dibattito teologico, non incontrando alcun ostacolo da parte della Curia Romana quando applicate a un problema, come quello della somministrazione del battesimo agli infanti, ancora parzialmente inesplorato.

Il decreto di Innocenzo XI non segnò la fine della storia del probabilismo che proseguì, tra slanci polemici, fino a Settecento inoltrato, trovando nell'equiprobabilismo di Alphonsus Maria de Liguori un efficace «antidoto» (353). Fu tuttavia tra Cinque e Seicento, come mostra l'autrice in questo volume, che il probabilismo si delineò come uno strumento intellettuale plastico che permise di adattare la dottrina teologica cattolica all'incertezza di un mondo in continuo cambiamento, declinando in un modo peculiare i precoci e continui tentativi della teologia morale, intimamente legata al diritto canonico, che fin dai primi decenni del Cinquecento, specialmente dalle fila della Scuola di Salamanca, cercò, quasi in tempo reale, di interpretare, comprendere e dare una soluzione alle nuove questioni politiche, religiose, economiche e sociali provenienti da un mondo sempre più globale.



Albrecht Cordes

CHILE und die Geschichte des Versicherungsrechts*

Welch ein Auftakt! Mit drei Büchern auf einmal präsentiert der Augsburger Rechtshistoriker Philip Hellwege sein großes Forschungsfeld, die Geschichte des Versicherungsrechts, der Öffentlichkeit. Zwei Sammelbände und eine Monografie, im Sommer 2018 fast gleichzeitig erschienen, werden dem Projekt die gebührende Aufmerksamkeit sichern. Die Forschungsmittel entstammen dem »Horizon 2020«-Programm des *European Research Council* (ERC), von dem Hellwege einen »Consolidator Grant« erhalten hat. Mit diesen Mitteln finanziert er sein Vorhaben »Comparative History of Insurance Law in Europe« – kurz: CHILE.

Die zugehörige Schriftenreihe »Comparative Studies in the History of Insurance Law – Studien zur vergleichenden Geschichte des Versicherungsrechts (HIL)« erscheint bei Duncker & Humblot und beginnt mit einem Überblicksband zur Versicherungsgeschichte (HIL 1) mit acht Länderberichten nebst Einleitung und Zusammenfassung. Zwei knappe, eher oberflächliche Querschnittsreferate aus der Sicht der Sozial- und der Wirtschaftsgeschichte beschließen den Band. Die Berichte setzen sich zu einer chronologischen Reise durch das christliche Europa zusammen. Auf das Mittelmeer (Italien – Frankreich – Spanien) folgen gleich drei Beiträge zu Belgien und den Niederlanden, wodurch hier ein Schwerpunkt der Darstellung entsteht. Dann folgen noch England/Schottland, Deutschland und Skandinavien. Die besonders gelungenen Beiträge von Mauro Fortunati (Italien) sowie Dirk Heirbaut und Dave De ruysscher (Belgien) seien hervorgehoben.

Die Frage, an der sich die meisten Autoren abarbeiten, ist das Verhältnis der Seeversicherung zu anderen Versicherungstypen, vor allem jenen

auf Gegenseitigkeit, unter denen die Feuerversicherung eine frühe wichtige Rolle gespielt hat. Entstammen die ältesten Wurzeln des Versicherungsrechts allein der Seeversicherung? Oder sind die verschiedenen Formen von Beistandsvereinbarungen auf Gegenseitigkeit eine gleichwertige, unabhängig danebenstehende Quelle? Das scheinen die beiden Pole zu sein, zwischen denen die jeweiligen nationalen Diskurse oszillieren; vor allem in Deutschland betont die bisherige Literatur gern die seit der Karolingerzeit überlieferten Beistandsversprechen als unabhängige zweite Wurzel. Welchen weiteren Nutzen eine überzeugende Antwort auf diese Fragen zu bieten hätte, wird allerdings nicht thematisiert.

Reizvoll ist es, dass die Beiträge sich alle auf den beiden Ebenen der historischen und der historiographischen Untersuchung bewegen. Letzteres rechtfertigt dies auch die Einteilung der Berichte anhand der heutigen Grenzen, was für eine rein historische Untersuchung nur begrenzt sinnvoll wäre, da sich beispielsweise in Brügge, Antwerpen und Amsterdam intensive, nicht an modernen Grenzen endende Begegnungen und gegenseitige Beeinflussungen der internationalen Prinzipien beobachten lassen oder in Italien nicht von »dem« italienischen Versicherungsrecht gesprochen werden kann, weil dort jede der großen Stadtrepubliken ihr eigenes Süppchen kochte.

Die historiographischen sind zugleich nationale Diskurse. Das ist ein vielleicht nicht überraschender, aber trotzdem eindrücklich belegter Befund des Bandes und auch des ganzen Forschungsvorhabens: Bis heute wirken die aktuellen nationalen Grenzen als Beschränkungen, geradezu als Scheuklappen, und die einschlägigen Studien in den

* PHILLIP HELLWEGE (Hg.), *A Comparative History of Insurance Law in Europe. A Research Agenda* (Comparative Studies in the History of Insurance Law – Studien zur vergleichenden Geschichte des Versicherungsrechts (HIL) 1), Berlin: Duncker & Humblot 2018, 253 S., ISBN 978-3-428-15499-9; DERS. (Hg.), *The Past, Present, and*

Future of Tontines. A Seventeenth Century Financial Product and the Development of Life Insurance (Comparative Studies in the History of Insurance Law – Studien zur vergleichenden Geschichte des Versicherungsrechts (HIL) 2), Berlin: Duncker & Humblot 2018, 413 S., ISBN 978-3-428-15615-3; DERS. (Hg.), *A History of Tontines*

in Germany. From a multi-purpose financial product to a single-purpose pension product (Comparative Studies in the History of Insurance Law – Studien zur vergleichenden Geschichte des Versicherungsrechts (HIL) 3), Berlin: Duncker & Humblot 2018, 190 S., ISBN 978-3-428-15616-0

Nachbarländern werden nur selektiv zur Kenntnis genommen. Dabei ist es jedenfalls bei den Seeverversicherungen eine besonders interessante Frage, wann sie aus den lokalen (venezianischen, genuesischen usw.) Anfängen herauswachsen und zu internationalen Phänomenen werden.

Der Band HIL 2 beschäftigt sich auf 300 Seiten mit der »Past« und im letzten Viertel mit »Present and Future« der Tontinen, einem eigenartigen Rechtsinstitut, von dem der Rezensent vor der Lektüre des Buches noch nie gehört hatte; auch danach ist er nicht ganz sicher, was es ist. Immerhin herrscht im Zentrum des Phänomens Klarheit. Es geht um eine Verabredung, bei welcher der Veranstalter am Anfang von allen Teilnehmern eine Kapitalsumme erhält, die dauerhaft bei ihm verbleibt. Als Gegenleistung zahlt er dafür allen Teilnehmern eine jährliche Leibrente, z. B. 5 % ihres Kapitals. Die Pointe ist die folgende: Wenn die Teilnehmer nach und nach sterben, werden die Raten der Verstorbenen den Überlebenden zugeschlagen. Deren Rente steigt also, bis schließlich der letzte Überlebende die Anteile aller Teilnehmer seiner Tontine erhält.

Manches daran ist kurios, angefangen mit dem dubiosen Namenspatron, einem Hochstapler namens Lorenzo Baroncini aus Rom, Sohn eines Gärtners und einer Wäscherin, der mit Informationen, die er sich durch Spionage und auf anderen anrühigen Wegen beschaffte, handelte und aufstieg. Er usurpierte den vornehmen Namen Tonti – manchmal auch adlig »de Tonti« –, musste aus Italien nach Frankreich fliehen, schaffte es dort, als angesehener neapolitanischer Bankier und ehemaliger Gouverneur von Gaeta durchzugehen, ein Ruhm, den ihm auch der Wikipedia-Artikel in seiner Fassung vom 16. Mai 2019 noch lässt. Die hier referierte, weniger freundliche Variante seiner Vita stützen Riesch/Gallais-Hamonno (19–47) allerdings auf den Bericht des mit Tonti verfeindeten Zeitgenossen Camillo Tutini. Vielleicht handelt es sich also nicht um Hochstaperei, sondern um üble Nachrede. Tonti passt aber jedenfalls mit dieser nebulösen Vita gut in das halbseidene Milieu von Quacksalbern, Alchimisten und Schwindlern, die mit den unterschiedlichsten Mitteln die nach 1648 maroden Kassen der Fürstentümer zu füllen versprachen und dazu dem Publikum das Geld aus der Tasche zogen. Am meisten verblüfft, dass manche dieser Figuren tatsächlich das Ohr einflussreicher Finanzminister gewannen, Tonti etwa das von Kardinal Mazarin am Hofe Ludwigs XIV.

Doch drei Projekte, erste Tontinen durchzuführen, scheiterten, Tonti geriet in Geldnot, spionierte für Spanien und landete in der Bastille. Erst nach seinem Tod organisierte die französische Krone einige erfolgreiche Tontinen.

Das erste nach dem oben skizzierten Muster organisierte Geschäft fand aber schon 1657 in Danzig statt. Auch die Niederländer wurden früh aktiv, und vor der Wende zum 18. Jahrhundert hatten in vielen europäischen Ländern derartige Veranstaltungen stattgefunden. Der Sammelband geht sie nach drei einleitenden Beiträgen Land für Land durch, ist also ähnlich organisiert wie Band 1. Am Schluss stehen vier Beiträge über Gegenwart und (die vermutlich nicht sehr strahlende) Zukunft der Tontinen und noch einmal zwei vergleichende Zusammenfassungen. Wiederum ist der Herausgeber zugleich der fleißigste Autor und sorgt durch gut gegliederte Einleitungs- und Schlusskapitel dafür, dass dem Leser stets klar ist, welche Rolle die einzelnen Beiträge in seinem Gesamtkonzept spielen. Nur selten begegnen Sammelbände, die so stringent durchorganisiert sind.

Der Band schwankt ein wenig zwischen Wort- und Begriffsgeschichte, weil er sich einerseits primär an den Ausschreibungen orientiert, die sich selbst »Tontinen« nennen, andererseits frühe Ausschreibungen einbezieht, die noch nicht »Tontinen« heißen und andererseits manche Tontinen wegen struktureller Unterschiede als »misnomers« ausblenden will. Interessant ist etwa, dass der Terminus heute in Afrika und Ostasien begegnet und dort Kleinkreditgemeinschaften im informellen Sektor bezeichnet, bei denen alle einzahlen und der Reihe nach Existenzgründungskredite an die Mitglieder vergeben werden. Methodisch problematisch ist dieses Vorgehen trotzdem, weil auch innerhalb dessen, was sich nach Hellwege Tontine nennen »darf«, der Spielraum der Gestaltungsmöglichkeiten ziemlich groß ist. Wo hier die Grenze gezogen wird, ist nicht ganz klar.

Diese Vielfalt der verfolgten Interessen und Gestaltungsmöglichkeiten wird besonders in dem Band HIL 3, Hellweges Monografie über die deutschen Tontinen, deutlich. In Deutschland lassen sich nämlich die deutlichsten Indizien für eine Antwort auf die Hauptfrage des Bandes HIL 2 finden. Der hatte sich das Ziel gesetzt, den Einflüssen der Tontinen auf das Recht der Lebensversicherungen nachzuspüren, das in der versicherungsrechtlichen Literatur häufig behauptet, aber nie so recht bewiesen wurde. Dazu gehörten die

Berücksichtigung des Alters der Teilnehmer, auf das in den frühen Tontinen noch keine Rücksicht genommen worden war, die Aufstellung und Berechnung von Sterbetafeln, die Kappung der exorbitant hohen Ansprüche der letzten Überlebenden und weitere Modifizierungen. Rechtshistorisch ist das Buch HIL 3 vor allem deshalb interessant, weil Hellwege die Quellenbasis für deutsche Tontinen erheblich verbreitern kann. Diesen Quellenfunden widmet er die erste Hälfte des Buchs (Teil C, 35–106). Während man bisher allenfalls von rund zwei Handvoll Tontinen wusste und sich dabei vor allem auf das 17. Jahrhundert konzentrierte, kann Hellwege nun nicht weniger als 48 von Staaten, Provinzen und Kommunen und sechs weitere von Pensionsfonds veranstaltete Tontinen präsentieren. Bei der ersten Gruppe liegt der Schwerpunkt in der 2. Hälfte des 18. Jahrhunderts, die Tontinen der Pensionsfonds folgen etwas später und stammen aus der Zeit von 1778–1838. Sie gehören nach Hellwege einer eigenen, zweiten Periode der Geschichte der Tontinen an. Eine dritte Phase folgt im späten 19. Jahrhundert (bis 1905), als amerikanische Versicherungsgesellschaften ein Kombinationsprodukt aus Lebensversicherung und Tontine mit Erfolg in Europa vermarkten.

Hellwege sieht in dieser 2. und 3. Phase auf der Seite der Kunden eine Verengung auf ein konkretes Interesse, nämlich die Sicherung einer Pension. So ist der Untertitel des Bandes »From a multi-purpose financial product to a single-purpose pension product« gemeint. Das trifft vermutlich zu, denn über die Gründe der Zeichner, also derjenigen, die Geld in die Tontinen einzahlten, kann man in der Anfangs- und Blütezeit der Tontinen oft nur spekulieren. Es lassen sich Motive

erahnen, die denen der Teilnehmer an den beliebten Wetten, Lotterien und Spekulationen des 17./18. Jahrhunderts ähneln: Wer am längsten lebt, gewinnt – auch finanziell. Aber der Versorgungsaspekt, der auch schon den seit dem Mittelalter weit verbreiteten Rentengeschäften zugrunde lag, dürfte ebenfalls eine Rolle gespielt haben, zumal man nicht nur sich selbst, sondern auch einen dritten Begünstigten in die Tontine einkaufen konnte.

Auf der Seite der Veranstalter ist wohl in erster Linie zwischen der öffentlichen Hand, die Tontinen einfach aus fiskalischen Gründen zur Stopfung der Löcher im öffentlichen Haushalt veranstaltete, und privaten Unternehmen in den besagten Phasen 2 und 3, die mit dem Modell Kunden gewinnen und Marktanteile erobern wollten, zu unterscheiden.

Das Thema Versicherungsgeschichte ist durch die dreifache Anstrengung von Phillip Hellwege und seinen Mitstreitern mit einem Schlag auf die Bühne der rechtshistorischen Forschung getreten. So ist das Unternehmen ohne Frage erfolgreich gestartet. Hellwege hat seinen Gegenstand durch die Betonung des *Rechts* der Versicherungen aus dem Schatten der rein historischen oder ökonomischen Betrachtung herausgerückt, und außerdem ist durch die Konzentration von zwei der drei Bände auf den trotz allem etwas exzentrischen Gegenstand ›Tontinen‹ jetzt schon ein zweites wichtiges Ziel von CHILE erreicht: Niemand wird, wenn es künftig um die Geschichte des Versicherungsrechts geht, nur noch an die Seeversicherung denken.



Gustavo César Machado Cabral

Clerical Misconduct in Colonial Brazil*

In 1741, the Bishop of Maranhão, Fray Manoel da Cruz, was informed about the bad behavior of Father Tomás Aires de Figueiredo, whom the people of the remote village of Aldeias Altas saw many times accompanied by women, including a *mulatta* that lived together with him. In the following years, there were reports about his wrongdoings: in addition to the negligence regarding his sacerdotal duties, he owned lands, cattle and slaves, protected bad men, threatened honored people and had an extremely violent character. Accused of having murdered four men, he was arrested, but a few months later escaped from jail. The priest, finally transferred to a village in the neighborhood of the head of the diocese, continued to transgress, as new denunciations of concubinage and debits demonstrate. Father Figueiredo was »a man in conflict, undeniably as many others in his lifetime«.

This final phrase implies that cases like these were not rare in Colonial America and ends a chapter of the book *Réus de Batina: Justiça Eclesiástica e clero secular no bispado do Maranhão colonial* (*Defendants in cassocks: ecclesiastical jurisdiction and secular clergy in the bishopric of Maranhão in the Colonial Age*), written by historian Pollyanna Gouveia Mendonça Muniz. Originally a PhD dissertation presented at the Universidade Federal Fluminense, the most prestigious Brazilian graduate school in Historical Studies, the book deals with the space of the 1677 founded Diocese of Maranhão, which corresponds to the areas of the modern-day states of Piauí and Maranhão, where Muniz is Professor for Modern History at the Federal University. The head of the diocese was São Luís, which was also the capital of the state of Maranhão, some years later renamed State of Maranhão and Grão-Pará, the other administrative division of Portuguese America, which was unified with the Vice-Royalty of Brazil only in the 1770s. The northern part of Portuguese America was therefore directly

subordinated to Lisbon in both administrative and ecclesiastical affairs, and this is probably the reason why studies on these areas are not as frequent as those dedicated to the State of Brazil. In this perspective, the text of Muniz is an interesting study on this vast space.

The book is divided into two parts of three chapters each. The first is named »Inside the ecclesiastical court of the bishopric of Maranhão«, and its main concern is to offer a general description of the court. Chapter one outlines the ecclesiastical jurisdiction in the diocese, which was *sede vacante* for sixty-three years during the 18th century. Consequently, the vicar general had a central role in the practice of ecclesiastical jurisdiction, adjudicating civil and criminal lawsuits under the jurisdiction of the *Auditorio Eclesiástico*. Most of the vicars held doctoral degrees in canon law or in theology, which demonstrates that they had specialized knowledge to rule the cases. Documents also prove that in the 18th century the jurisdiction of the court expanded over distant areas inside the bishopric, particularly through the presence of the *vicar forane* in villages located at great distances from São Luís. The diocese covered a vast area; to demonstrate its size, the author includes a 1764 lawsuit in the village of Marvão, which is 122 *léguas*¹ away from the bishop's seat in São Luís.

The second chapter (»Ecclesiastical court: functioning, jurisdiction, and social divisions«) deals with the data about the lawsuits, commenting on the documents found in the Public Archive of the State of Maranhão. The research focuses on the secular clergy and shows that even during the years of *sede vacante*, the number of lawsuits was high. In contrast to other studies on ecclesiastical jurisdiction in Portuguese America, Muniz delivers a complete structure of the civil and criminal lawsuits in a procedural perspective. Looking more carefully into the criminal proceedings, she investigated the sources mentioned both in petitions

* POLLYANNA GOUVEIA MENDONÇA MUNIZ, *Réus de Batina. Justiça Eclesiástica e clero secular no bispado do Maranhão colonial*, São Paulo: Alameda 2017, 338 p., ISBN 978-85-7939-491-1

1 One *légua* corresponded to 6.66 kilometers. In this case, 813 km or 505 miles separated Marvão and São Luís.

and sentences; there she found references to the legislation (Decrees of the Council of Trent, the First Constitutions of the Archbishopric of Bahia, and Royal Ordinances), to the Bible and the legal literature, particularly related to the *ius commune* tradition.² In the analysis of civil lawsuits, Muniz highlights the debts of priests, most of them charged through summary proceedings such as the *assinção de dez dias*.³ Finally, this chapter analyzes the social profile of the people involved in litigation, examining the influence of social status on adjudication in the period.

The relations between the ecclesiastical court and other institutions is the theme of the third chapter. Looking at the documents, Muniz investigates the contacts with the Inquisition, and especially with the ecclesiastical court of the archbishopric of Lisbon. Maranhão was a suffragan diocese of Lisbon, and this hierarchical relationship helps us understand the appeal system in ecclesiastical jurisdictions; however, only 7% of the lawsuits against secular clergymen reached Lisbon. Conflicts between ecclesiastical and secular jurisdictions were common, and the author explores them using not only the lawsuits of her documental source base but also the legal literature of that period, particularly the *Tractatus de Manu Regia* by Gabriel Pereira de Castro, probably the most relevant work written in Portugal on that theme. The documents show a high number of cases in which the priests involved in litigation invoked royal jurisdiction, notably after the creation of the *Junta de Justiça*⁴ in the last decades of the 18th century, despite the absence of any formal jurisdiction of this council over ecclesiastical affairs.

The second part of the book looks more directly at the priests and their practices in the space of the diocese of Maranhão. Chapter four (»Being a priest«) presents relevant information about the secular clergy in the area, using documents such as the register of ordinations. The records of examinations (*habilitações de genere, vita et moribus*) show that in remote areas of Christendom, the hard regime of the sacrament of the order was relativized to satisfy the local needs for priests, because

having a priest with moral problems was better than having none. Issues related to the color of the skin (the so-called »blood defect«), questionable family origins or concubinage, especially the status of priests' illegitimate sons, are common in the documents used by Muniz.

Transgressions are analyzed in Chapter five (»Imperfect priests«), starting with civil lawsuits. Debts are the most common problem, and they demonstrate that many priests had an active economic life, doing business in commerce and agriculture, negotiating over goods and slaves. In criminal matters, statistics show that concubinage was by far the most common crime in which priests were involved, but there is also a notable number of accusations of negligence of sacerdotal obligations, injuries, murders, incest, adultery, sodomy, and so on. Among the cases of negligence, Muniz highlights drinking and the promotion of games.

The last chapter (»Personal paths«) reconstructs three case studies of transgressing priests. The stories of Fray Cosme Damião, Fathers Filipe Camello de Britto, and Tomás Aires de Figueiredo are told in order to understand in a clearer way the entanglement of jurisdictions, the investigations of Judaism inside the Church and the already reported high level of criminality among priests, respectively.

This book is remarkable for the legal historiography on Portuguese America for many reasons. Muniz deals with the intersections between the history of justice and the history of Church, although these relations could have been conceptualized on a more theoretical level in order to make the relations between law and the Church even clearer. This study leaves no doubt about the presence of a highly institutionalized legal system even in remote areas of the Portuguese Empire. Despite the huge areas of the Empire, the rare creation of dioceses, and the insufficient number of priests, as Muniz stated (5), the ecclesiastical institutions were able, even if faced with many difficulties, to function satisfactorily, and to maintain a degree of social control over these areas.

2 Some of the authors found in the lawsuits are Pedro Barbosa, Manuel Mendes de Castro, Belchior Febo, Manuel Themudo da Fonseca, Sebastião Guazzini, Gabriel Pereira de Castro, Álvaro Valasco, Manuel Álvaro

Pegas, Prospero Farinaci and Bartolus.

3 According to this procedure, debtors were summoned to pay the debt in ten days due to the existence of a document that proved the indebtedness.

4 The *Juntas de Justiça* had an appealing jurisdiction and were composed by the *ouvidor*, the *juiz de fora* and a lawyer.

However, no obstacle could be greater to an institution that was trying to create a model of rules than the misconducts of its members. Muniz shows that the delinquency among the priests was a bad thing that had to be repressed because of the effects these acts could have in society, but the realization of this repression did not happen in the same way in all the cases. There was sometimes a clear tolerance towards misconduct because of the global situation in the diocese; without relativizing, it would be impossible for the Church to control the actions of its pastors.

On some issues, the author could have taken her analysis further, such as regarding the complexity of normative sources in Portuguese America, which would have allowed a reflection on the interactions of moral and juridical orders.⁵ If the focus of this research is the practice of the diocesan court in the lawsuits, the role of other agents

specializing in this matter, particularly the lawyers, procurators and notaries, should also have been examined more closely – without a reflection on these actors, an important part of the juridical practice will be lost. Recent historiography on the legal phenomenon in Spanish America is concerned about understanding the role of these actors,⁶ but the investigation of this theme in Portuguese America is still at an early stage. Muniz referred to some documents on the licenses for acting as lawyers (67) and that is important to provide legal historians with sources about litigation, but much work remains to be done. However, in a perspective quite related to the institutions and to this group of litigants, this book is a very important step towards the consolidation of the Brazilian legal history during the Colonial Age.



Filippo Ranieri

Englische Verfassung à la française*

Mit der vorliegenden monumentalen Monographie veröffentlicht der Verfasser, der seit Ende 2018 als *Professeur agrégé de droit public* an der *Université Paris Saclay (Université d'Evry-Val d'Essonne)* tätig ist, seine in Frankreich mehrfach ausgezeichnete *thèse de doctorat* aus dem Jahre 2015. Die Arbeit, die bereits vom amerikanischen Politikwissenschaftler Aurelian Craiutu begeistert rezensiert wurde (in: *French Studies. A Quarterly Review* 73,2 [2019] 335–336), verdient unbedingt auch einem deutschen Lesepublikum vorgestellt zu wer-

den. Die zentrale These des Verfassers lautet, dass das englische parlamentarische System in der französischen Rechts- und politischen Kultur seit dem 18. Jahrhundert und über das ganze 19. Jahrhundert hinweg eine rechtspolitische Vorbildfunktion hatte. »Le modèle réformiste de la Constitution de l'Angleterre«, lautet also das Fazit der Untersuchung, »a intellectuellement dominé la France du XIXe siècle«.

Einiges sei hier zunächst zum Inhalt und zur Anlage des Werkes mitgeteilt. Nach bester franzö-

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

6 See BIANCA PREMO, *The Enlightenment on Trial. Ordinary litigants and colonialism in the Spanish Empire*, New York 2017; MICHELLE A.

McKINLEY, *Fractional Freedoms. Slavery, intimacy, and legal mobilization in Colonial Lima, 1600–1700*, New York 2016; RENZO HONORES, *Una Sociedad legalista: abogados, procuradores de causas y la creación de una cultura legal colonial en Lima y Potosí, 1540–1670*, PhD dissertation, Florida International University 2007.

* TANGUY PASQUIET-BRIAND, *La réception de la Constitution anglaise au XIX^e siècle: Une étude du droit politique français* (Collection des thèses 149), Bayonne: Institut Universitaire Varenne 2017, 958 S., ISBN 978-2-37032-144-2

sischer Tradition ist die Arbeit streng verschachtelt strukturiert. Nach einer Einleitung folgen zwei Gesamtteile, welche wiederum zwei Abschnitte enthalten, die sich ihrerseits in zwei Teile gliedern und so weiter. Das Ganze wird von einer Zusammenfassung abgeschlossen (847 ff.). Die Einleitung führt in das Thema der Untersuchung ein und konzentriert sich auf die »Généalogie de la représentation libérale de la Constitution anglaise« (41–104). Der Schwerpunkt liegt hier auf einer eingehenden Analyse der Schriften von Paul de Rapin-Thoyras (1661–1725), einem adligen Hugonotten und Historiker, der im englischen Exil lebte und starb, sowie, vor allem, des *Esprit des lois* von Charles-Louis de Secondat Baron de Montesquieu (1689–1755). Der erste Hauptteil ist der »Constitution anglaise, matrice historique de la modération politique« gewidmet, zu der der Verfasser die zentrale These aufstellt, dass in den Jahren nach der Restauration von 1814 der Blick auf die englische Staatsverfassung den »aspirations françaises visant la stabilité politique« entsprochen und diese erfüllt habe. »Un historicisme de l'accomplissement libéral du gouvernement représentatif« habe sich mit einer Öffnung zu Reformen verbunden. Da es sich bei der Wahrnehmung der englischen Staatsverfassung als rechtspolitisches Vorbild nach Ansicht des Verfassers um ein widersprüchliches kulturelles Konstrukt gehandelt habe (»un jeu de projections contradictoires«; 315 ff.), spricht er von einer »modélisation française de la Constitution anglaise«. Die Vertreter des liberalen Romantizismus hätten in den englischen Staatsinstitutionen »les conditions propres à préserver l'individu des abus du pouvoir et à permettre le développement de la démocratie« gesehen. Erwähnenswert ist an dieser Stelle eine fast monographische Behandlung des Werkes von Benjamin Constant (1767–1830), für die der Verfasser auch die private archivalische Überlieferung dieses Autors ausgewertet hat (183–243; dazu auch Tanguy Pasquiel-Briand, *La Constitution anglaise, miroir de l'œuvre politique de Benjamin Constant*, in: *Cahier staélien* 68 [2018] 153–169). Zugleich hätten die konservativen Kräfte (etwa François-René de Chateaubriand [1768–1848], 263–288) geglaubt, in der englischen historischen Tradition die Garantie für »la hiérarchie sociale et la liberté aristocratique«, also für eine »société déployant la liberté dans l'ordre« zu finden (245–311). »C'est dans le parlementarisme, produit historique de l'évolution institutionnelle anglaise«, so das Fazit des Verfassers, »que la doctrine

constitutionnelle finit par identifier le régime politique susceptible de clore les tensions révolutionnaires françaises«.

Der zweite Hauptteil thematisiert »La Constitution anglaise, matrice théorique du conservatisme politique« (433 ff.). Hier geht der Verfasser auf die französischen Staatsreformen während des 19. und 20. Jahrhunderts ein, von der Julimonarchie (552–630) bis zu den Verfassungen der Dritten (809 ff.) und der Vierten Republik. Er sieht darin »une politique constitutionnelle libérale et conservatrice«, getragen von einer »philosophie prudentielle du droit constitutionnel«. Das englische Modell habe die Kernelemente dieser Verfassungstradition geprägt: nämlich die »dérresponsabilisation« des Staatsoberhauptes, die Zulassung einer freien öffentlichen Meinung, die Herrschaft der Parlamentsmehrheit und die politische Verantwortlichkeit der Minister. Dies ermögliche die Vision der »constitution comme un cadre institutionnel au sein duquel l'agir politique doit pouvoir adapter la société à son stade de développement historique«.

Der Band schließt mit einer umfangreichen Bibliographie (855–936) sowie einem Sach- und Personenregister (937–944) ab. Insbesondere die in zahlreiche Abschnitte gegliederten bibliographischen Angaben zu Quellen und Sekundärliteratur zeichnen sich durch einen imposanten Umfang aus. Der Leser findet darin eine nahezu vollständige Bibliographie des französischsprachigen Schrifttums zur konstitutionellen Geschichte Frankreichs. Das englische Schrifttum wird ebenfalls reichlich herangezogen. Auch hier, wie für nicht wenige französische Monographien der letzten Jahrzehnte, scheint dagegen leider die Regel *germanica non leguntur* zu gelten. Selbst bei der ausführlichen Erörterung zur deutschen Historischen Rechtsschule und zu den Lehren Carl Friedrich v. Savignys (450–471) bringt der Verfasser kein einziges deutsches Literaturzitat. Zur Ausstrahlung des englischen parlamentarischen Systems hätte der Autor wenigstens die jüngste grundlegende Monographie von Hans Christof Kraus berücksichtigen können (*Englische Verfassung und politisches Denken im Ancien Régime 1689–1789* [Veröffentlichungen des Deutschen Historischen Instituts London 60], 2006). Es bleibt anzumerken, dass die überbordende Ausführlichkeit bei der Behandlung mancher Themen es trotz der tief gestaffelten Gliederung dem Leser mitunter nicht gerade leicht macht, sich in den fast tausend Seiten des Werkes zu orientieren.

Am Ende der Lektüre bleibt der Eindruck des Rezensenten mehr als ambivalent. Einige Fragen und einige kritische Ergänzungen drängen sich auf. Am ehesten bleibt der Rezensent skeptisch hinsichtlich der Gesamtgewichtung der Darstellung. Gerade die zentrale Epoche der Ausstrahlung der englischen Staatsverfassung auf den französischen politischen Diskurs, nämlich das 18. Jahrhundert und die Jahrzehnte des vorrevolutionären Frankreich, scheint verkürzt und ausgeklammert worden zu sein. Der Autor erwähnt zwar in der Einleitung zutreffenderweise, dass Frankreich bereits Mitte des 18. Jahrhunderts, ebenso wie übrigens auch Deutschland zu dieser Zeit, eine starke Anglophilie seiner intellektuellen Eliten kannte. Ausführlich wird dabei allerdings nur das Interesse für das englische parlamentarische System im Werk von Montesquieu erörtert (43 ff.). Hier hätte der Verfasser weiter gehen sollen. Gerade die englische Verfassung als zentrales Thema zahlreicher Streitschriften beschäftigte damals den öffentlichen Diskurs in Frankreich. Bei vielen der französischen Beobachter hatte England eine Vorbildfunktion: Es gab Lob für die vermeintliche Herrschaft der Gesetze, für den hohen Grad der sozialen Mobilität, für die Pressefreiheit und den *public spirit*, aber auch für die Ministerverantwortlichkeit und für die Existenz politischer Opposition. Einige Ergänzungen sind hier, nach Ansicht des Rezensenten, noch notwendig. Erwähnenswert wäre insbesondere die anglophile Haltung der zu jener Zeit in Bedrängnis geratenen französischen Hugenoten, die in großer Zahl zu den Besuchern und Bewunderern Englands zählten. Zu diesen Reisenden gehörte etwa, was der Verfasser zu ignorieren scheint, einer der ersten französischen Korrespondenten von William Blackstone, nämlich der französische Anwalt Jean-Baptiste Jacques Élie de Beaumont (1732–1786). Dieser stammte aus einer alten, protestantischen Familie aus der Normandie und betätigte sich seit Mitte des 18. Jahrhunderts als Anwalt, zuerst am *Parlement de Normandie* und später in Paris. Berühmt wurde er als Strafverteidiger in der *Affaire Calas*, wo er in einem Kriminalverfahren, das die Öffentlichkeit erschütterte, den Freispruch einer bedrängten Familie von Calvinisten aus Toulouse erreichte und von Voltaire als der *philosophe de l'innocence opprimée* öffentlich gefeiert wurde. Wahrscheinlich durch Vermittlung gerade desselben Voltaire, der selbst bekanntlich zwischen den Jahren 1726 und 1728 in England gelebt hatte, unternahm Beaumont im Oktober 1764 eine lange

Reise durch England, über die wir dank seiner publizierten Tagebücher sehr gut informiert sind. Zu diesem Milieu von anglophilen Schriftstellern und kritischen Publizisten gehörte auch der erste französische Übersetzer von William Blackstone, Auguste Pierre Damiens de Gomicourt (1723–1790). Als Anwalt in Paris veröffentlichte er einige verfassungspolitische Druckschriften, die ihn im Jahre 1769 in Ungnade bei der königlichen Zensur fallen ließen, so dass er nach Brüssel fliehen musste. Hier wirkte er bis 1772 in den Diensten des einflussreichen Verlegers Jean Louis de Boubers, wo er zwischen 1774–1776 auch die *Commentaires sur les loix angloises de M. Blackstone* in Druck gab. Für das damalige Bild Englands in Frankreich waren William Blackstone und sein Werk von zentraler Bedeutung, in der vorliegenden Untersuchung werden sie allerdings völlig ignoriert (dazu F. Ranieri, *Die französischen Übersetzungen der Commentaires von William Blackstone Ende des 18. Jahrhunderts. Ein Kapitel aus der Geschichte der kontinentalen Entdeckung des englischen Common Law*, in: Festschrift für Rudolf Wendt, 2015, 1251–1269). Im Jahr der Flucht begann Pierre Damiens de Gomicourt in Brüssel mit der Veröffentlichung des meinungsbildenden Periodikums *Observateur français à Londres*, das sich rasch als Organ der anglophilen französischen Publizisten entwickelte. Auch diese wichtige Quelle hat der Verfasser leider übersehen. Auf der Grundlage der Bearbeitung von de Gomicourt erschien im Jahre 1776 aus der Feder von Gabriel François Coyer (1707–1782) eine weitere französische Ausgabe des Vierten Buches der *Commentaires* zum englischen Kriminalrecht. Eines der beherrschenden Themen bei den Diskussionen war die immer wieder formulierte Bewunderung für die vermeintliche Gerechtigkeit und Effizienz der englischen Laiengerichtsbarkeit. Mit der Veröffentlichung des *Esprit des lois* 1748 hatte Montesquieu gerade dieses Thema in der französischen Debattierkultur allgegenwärtig gemacht. Die Institution der englischen Jury sollte in der französischen Publizistik der darauffolgenden Jahrzehnte als Symbol der englischen Freiheiten gefeiert und als Vorbild gepriesen werden. Wir begegnen darin einem wichtigen Aspekt der bereits erwähnten damaligen französischen Begeisterung für die englische Staatsverfassung. Zentral scheint hier gerade die Rolle gewesen zu sein, die die oben erwähnten Übersetzungen aus den *Commentaires* als Informationsquelle spielten. »D'autre part«, schreibt in diesem Zusam-

menhang ein französischer Rechtshistoriker, »grâce à la traduction en français de Blackstone, on croyait connaître les institutions anglaises et on traçait du jury de ce pays une image très idéalisée, comme le montrent de mieux en mieux les études récentes sur la justice anglaise du XVIII^e siècle«. Die französischen Übersetzungen von Blackstone halfen also dabei, den politischen Mythos der gerechten englischen Staatsverfassung bei der französischen Öffentlichkeit aufzubauen. Im Jahre 1822 erscheint die letzte französische Übersetzung der *Commentaires* aus der Feder von Nicolas Maurice Chompré (1750–1825). Alle bisher genannten französischen Übersetzer und Bearbeiter der *Commentaires* von Blackstone waren vor allem von ideologischen und politischen Motiven geleitet. In ihrer anglophilen Begeisterung für die damalige englische Staats- und Rechtsverfassung als vermeintlicher Ort bürgerlicher Freiheiten sahen diese Autoren ein Modell für das zeitgenössische Frankreich. Bezeichnenderweise war kaum einer von ihnen als Jurist beruflich tätig. Die Übersetzung von Nicolas Maurice Chompré scheint allerdings das letzte bedeutsame Werk zum englischen Recht in der französischen Literatur des 19. Jahrhunderts gewesen zu sein, was nicht überrascht. Und hier setzt das zweite Hauptbedenken des Rezensenten ein. Möglicherweise überschätzt der Verfasser den Einfluss der englischen Rechtskultur für das Frankreich der Restaurationszeit. Zweifellos bewunderten zahlreiche liberale Intellektuelle das englische politische System. Eine genauere Beschäftigung mit dem englischen Rechtssystem ist jedoch, nach Wissen des Rezensenten, im dama-

ligen französischen Schrifttum nicht nachweisbar. Wenigstens das französische Privatrecht entwickelte sich seit den zwanziger Jahren des 19. Jahrhunderts in der Tradition des *Code civil* zunehmend autoreferentiell. Das privatrechtliche Schrifttum jener Zeit bleibt weitestgehend auf die nationale Kodifikation bezogen. Auch der spezifische rechtspolitische Hintergrund, dem im 18. Jahrhundert das allgemeine Interesse für das Werk von William Blackstone zugrunde lag, hatte sich nunmehr erledigt. Erst im 20. Jahrhundert, bei der Geburt der modernen Rechtsvergleichung, wird das Interesse für das englische Recht auch in Frankreich wieder neu entstehen, aber unter völlig veränderten Kultur- und wissenschaftspolitischen Rahmenbedingungen. So publizierte Luc Henry Dunoyer im Jahre 1927 eine Doktorarbeit mit dem Titel *Blackstone et Pothier*. Erwähnenswert ist hier vor allem, dass die Untersuchung von Henri Lévy-Ullmann (1870–1947) angeregt worden war. Dieser gründete zusammen mit Henri Capitant im Jahre 1931 das *Institut de droit comparé* an der Pariser Universität, war ein weltbekannter Rechtsgelehrter und gilt heute als einer der Väter der modernen französischen Rechtsvergleichung. Seine Monographie *Le système juridique de l'Angleterre* zu den Quellen des englischen Rechts wurde von einem berühmten zeitgenössischen englischen Kollegen als »the best of all introductions to the study of the English legal systems« gefeiert. Alles in allem hat der Verfasser Anlass zu spannenden Fragen und Diskussionen über die französische rechtspolitische Kultur der letzten zwei Jahrhunderte geboten.



Stefan Kroll

Zerbrochen am Kontext*

Neuere Geschichten des Völkerrechts zeichnen sich dadurch aus, dass sie das Recht und dessen Wirksamkeit nicht losgelöst von sozialen und historischen Kontexten betrachten. In seinem beeindruckenden Buch »Frieden durch Recht?« über den Friedensschluss nach dem ersten Weltkrieg zeigt Marcus M. Payk (vgl. die Rezension in diesem Band), dass das Recht zwar über eine eigene Form und Logik verfügt, dessen Bindungswirkung aber nicht ohne dessen Kontexte verstanden werden kann.

Zugleich markieren die Kontexte des Rechts aber auch Grenzen, die den durch das Recht geschaffenen Raum normativer Möglichkeiten einengen. Diese Grenzen zu durchbrechen, und damit zum gesellschaftlichen Wandel beizutragen, ist auch eine Funktion des Rechts und rechtlicher Diskurse, die vor allem kritische Autorinnen und Autoren anmahnen: »[...] as critical lawyers have always known, law cannot just be a reflection of the social or historical context. It contains, and must contain, a utopian, context-breaking aspect.«¹

Jennifer Pitts verortet ihr Buch »Boundaries of the International. Law and Empire« in den einleitenden Abschnitten als einen Beitrag zur anwachsenden Literatur einer kritischen Völkerrechtsgeschichte (15). Ihr Gegenstand sind politische und rechtliche Diskurse in Europa im 18. und 19. Jahrhundert, die sich mit den ungleichen Beziehungen europäischer und außereuropäischer Mächte auseinandersetzen. Ähnlich wie auch schon andere Autorinnen und Autoren vor ihr – zu denken wäre insbesondere an Antony Anghie und Martti Koskeniemi, auf die Pitts auch selbst verweist – stützt die Autorin das Argument, dass das europäische Völkerrecht sich nicht einfach in den Beziehungen europäischer Staaten herausbildete und dann in dieser Form global verbreitete. Entgegen eines solchen »conventional narrative« (14) sei das Völkerrecht in wesentlichen Aspekten vielmehr das Ergebnis der europäischen Expansion und des europäischen Imperialismus (2). Besonders schön, weil in der englischen Literatur nicht

immer berücksichtigt, ist in diesem Zusammenhang eine Referenz auf Jörg Fisch, dessen Arbeit über »Die europäische Expansion und das Völkerrecht« aus dem Jahr 1984 wegweisend war. Pitts zitiert ihn mit der Feststellung, dass das Ziel der europäischen Expansion nicht in der Ausdehnung der internationalen europäischen Gemeinschaft lag, sondern in der Unterordnung außereuropäischer Regionen und Gesellschaften: »The aim was not coordination but subordination« (15).

Nicht nur vor dem Hintergrund, dass ein Autor wie Fisch bereits in den 1980er Jahren zu diesen Beobachtungen kam, sondern vor allem mit Blick auf die große Anzahl rechts- und politikwissenschaftlicher Publikationen, die in den vergangenen zwei Jahrzehnten dem Themenfeld *international law and empire* gewidmet wurden, erscheint die Hervorhebung einer Standarderzählung fraglich, gegen die sich das Buch »kritisch« richtet.

Die Standarderzählung besteht gegenwärtig vielmehr – und selbstverständlich ist dies zu begrüßen – darin, dass das Völkerrecht im 19. Jahrhundert als eine Rechtfertigungsordnung für den europäischen Imperialismus diene, und dass auch im 20. Jahrhundert die Rechte und die rechtliche Stellung außereuropäischer Staaten immer wieder eingeschränkt wurden (13). Hierauf hinzuweisen ist eine wesentliche und wichtige Aufgabe rechts-historischer Forschungen, die für sich steht und eines besonderen kritischen Gestus eigentlich nicht bedarf.

»Boundaries of the International« ist ein Buch über den Eurozentrismus des Völkerrechts. Die Untersuchung befasst sich mit europäischen Autoren – in der Tat nur Männer in diesem Fall – und wie diese über die Beziehungen europäischer und außereuropäischer Mächte dachten. Zwar finden sich Bezüge zu einzelnen Weltregionen, wie etwa dem Osmanischen Reich, dem ein eigenes Kapitel gewidmet ist, sowie zu Indien oder China, aber das Ziel des Buchs besteht nicht darin, sich mit den Perspektiven der Akteure aus diesen Regionen auf das Völkerrecht näher zu befassen. Manche mögen

* JENNIFER PITTS, *Boundaries of the International. Law and Empire*, Cambridge: Harvard University Press 2018, 293 p., ISBN 978-0-674-98081-5

1 MARTTI KOSKENIEMI, *Histories of international law: Significance and problems for a critical view*, in: *Temple International and Comparative*

Law Journal 27,2 (2013) 215–240, hier 216.

diese Feststellung in der gegenwärtig sehr stark an globalen Perspektiven interessierten Völkerrechts- und Politikwissenschaft bereits als Kritik auffassen, aber dies ist an dieser Stelle keineswegs angebracht. Denn Pitts liefert eine Darstellung, die der intensiv geführten Diskussion über den völkerrechtlichen Eurozentrismus zusätzliche Facetten hinzufügt.

In mehreren Kapiteln widmet sich die Autorin zeitgenössischen Kritiken europäischer Autoren am europäischen Imperialismus. Der Fokus des Buches liegt auf britischen und französischen Autoren, was insofern bedauerlich ist, als die für das 18. und 19. Jahrhundert ebenfalls sehr wichtige Völkerrechtswissenschaft in deutscher Sprache nur wenig zur Geltung kommt. Der Blick auf diese Kritiken ist aber in jedem Fall sehr interessant, handelt es sich doch letztlich um Illustrationen für potentiell Kontext brechende Reinterpretationen des Völkerrechts, wie sie zu Eingang dieser Rezension angeführt wurden.

Autoren wie Abraham Hyacinthe Anquetil-Duperron (1731–1805), Edmund Burke (1729–1797) oder William Scott (1745–1836) kritisierten den europäischen Imperialismus in Afrika und Asien und die völkerrechtlichen Rechtfertigungen hierfür. Sie betonten insbesondere, dass die europäischen Mächte in ihren Beziehungen mit außereuropäischen Regionen an die eigenen völkerrechtlichen Regeln gebunden seien (106). Außerdem traten sie der Ansicht entgegen, die normativen Erwartungen und Praktiken in außereuropäischen Regionen entsprächen nicht dem normativen Standard europäischer Staaten (siehe etwa 59, 99). Damit richteten sich diese Stimmen gegen ein Argument, das zentral war für die Rechtfertigung der Exterritorialität im Rahmen der ungleichen Verträge im 19. Jahrhundert.

Zumindest Scott und Burke waren durchaus einflussreiche Autoren, dennoch hinterließen ihre Kritiken am europäischen Imperialismus, wie Pitts feststellt, bemerkenswert wenige Spuren im europäischen Rechtsdenken (115). Zwar lässt sich zum Ende des 18. Jahrhunderts eine Resonanz in den öffentlichen Debatten feststellen, die so im

19. Jahrhundert nicht mehr erkennbar ist (93). Letztlich zeigt die Darstellung aber, dass die Kritiker schlussendlich nicht erfolgreich waren, ein europäisches Gefühl der Überlegenheit und Höherwertigkeit zu irritieren. Im Ergebnis dokumentiert dies umso deutlicher die im 19. Jahrhundert immer weiter zunehmende Dominanz eines Diskurses über ein Völkerrecht »zivilisierter« Nationen.

Gerade dieser Übergang ist besonders interessant und bietet Ansatzpunkte für weitere Fragestellungen. Wenn sich das Völkerrecht durch die europäische Expansion entwickelt und weiterentwickelt hat – und Elemente der Ungleichheit bis in die Gegenwart fortwirken –, dann stellt sich die Frage, durch welche Mechanismen und ab welchem Punkt dies als Normalität angesehen wurde.

Pitts Darstellung macht sehr schön deutlich, dass die vertraglichen Beziehungen europäischer und außereuropäischer Mächte als Anomalien (40) angesehen wurden und dass diese Verträge zunächst auch nicht in völkerrechtliche Vertragssammlungen aufgenommen wurden (21). Dies änderte sich im 19. Jahrhundert. Die ungleichen Verträge mit China und weiteren vornehmlich asiatischen Staaten finden sich in zeitgenössischen Vertragssammlungen. Es hat somit ein Prozess der Normalisierung stattgefunden, der sich an vielen völkerrechtshistorischen Studien ablesen lässt, der aber in seinen Mechanismen selten näher beschrieben wird.

»Boundaries of the International« ist ein wichtiger Beitrag zu einer nach wie vor zentralen Diskussion in der Völkerrechtswissenschaft über die ambivalente Rolle des Völkerrechts, welches zugleich ein Instrument der Ausübung von und des Widerstands gegen die Ausübung von Dominanz ist. Auch die Leserinnen und Leser, die mit den Grundthesen dieser Diskussion bereits vertraut sind, werden von der vielschichtigen und bestechend klugen Darstellung nicht enttäuscht werden.



Justine Keli Collins

To be or not to be a True Born Englishmen*

Britain and its former colonies, which made up its illustrious Empire, are constant sources of academic discussions and debates, especially within the context of legal history. Most studies tend to focus on specific regions and nuanced areas of law, which is where Rabin differs and what sets her work apart. *Britain and its Internal Others* adds to work done by Hay, Craven, McLaren and Thompson on detailed legal Empire research. Rabin, Assistant Professor of History at the University of Illinois at Urbana-Champaign, focuses on six different legal paradigms of the British Empire. The pivotal thread of each paradigm is the link between the centre and periphery, that is, the metropole and its colonies. However, what stands out herein is that since the metropole in itself is crucial to the colonies, Rabin looks to it to explore the problems, which arise there, to be central to the colonial ones. She looks at the metropole not as distinct from its empire but as innate to the precarious and irregular nature of English law. Therefore, law in the metropole responds to persons therein based on this precedence.

The emphasis of each focal area illustrated resides in what Rabin terms the »shifting boundaries« between »internal others« – persons of different cultures and origins and those who consider themselves true born Englishmen. The shifting boundaries concept examines the perceptions of who holds themselves to be »other« – within the context of the former empire. It then turns to the question of how this otherness is reconciled with notions of »Englishness« and the potential ramifications of these reconciliations. The case law explored within the book depicts that the rule of law is the primary mechanism through which the internal others reconcile their positions within Britain. Therefore, their pursuit of rights and equality within the metropole allowed them to rely on the rule of law whilst simultaneously propelling and defining their identity and litigious presence.

Rabin employs case law to trace how a legal event, its antecedents and fall out served to shape, challenge and remake law in Britain. Furthermore, cases tended to confront and arbitrate issues of difference such as African slaves, being black in colonial Britain, Jews and Gypsies, Catholics, the working class, and Irish men and women. The disparities of these groups of internal others emanated definitions of what was »whiteness«. In addition, the categorisation of whiteness denoted how the law was utilised to augment and endorse hierarchy and bureaucracy masked as mediation to channel power in terms of differentiating between who was an internal other and who was truly English – by birth or otherwise. The cases therefore show how the law developed to conceal rights and liberties of others within the metropole itself.

Themes of race, gender and equality before the law are also analysed by Rabin. Whilst the rights of Englishmen and laws applicable to them is commonplace to discussions on English legal history, the rights of Englishwomen is not as pervasive. In fact, the rights of white Englishwomen were wholly dependent on factors such as class and family wealth and mostly arose in relation to their husbands. The relationship of women to law, generally speaking, was one of silence and repression. Exceptions to this rule were single women or women representing an internal other, who were portrayed as suspicious, sexualised and/or problematic. Rabin's analysis of race showed that although the Empire was expanding with an array of religious sects, cultural, ethnic and racial variations, the law failed to protect those groups and instead chose to uphold whiteness as a privileged category. The way Britain classified foreign colonial subjects as lawless or as savages was conducive to the bias embedded in the legal system when pertaining to internal others. Rabin stressed that while on the periphery Britain appeared to respect local laws and traditions of its colonies, along with establishing English courts and law-making bodies

* DANA Y. RABIN, *Britain and its Internal Others, 1750–1800. Under the rule of law*, Manchester: Manchester University Press 2017, vii + 266 p., ISBN 978-1-5261-2040-3

therein, they had no issues with disregarding local laws when convenient for them.

Rabin concludes by quoting Granville Sharpe, a civil servant and abolitionist who fought hard to gain freedom for blacks in England and to end colonial slavery. Sharpe's words highlight the paradox in Britain's ideology of promoting the rule of law as a right available to all regardless of origin, all the while not doing so in practice. As the case law shows, internal others failed to benefit from equality before the law in the same way as Englishmen did. Notably, ascendance to the rights of Englishmen, however, was not closed to certain groups (such as Scots); it remained that membership rested on definitions of whiteness, the gatekeepers of which were within the legal and political arenas.

Britain and its Internal Others creates and stirs a much needed debate on the history of equality before the law by those who were perceived as other due to colonialism. Bringing together six

distinct legal events with similar themes is no easy feat, and Rabin does so with ease coupled with detailed scrutiny and explanations. However, the very reason for the book's high praise is, at the same time, its main shortcoming. The grouping of the several categories of legal events, and in essence groups of persons, gives the impression that they were in similar positions or started off on more or less the same footing. Since degrees of whiteness, as it related to what it means to be English, are the foundations of the conversation based on the rule of law, one cannot equate a slave-treated and legalised as property to the status of a Jew, Irishman or Catholic in Britain. It is clear that all involved were subjected to forms of discrimination and injustice; however, where most groups were able to eventually ascend to the status of Englishmen, this courtesy was never extended to blacks in colonial England.



Heinz Mohnhaupt

»Am Ende stritt man um Akten«*

Die Dissertation (Universität Eichstätt-Ingolstadt) beginnt mit dem Satz »Am Ende stritt man um Akten« und endet auf Seite 483 mit eben dem gleichen Satz. Zwischen Anfang und Ende dieser akribisch gearbeiteten Publikation, die Denzler bescheiden eine »Studie« nennt, werden die massenweise in den Archiven vorhandenen Akten, die während der letzten Visitation des Reichskammergerichts von 1767–1776 produziert wurden, nach ihrer Entstehung und Funktion untersucht. Als Leitbild der Untersuchung dient der »Reformhorizont« der Aufklärung, vor dessen Hintergrund das Visitationsgeschehen in Gestalt seiner Hand- und Druckschriften analysiert wird. »Reform«-zeiten, -räume, -akteure, -verfahren sowie -inhalte geben dem engagiert geschriebenen Buch eine

klare Gliederung für die Untersuchung aller Schriftgattungen von den Protokollen, Schreiben, Diktaten, Abschriften, Diarien, Korrespondenzen, Instruktionen, Berichten bis zu Gutachten und Notizen, die alle das Visitationsgeschehen in und als »Akten« repräsentieren: 562 Aktenbündel; von 1 056 Sitzungen sind 13 Bände Beratungsprotokolle überliefert, die 15 732 Folioseiten umfassen; 50 Visitationsbeschlüsse liegen vor; die schriftlichen Befragungen von 92 Gerichtsmitgliedern ergaben 25 000 Antworten (355, 478); hinzu kommen noch die Produktion aus der visitationseigenen Druckerei sowie 200 Einzelpublikationen zur Visitation und eine visitationseigene Zeitschrift als schriftliches Untersuchungsmaterial. Daraus entsteht ein höchst umfassendes und anschauliches Bild

* ALEXANDER DENZLER, Über den Schriftalltag im 18. Jahrhundert. Die Visitation des Reichskammergerichts von 1767 bis 1776 (Norm und Struk-

tur. Studien zum sozialen Wandel in Mittelalter und Früher Neuzeit 45), Köln / Weimar / Wien: Böhlau 2016, 612 S., ISBN 978-3-412-22533-9

über Medientechnik, Schriftkultur, Justizkontrolle und Dienstaufsicht im Rahmen der Visitation. Aus dem quantitativen Befund in diesem »tintenklecksenden Saeculum«, wie es Schiller genannt hat, leitet Denzler die These ab, dass die Visitation von 1767 eine enorme Vermehrung und Aufwertung von Schriftlichkeit schlechthin dokumentiert (16). Vor diesem Hintergrund soll die alltägliche Bedeutung der Schriftlichkeit für die Visitation analysiert und der »Entstehungs- und Überlieferungskontext« möglichst genau im »Schriftalltag« rekonstruiert werden. Dieser »Schriftalltag« reflektiert auch den Justizalltag in seiner rechtshistorischen Bedeutung. Diesen zu beschreiben ist zwar nicht Denzlers vorrangiges Ziel, aber die Kulturgeschichte des Geschriebenen beleuchtet und ergänzt die Geschichte der Rechtspraxis am Beispiel der Visitation von 1767 in vielfältiger Weise. Das belegen auch das reiche Quellen- und Literaturverzeichnis (489–562) und die Statistiken über Personalien, Visitationskosten, Examina, Gesandtschaftsquartiere, Verfahren usw. (565–604).

Die Visitationen waren seit 1507 eine feste Einrichtung der Reichsverfassung und ursprünglich dazu bestimmt, jährlich das Reichskammergericht (RKG) zu kontrollieren. Mängel und Gebrechen des RKGs sollten aufgedeckt, die Zahl der Assessoren vermehrt, langwierige Prozesse abgekürzt und Revisionen gegen kammergerichtliche Urteile bearbeitet werden. Zu diesem Zweck war das Gerichtspersonal zu »examinieren«, d. h. entweder als Zeuge über das Gerichtsgeschehen zu befragen oder – soweit Richter als Beschuldigte oder Angeklagte in Frage kamen – zu vernehmen. Hier berührt der Kompetenzbereich der Visitation die Hoheitsrechte von Rechtsprechung und indirekt auch von Gesetzgebung. Für Syndikatsklagen konnte nämlich die Visitation als rechtsprechende Instanz auftreten. Ein Gesetzgebungsrecht besaß sie zwar nicht, konnte aber die gemeinen Bescheide des RKGs untersuchen, die eine eigene gesetzliche Qualität besaßen.

Dieser Kompetenzrahmen zeigt die Visitation gleichsam als verlängerten Arm des Reichstags, dessen politische und konfessionelle Struktur sich in den Mitgliedern der Visitation und ihren Aktionen widerspiegelt. Die »Reformakteure«, wie sie Denzler bezeichnet (209–275), waren überwiegend studierte Juristen mit herrschaftlichem Expertenwissen. Diese juristische Funktionselite bestand aus 56 Visitatoren, die als Funktionsträger ihre delegierende Obrigkeit vertraten, sowie aus

87 Sekretären und 28 Kanzlisten sowie Kopisten, die alle an der Produktion der Aktenmassen beteiligt waren. Die entsagungsvollen Tätigkeiten der Schriftvervielfältigung durch die Sekretäre in der Diktatur, deren Karrierewege, das Berufsbild der Praktikanten und den »Schriftalltag« hat Denzler akribisch nachgezeichnet – einschließlich des Schicksals des Sekretärs Karl Wilhelm Jerusalem sowie Johann Christian Kestners, welche dem Praktikanten Goethe den Stoff zur Abfassung seines »Werthers« boten.

Aus diesem Aktenmaterial entwickelt Denzler ein kultursoziologisches Bild und berufsspezifisches Zeitportrait, das mit politik-, wissens-, archiv- und verwaltungsgeschichtlicher Dimension auch über Staatswerdung durch Schriftlichkeit aufklärt. Für den Rechtshistoriker ist in dieser Beziehung unter den von Denzler geprägten »Reform«-Kriterien das untersuchte »Verfahren« der Visitation am aussagekräftigsten (287–384). Da Denzler die Visitation als einen »kommunikativen Vorgang« versteht, bilden Schriftlichkeit und Mündlichkeit zwei aufeinander bezogene, ungleiche Pole der Visitation (287). Das Protokoll ist die wichtigste Form der Verschriftlichung. Das gesprochene Wort wird im und durch das Protokoll in den Rang einer Verbindlichkeit gehoben, die erklärt, weshalb die Visitatoren um den Wortlaut der Protokolle so intensiv und streitig gerungen haben. So beleuchten die Protokolle die Herausbildung von »Verfahrensmacht«, denn sie wurden von den delegierenden Instanzen, nämlich Kaiser, Reichstag, Visitationshöfen und -städten mit rechtspolitischen Zielen und Folgen gelesen. Die von Denzler sorgfältig aus den Akten herausgefilterte »relative Verfahrensautonomie« (476) zeigt die rechtlichen Kompetenzen der zur Visitation deputierten Reichsstände. Denzler spricht hier von einer »protokollimmanenten Verbindlichkeit« (287) und umschreibt damit normative Qualitäten des analysierten Schriftguts. Die sich daraus ergebende juristische Frage nach einer gewohnheitsrechtlichen Fundierung oder nach der Qualität einer rechtlich dimensionierten Gewohnheit stellt er nicht. Als kulturelle Praxis zur Bewirkung von Verbindlichkeit verbleibt die Gattung der Protokolle trotz ihrer Bindungsweite unter den Beteiligten der Visitation in der Grauzone unbestimmter multinormativer Kraft. Das »acta facere« bietet allerdings Bezugspunkte, die für künftige Prozeduren Verbindlichkeiten entwickeln können (342). Selbstregulierende Verfahrenspraxis und entwi-

ckelte Protokollregeln gewinnen an normativem Gewicht, wenn sie durch ritualisierte und symbolische Verfahren gestützt werden. Diese werden von Denzler nachdrücklich in ihrer Bedeutung für Hierarchisierung und Rangordnung in der ständisch und konfessionell strukturierten Visitationsgesellschaft beschrieben. Die Rahmenbedingungen der konfessionell, politisch und ständisch segmentierten Reichsverfassung schlagen völlig auf die Arbeitsbedingungen der Visitation durch. Sie erklären aber das sang- und klanglose plötzliche Ende der Visitation am 8. Mai 1776 nur unvollkommen, für das Denzler zehn Gründe auflistet (389 f.), unter denen die Prestigefragen der großen Reichsstände Preußen, Österreich und des hannoverschen Kurfürsten und englischen Königs politisch bedeutsam waren, weiterhin die strittige konfessionelle Parität und vor allem die Langatmigkeit und »Weitläufigkeit« des Verfahrens – ein oft von Denzler eingesetzter zeitgenössischer Begriff (416) – sowie die Masse der umkämpften komplexen Schriftlichkeit eine unterschiedliche Rolle spielten. Denzler spricht hier zutreffend davon, dass sich die Visitation letztlich selbst diskreditiert habe.

Die »Weitläufigkeit« der Verfahren und deren ausführlicher gemeinrechtlicher Argumentationsstil wurde von der Visitation jedoch auch mit rechtswissenschaftlichen Gründen kritisiert. So ordnete die Visitation sogar an, alles zu vermeiden, was zu »Erläuterung und Ausführung der gemeinen Rechte« vorgebracht werden könne. In den Relationen solle man keinesfalls nach der »historisch oder juristischen Gelehrsamkeit« trachten und »ohnnöthige Allegationen der Rechte oder Rechtsgelehrten« vermeiden (420 f.). Hier zeigen sich aufklärerische Rationalisierungstendenzen, die auch die Rechtssprache betreffen, die aber

von Denzler nicht weiter untersucht werden. So überrascht es auch, dass er die umfangreiche juristische Praktikerliteratur des 18. Jahrhunderts über die Gestaltung von Rechtspraxis, die Schriftlichkeit der Rechtspraktiken und die Vielzahl der rechtlichen und außerrechtlichen Akten und Schriftgattungen in seiner grundlegenden Analyse der Schriftkultur ausgespart hat. Diese reiche Literaturgattung, die vor allem von den Juristen Johann Stephan Pütter, Johann Jacob Moser, Johann Jacob Schmauß und Justus Henning Böhmer geprägt ist,¹ zeigt ihrerseits eine Verwissenschaftlichung und Systematisierung aller Formen der Schriftpraxis, die sich vielfach mit den reichen Befunden in Denzlers Arbeit decken und einer erhellenden Parallelwertung hätten unterzogen werden können. So geht auch Pütter davon aus, dass Mündlichkeit und Schriftlichkeit² gleichberechtigte Quellen sein können und deshalb eine Anleitung nötig sei, »wie Mund und Feder sonst auf eine in Canzleyen hergebrachte Art zu gebrauchen« seien.³ Für Pütter als Vertreter des »mos Göttingensis« der Göttinger »Georgia Augusta« bestand kein Zweifel, dass das Verfahren und der »Proceß selbst eine ganze Theorie ausmacht, noch von der Theorie der ganzen Rechtsgelehrsamkeit mit Recht mag ausgeschlossen werden«.⁴ Das setzte voraus, dass neben dem »facere acta« auch der »geschickte Gebrauch der Acten«⁵ ein Element von Verwissenschaftlichung der Praxis bedeutet, für die Denzlers beeindruckende Darstellung des Schriftalltags und des Streites um Akten Zeugnis ablegt, ohne dass er diesen Theorie-Strang seines Themas verfolgt hat. Das tut aber dem außerordentlichen Wert seiner Arbeit keinen Abbruch.



1 Eine umfassende Literaturübersicht bietet: JOHANN STEPHAN PÜTTER, Zugaben zur Anleitung zur Juristischen Praxis als deren zweyter Theil, insonderheit von der Orthographie und Richtigkeit der Sprache und vom Teutschen Canzley-Ceremoniel, 4. Aufl., Göttingen 1789, 1–10.

2 Bei DENZLER (wie Anm. *) 287.

3 JOHANN STEPHAN PÜTTER, Anleitung zur Juristischen Praxi wie in Teutsch-

land sowohl gerichtliche als aussergerichtliche Rechtshandel oder andere Canzley-, Reichs- und Staats-Sachen schriftlich oder mündlich verhandelt und in Archiven beygelegt werden, Göttingen 1753, Vorrede.

4 PÜTTER, Anleitung (wie Anm. 3), Vorrede.

5 JUSTUS HENNING BÖHMER, Kurtze Einleitung zum Geschickten Gebrauch der Acten Worinn deutlich

gezeiget wird Wie man Acten lesen, extrahiren, referiren, beurtheilen, darüber decretiren, und davon iudiciren solle, Nebst Einem vermehrten Formular, wornach die gegebene Reguln zu appliciren. Neue Auflage, Halle im Magdeburgischen 1734.

Carlos Petit

Luces y sombras sobre la *Sombra de Vitoria**

La expresión Derecho Internacional tiene dos principales sentidos. Por un lado, se trata del ámbito de reglas, usos y convenciones que disciplinan las relaciones entre estados y sus asociaciones, con el objetivo confesado de evitar la confrontación bélica. Por otro lado, llamamos Derecho Internacional al estudio que, sobre todo lo anterior, elaboran los juristas expertos en este sector técnico. Sustancia jurídica y tradición científica, en suma.

Ignacio de la Rasilla se centra en esa tradición («the historical evolution of the study of international law», 19), esto es, en la ius-internacionalista española, pero dedica varios capítulos a la «sustancia». Al autor le interesan los efectos que ciertos *turning points* de la historia de España tuvieron sobre las teorías y enseñanzas de los juristas; grandes acontecimientos de nuestro pasado (la guerra de Cuba, los «desastres» en Marruecos, la maldita guerra civil) que enmarcaron el quehacer, las carreras profesionales, los textos (de la ciencia) del Derecho Internacional, de modo que los excursos históricos ofrecen el contexto factual que dio sentido a las prácticas de los internacionalistas. Y en esos capítulos de «contexto» (los caps. 2, 3 y 4) se encuentra, en mi opinión, lo mejor de la obra.

Entre la *sustancia* internacional y las *doctrinas* jurídicas *In the Shadow of Vitoria* encuentra un hilo conductor – a la postre, algo débil – en la fortuna intelectual del profesor de Sagrada Teología Francisco de Arcaya (1483/86–1546), más conocido como Francisco de Vitoria. La recuperación del fraile dominico como *founding father* de la disciplina nació – falsa paradoja – de la celebración en 1883 del tercer centenario de Hugo Grocio (80 ss.), cuando una corta mas influyente cohorte de autoridades extranjeras (James Lorimer, Ernest Nys, Alphonse Rivier) descubrieron a los españoles (Manuel Torres Campos, Eduardo de Hinojosa, Marcelino Menéndez Pelayo), en la estela del Neotomismo de León XIII (*Aeterni Patris*, 1879),

las excelencias de la Escuela de Salamanca. Vitoria fue también la prueba del nueve de la calidad de la dominación hispana sobre las Indias – integradora, humanitaria, apostólica – en comparación con la inglesa, guiada por una finalidad egoísta. Por eso, el consenso sobre la paternidad del Derecho Internacional en Vitoria, generalizado en la Europa «iusnaturalista» de entreguerras, fue el antecedente cronológico y textual del nuevo renacimiento «fascista» de la Segunda Escolástica bajo el franquismo (268 ss.).

Más allá de los aciertos indudables en la narración de los «descubrimientos» sucesivos del teólogo dominico – «Vitoria's reputation», escribió Carl Schmitt y repite De la Rasilla, «has its own history and requires special treatment» (1); me temo que aún sigue así – la descripción de los contextos históricos de la ciencia española del Derecho Internacional contiene lo mejor de la obra. Ha sido un acierto el capítulo segundo («A Point of Inflection for International Law in Spain and the United States», 89–153) centrado en la llamada guerra de Cuba, pues aquel conflicto hispano-norteamericano tuvo un impacto doctrinal concreto en los dos países afectados. Desde luego los Estados Unidos acompañaron finalmente su universalismo comercial – tan evidente en los tratados desiguales impuestos a los imperios asiáticos – con la creación de instituciones y la formación de expertos en la materia jurídico-internacional (*case-book* de Freeman Snow, 1893, 101; *American Society of International Law*, 1906, 139 ss.; apoyo financiero de Andrew Carnegie al movimiento de la paz y el arbitraje; *American Journal of International Law*, 1907). La pujante nación americana se asimiló además a las potencias europeas tras adquirir, a expensas de la declinante España, varios dominios coloniales (192 ss. sobre «The Insular Cases»).

En ese otro país los años 1880 conocieron una reforma de los estudios jurídicos que estableció el

* IGNACIO DE LA RASILLA DEL MORAL,
*In the Shadow of Vitoria: A History
of International Law in Spain
(1770–1953)*, Leiden/Boston:
Brill Nijhoff 2018, xvi + 353 p.,
ISBN 978-90-04-34322-1

Derecho Internacional como materia de enseñanza obligatoria. Fue entonces cuando comenzó su actividad de estudioso y bibliógrafo el prestigioso Ramón Dalmau, marqués de Olivart (76 ss.), y pronto se sumaron la docencia del krausista Aniceto Sela en Oviedo, las tesis de doctorado de argumento internacional, la creación, en fin, de revistas (*Revista de Derecho Internacional, Legislación y Jurisprudencia Comparadas*, 1887; *Revista de Derecho Internacional y Política Exterior*, 1905). La crisis antillana y filipina consumó además el giro africanista de España (133 ss., «Colonial Policy of Substitution»), cuando las grandes conferencias de la Paz y la actividad incesante de James Brown Scott («The Omnipresent *Amigo Americano*», 149 ss.) lanzaron convenciones y textos (los «Classics of International Law», 44 vols. entre 1911 y 1940, con notable presencia de la Escuela de Salamanca) que permitieron dar un paso de gigante a los cultivadores del Derecho Internacional.

Merece asimismo todo aprecio el capítulo cuarto, dedicado a la guerra civil. En realidad, a la luz de sus páginas («The Spanish Civil War. Inter Armas Pugnans Leges», 224–267), el terrible acontecimiento se nos presenta como una cruenta guerra internacional y desigual librada contra la República española por la parte insurrecta del ejército y el rendido apoyo de Alemania e Italia ... con la neutralidad culpable impuesta por Gran Bretaña. La contribución inglesa a favor de los rebeldes («better Franco than Stalin», según el *chargé d'affaires* Georges Ogilvie-Forbes) desde la política de «non-intervention» se diseña en este libro con meridiana claridad. Interesado siempre en las doctrinas, Rasilla procede además al análisis

de los esfuerzos teóricos – sobre todo Arnold McNair (240 ss.), pero también Hersch Lauterpacht (247 ss.) – desplegados para apuntalar la imposible legalidad de la posición británica.

El interés de ambos capítulos no impide pronunciar un juicio más severo sobre la descripción del Derecho Internacional en el segundo sentido identificado más arriba, esto es, como la especialidad académica que Rasilla pretende mostrarnos según un «bio-academic excursus of certain figures» (19). Por una parte, la corta atención dispensada a la España ilustrada y gaditana (28 ss.) – apenas un censo de los materiales y nombres más obvios, no exento de dislates¹ – conspira contra el término *a quo* de su investigación; existe una nutrida literatura sobre las reformas de Carlos III y la condición «bihemisférica» de la Constitución de 1812 que no debería desconocerse tan alegremente.² Por otra parte, merece la misma objeción la poca atención prestada a los planes de estudio de la España liberal y las trayectorias de los internacionistas que los aplicaron: contamos con instrumentos suficientes para comprender las llamadas «tesis doctorales» (54 ss.; se trataba de discursos ceremoniales de argumento fijado cada año por la facultad de Madrid), apreciar las novedades decisivas de las reformas de 1883–1884; en fin, para reconstruir las carreras de los juristas que ocuparon (desde 1842, nada menos) las cátedras dedicadas a la docencia del Derecho Internacional.³

No cabe duda que el autor conoce su objeto y que estaba capacitado para componer una obra de lectura sugestiva – no obstante la repetición superflua de datos y argumentos.⁴ Pero tampoco cabe

1 Sobre «the deposition of the Spanish monarch by Napoleon's brother» se nos habla en 39. Tampoco parece feliz destacar la naturaleza «democratically advanced» de la Constitución de 1812 (43), la condición «moderada» de la de 1837 (46; ese adjetivo, de valor histórico, corresponde mejor al texto constitucional de 1845), ni considerar la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1853) como «the first professional law journal published in the Spanish language»: esa primacía corresponde al *Boletín de Jurisprudencia y Legislación* (1836), donde hubiera sido de interés consultar MANUEL PÉREZ HERNÁNDEZ, «Del Derecho natural», *ibid.* 2 (1836) 57–64.

2 Por limitarme a lo último, *vid.* FERNANDO LIENDO TAGLE, Pablo de Olavide y la nueva planta de los estudios, Madrid 2016, 97 ss., 151 ss. sobre el Derecho Natural y de Gentes, «origen y fuente de todas las Leyes». Sobre Cádiz, JOSÉ MARÍA PORTILLO, *Revolución de nación: orígenes de la cultura constitucional de España, 1780–1812*, Madrid 2000.

3 «Derecho natural y de gentes, tratados y relaciones diplomáticas de España» (doctorado, 1842); «Filosofía del derecho; derecho internacional público y privado» (doctorado, 1852); «Historia de las relaciones políticas, diplomáticas y comerciales de España con las demás Potencias» (1857);

«Derecho internacional, común y particular de España» (doctorado, 1857); «Historia de las relaciones políticas, diplomáticas y comerciales de España con las demás naciones» (1866); «Derecho internacional, público y privado» (doctorado, 1866); «Derecho internacional» (doctorado, 1868); «Historia y examen crítico de los principales tratados de España con otras potencias» (doctorado, 1868, 1880); «Derecho internacional público» (1883); «Derecho internacional privado» (1883); «Historia del Derecho internacional» (doctorado, 1900).

4 Valga el caso de Camilo Barcia Trelles, en 171 y otra vez en 203; los ejemplos pueden multiplicarse.

dudar que Rasilla comete demasiadas faltas de respeto a sus lectores. Las *errata* son inexcusables por numerosas.⁵ Las relaciones cronológica (xii–xvi) y bibliográfica (309–350) resultan muy deficientes: con fechas irrelevantes o carentes de ilustración,⁶ con efemérides equívocas,⁷ con obras citadas varias veces o de forma equivocada, o presen-

tes en las notas mas ausentes en la relación final. Y por último: en un libro que contiene tanta información – argumentos, fechas, nombres, títulos – no tiene perdón el índice improvisado que lo remata (351–353).



Mariana Dias Paes

Novas perspectivas para uma História Atlântica do Direito*

Já há muitos anos, as análises dos historiadores do direito vêm sendo influenciadas pelas atuais configurações dos Estados nacionais. A produção de normas e categorias jurídicas, no entanto, é melhor entendida, historicamente, se levarmos em consideração outros espaços, não limitados às configurações territoriais contemporâneas. Nesse sentido, têm-se desenvolvido, recentemente, pesquisas que procuram expandir as perspectivas da História do Direito, adotando pressupostos teórico-metodológicos relacionados aos debates da História Global e das Histórias Conectadas. Para o caso brasileiro, a perspectiva da História Atlântica se

mostra bastante frutífera para pensarmos a produção de normatividades no ambiente jurídico compartilhado do Atlântico. Para isso, é essencial que os historiadores do direito tenham contato com a literatura sobre a África. Assim como as sociedades estabelecidas na Europa e na América, aquelas que estavam na África participaram, intensamente, desse processo compartilhado de produção normativa. Com o objetivo de apresentar, à comunidade acadêmica lusófona, os mais recentes desenvolvimentos da historiografia sobre a África Centro-Occidental, esta resenha trata de três livros que levantam importantes questões para pensarmos o

5 Así, es demasiado frecuente el uso de minúsculas en las citas de título en lengua alemana (*u. gr.* 119, n. 143, por nada decir del uso repetido de *Volkgeist*), pero la bárbara práctica se ha llevado también a nombres y palabras en otros idiomas (266, n. 223; 293, n. 136). Peor es el error en las fechas (96, Christopher C. Langdell; 127, Field Code) y la confusión entre personajes (126, consideraciones sobre el profesor Rafael de Ureña y Smenjaud referidas a su hijo, el diplomático Rafael de Ureña y Sanz) o los nombres equivocados (50, 71, 74, 121, 124, 215, 298, entre otras ... incluso en la relación bibliográfica: García Moreno aparece siempre como García Montero). Los signos de puntuación también presentan una

deriva errática. ¿Será que Brill-Nijhoff, responsables materiales de la publicación, carecen de correctores?

6 »1900«, a secas, en xiv. ¿Se trata del Tratado de París que delimitó la exigua presencia española en el Golfo de Guinea, suicidio del delegado español incluido? Por lo demás, parece irrelevante recordar (xiii) que Christopher C. Langdell accedió al decanato de la Harvard Law School en 1870.

7 »1938. Fundamental Laws of the Realm (1938–1978)«, leemos en xvi. La fecha corresponde a la promulgación del Fuero del Trabajo, primera de una serie de »leyes fundamentales« que no pueden sin más subsumirse en tal Fuero, de estilo y contenido nazi-fascista.

* MARIANA PINHO CANDIDO, *Fronteiras da escravidão: escravatura, comércio e identidade em Benguela (1780–1850)*, Benguela: Ondjiri 2018, 282 p., ISBN 978-989-99622-0-4
CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA, *A construção jurídica dos territórios ultramarinos portugueses no século XIX: modelos, doutrinas e leis*, Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais 2017, 159 p., ISBN 978-972-671-399-9
FLÁVIA MARIA DE CARVALHO, *Sobas e os homens do rei: relações de poder e escravidão em Angola (séculos XVII e XVIII)*, Maceió: Edufal 2015, 329 p., ISBN 978-85-7177-893-1

direito, em perspectiva histórica, no Atlântico lusófono.

Fruto da consolidação das pesquisas em História da África nas universidades brasileiras, o livro *Sobas e homens do rei: relações de poder e escravidão em Angola (séculos XVII e XVIII)*, de Flávia Maria de Carvalho, trata das relações entre agentes coloniais portugueses e autoridades africanas, nos primeiros séculos de colonização europeia da África Centro-Occidental.

No primeiro capítulo, Carvalho apresenta, de maneira bastante detalhada, a estrutura das organizações políticas dos Estados do Congo e do Ndongo. Em 1482, os portugueses chegaram à foz do rio Zaire e iniciaram os primeiros contatos com as populações da África Centro-Occidental. Carvalho argumenta que, já nessa época, o Congo era organizado, de maneira centralizada, em torno da figura do Manicongo. O Manicongo controlava diversas províncias tributárias, como, por exemplo, o Ndongo. Apesar da obrigação tributária, o Manicongo não interferia, diretamente, na administração do Ndongo, que era levada a cabo, principalmente, pelos sobas. Ao longo do capítulo, a autora apresenta os diversos motivos que colocaram em crise o poder centralizado do Manicongo. Associada a essa crise, a expansão da economia atlântica e da demanda por escravos, no século XVI, fez com que o Ndongo se tornasse mais atrativo para os portugueses.

A principal autoridade do Ndongo era o Ngola, cujos poderes estavam intimamente relacionados a aspectos sobrenaturais. Esse poder espiritual era complementado pelo poder político e administrativo dos sobas, chefes de divisões territoriais conhecidas como sobados. Os sobas, por sua vez, eram aconselhados por um conselho de macotas. Carvalho argumenta que foi a autonomia política, administrativa e jurisdicional dos sobas que favoreceu o estabelecimento de relações entre eles e os portugueses. Além disso, os sobas e macotas são mais mencionados na documentação portuguesa do que o próprio Ngola, o que, segundo a autora, comprova a importância da descentralização do poder decisório do Ndongo no processo de interiorização portuguesa na África Centro-Occidental.

A autora passa, então, a descrever as cerimônias de avassalamento praticadas entre portugueses e sobas. Ela argumenta que tais cerimônias incorporaram elementos do fundamento, prática ambundu de reconhecimento da autoridade dos sobas. Carvalho mostra, então, como a guerra foi o principal

mecanismo utilizado, pelos portugueses, para o avassalamento dos sobas do sertão (interior) do Ndongo. Tais práticas tinham, também, um caráter eminentemente mercantil, na medida em que garantiam que tributos seriam pagos – frequentemente, com escravos – e que os comerciantes portugueses ou aqueles a eles vinculados teriam livre acesso às mercadorias – humanas ou não – do sertão. Os tratados de vassalagem, uma das principais fontes utilizadas no capítulo, abriam, assim, a possibilidade de que os portugueses estabelecessem rotas comerciais, impulsionassem as atividades missionárias e, também, construísssem presídios – praças comerciais e militares – no interior do Ndongo.

O segundo capítulo descreve as políticas dos diversos governadores portugueses no Ndongo e, mais tarde, Província de Angola, ao longo dos séculos XVI e XVII. As principais fontes utilizadas são memórias e descrições de feitos produzidas, sobretudo, no século XIX. Por meio de uma aproximação crítica às fontes, a autora apresenta uma descrição minuciosa da atuação das diversas autoridades coloniais portuguesas na região. Assim, o processo exposto de maneira mais geral no capítulo 1 é apresentado, com mais detalhes, por meio da descrição das políticas e reformas que os administradores portugueses tentaram implementar e sua interação – frequentemente violenta – com os sobas e macotas. A autora também ressalta que os sobas, e não o Ngola, eram os alvos das ações militares, o que reforçaria seu argumento de que aqueles e não este eram os verdadeiros detentores do poder político na região. Muitos foram os sobas que se valeram do avassalamento para garantir segurança e proteção militar. Contudo, muitos resistiram à presença portuguesa e foram intensos os embates militares ao longo do século XVII. As vitórias portuguesas, portanto, não representavam, necessariamente, estabilidade de poder. As alianças entre autoridades portuguesas e africanas eram dinâmicas e não-definitivas.

Nos terceiro e quarto capítulos, o foco de Carvalho são os governadores portugueses do século XVIII. Na documentação desse período, a autora identifica um nascente discurso «civilizador», que justificava as guerras contra os sobas. Assim, a retórica modernizadora do reformismo ilustrado teria contribuído para a manutenção e o fomento das práticas escravistas na África Centro-Occidental. A autora dá especial atenção ao governo de Dom Francisco Inocêncio de Sousa Coutinho,

que se iniciou em 1764. Descrito pela historiografia como »Pombal de Angola«, a figura de Coutinho e as reformas por ele idealizadas são fortemente criticadas pela autora. Ela argumenta que houve um »impasse entre os valores propagados pelos princípios ilustrados e a própria manutenção da escravidão« (209). Coutinho teria tentado diversificar as atividades econômicas de Angola. Porém, a segunda metade do século XVIII foi marcada por um intenso tráfico de escravos.

Carvalho ressalta que, nesse contexto, a retórica iluminista convivia de modo paradoxal com a expansão da escravidão. Essa linha de interpretação da autora, porém, pressupõe certa incompatibilidade entre escravidão e iluminismo que destoa do amplo conjunto de análises que, tratando das relações entre práticas escravistas e valores liberais, ressaltam suas afinidades e complementaridades.

Assim como a pesquisa de Carvalho resultou de políticas de estímulo à área de História da África, no Brasil, o livro *Fronteiras da escravidão: escravatura, comércio e identidade em Benguela (1780–1850)*, de Mariana Candido, resultou de iniciativas em prol da consolidação da pesquisa acadêmica em Angola. O livro é a tradução, para o português, da tese de doutorado da autora, originalmente escrita em inglês. A tese foi, primeiramente, publicada como livro, em espanhol, e é a partir dessa versão que foi feita a tradução para o português. O livro, publicado em Benguela, é o primeiro fruto de uma parceria entre a Ondjiri Editores e o departamento editorial da Universidade Katavala Bwila.

A partir de extensa pesquisa em arquivos angolanos, portugueses e brasileiros, Candido apresenta diversos aspectos da escravidão em Benguela. No primeiro capítulo, a autora analisa a escala do comércio transatlântico a partir do porto de Benguela, um dos principais da África Centro-Ocidental e que tinha forte ligação com o Brasil. Candido apresenta diversos dados sobre a exportação de escravos, cotejando a documentação consultada com informações produzidas por outros pesquisadores e conclui que, entre 1780 e 1850, 343 364 pessoas foram exportadas, como escravas, do porto de Benguela. No capítulo, a autora também discute outros aspectos do tráfico como, por exemplo, o impacto da grande concentração, na cidade, de escravos e comerciantes que vinham dos sertões e aí ficavam esperando a viagem transatlântica. Ela também ressalta que, em razão das longas distâncias e da baixa presença de militares na região, o comércio de escravos, em Benguela e seu interior,

desenvolvia-se sem supervisão efetiva do Governador de Angola e das demais autoridades administrativas portuguesas baseadas em Luanda, o que favoreceu inúmeras práticas ilegais.

No segundo capítulo, Candido aborda os aspectos sociais de Benguela e como eles foram afetados pelo comércio massivo de escravos. Um dos focos do capítulo é o grupo populacional que Candido identifica como luso-africanos, »qualquer pessoa que tenha revelado indícios externos de uma cultura lusófona, como sejam o uso da língua portuguesa, a afiliação ao cristianismo e a lealdade à autoridade portuguesa« (52). Esse grupo era majoritariamente composto por donas, comerciantes, pombeiros e sertanejos. Parte dos comerciantes era formada por funcionários administrativos portugueses, que se envolviam no comércio de escravos, embora estivessem expressamente proibidos disso. Já as donas eram as principais intermediárias culturais entre africanos e portugueses. Participavam do comércio dos mais diversos bens e administravam casas com centenas de dependentes, o que reforçava seu poderio econômico e social. Por fim, a autora descreve os mecanismos de crédito e de caravanas que possibilitavam o comércio entre o porto e o interior. Tais mecanismos eram, frequentemente, propiciados pela assinatura de tratados de vassalagem com os sobas. Também nessas práticas comerciais abundavam ilegalidades.

A descrição da população de Benguela continua no capítulo três, no qual a autora apresenta diversos dados demográficos. Ao discutir a documentação utilizada, Candido afirma que os números populacionais entregues às autoridades portuguesas eram, em geral, produzidos pelos sobas ou por oficiais nascidos na região. Ela também ressalta que categorias como »branco«, »mulato« e »negro« não necessariamente refletiam a cor da pele, mas aspectos sociais como profissão, conhecimento da língua portuguesa, acesso à terra, estilo de penteado e vestimentas, etc. A população de Benguela vivia, majoritariamente, em complexos multifamiliares, nos quais escravos e dependentes conviviam. Por fim, Candido classifica Benguela como »uma sociedade crioula do Atlântico«, com vínculos intensos com a outra margem do Oceano, propiciados pelo comércio e pela circulação de pessoas.

No quarto capítulo, Candido analisa a população de Caconda, um presídio fundado pelos portugueses, no Planalto Central, no século XVII, e o principal centro administrativo e mercantil do interior de Benguela. Essa população foi profunda-

mente afetada pelas constantes razias – sequestros massivos de pessoas – para a captura de escravos nos sobados que circundavam Caconda. As razias provocavam morte e captura de pessoas livres, inclusive, vassalos portugueses. Nesses ataques, os campos também eram destruídos e o gado roubado. As razias provocavam, assim, migrações para o presídio de Caconda, cuja população era formada tanto por vítimas quanto por autores dos assaltos aos sobados vizinhos. Assim como em Benguela, a população de Caconda se organizava em residências multifamiliares cuja média de dependentes era de 67 indivíduos por residência.

O quinto capítulo é um dos mais centrais do livro. Nele, Candido discute o conceito de »fronteira de escravização« (*slaving frontier*) cunhado por Joseph Miller. A autora argumenta que a fronteira de escravização não era única, dirigindo-se, lentamente, para o interior, como teria proposto Miller. A documentação por ela analisada indicaria que existiam diversas fronteiras sobrepostas e que a população do litoral não estava protegida por uma suposta interiorização progressiva das práticas de escravização. As fronteiras eram frequentemente redefinidas, o que gerava uma instabilidade crônica na região e o risco premente de escravização de pessoas livres.

Em seguida, Candido apresenta diversos mecanismos de escravização, legais e ilegais. Os legais eram »guerras justas«, condenações judiciais, não pagamento de dívidas, pagamento de tributos aos sobas e a »auto-escravização«. De acordo com Candido, o sequestro era o principal mecanismo ilegal de escravização. Além dele, a autora descreve estratégias e engodos utilizados para escravizar pessoas livres. Pombeiros, sertanejos e pessoas identificadas como »forasteiras« eram especialmente vulneráveis à escravização ilegal. Candido também ressalta que, para embarcar escravos para o Brasil, não era necessário apresentar provas da legalidade de sua aquisição, o que facilitava a venda de pessoas livres no mercado transatlântico. Sem embargo, como ocorria em outras regiões sob jurisdição portuguesa, havia mecanismos judiciais para se contestar uma escravização. Também os batismos que ocorriam antes dos embarques, no porto, eram momentos que as pessoas utilizavam para denunciar, aos padres, sua condição ilegal de escravo.

O debate sobre as práticas ilegais de escravização que, frequentemente, contavam com a participação dos funcionários da administração portuguesa, dialoga fortemente com as recentes pesquisas em-

preendidas pela historiografia brasileira. Nos últimos anos, os historiadores brasileiros têm abordado o tema da precariedade da liberdade e do papel estruturante da ilegalidade na escravidão. Esses são temas debatidos no livro de Candido e indicam que, também nesse aspecto, há pontos de convergência entre a experiência escravista no Brasil e em Angola. O fato de Candido ter abordado tais temas anteriormente à historiografia brasileira é um indicativo dos benefícios mútuos que o intercâmbio entre as historiografias de África e Brasil pode produzir.

No último capítulo, a autora descreve os modos de vida dos escravos em Benguela e no interior. Assim como em outras sociedades atlânticas, os escravos da região realizavam as mais diversas atividades: produção de alimentos, transporte de mercadorias, trabalhos domésticos, carpintaria e outros trabalhos especializados. Além do mais, eles resistiam à sua condição e aos maus-tratos tanto por meios violentos quanto por meios pacíficos. Candido ressalta que os escravos de Benguela e de Caconda eram originários de diversas regiões, não havendo uma identidade cultural homogênea entre eles. Porém, o intercâmbio cultural contínuo moldou a forma como essas populações se percebiam. Nesse sentido, nas duas margens do Atlântico, foi-se formando uma população »culturalmente crioula«.

Adotando uma perspectiva expressamente vinculada à história do direito, em *A construção jurídica dos territórios ultramarinos portugueses no século XIX: modelos, doutrinas e leis*, Cristina Nogueira da Silva apresenta os debates acerca da aplicação da legislação nas chamadas »províncias ultramarinas« do Império português oitocentista.

Na introdução, Silva mostra como a ideia de »uniformidade territorial« do Império era central para os juristas portugueses oitocentistas. Eles defendiam que Portugal era um Estado unitário dividido em províncias, umas situadas no ultramar e outras, em território europeu. O direito aplicado a essas províncias também gozava de unidade: códigos e leis produzidos pela metrópole deveriam ser aplicados nas províncias ultramarinas, de modo uniforme. Essa orientação colonial, que a autora designa como »assimilacionismo legislativo«, foi, no entanto, duramente criticada nas últimas décadas do século XIX. Os juristas, políticos e administradores que criticavam essa orientação político-jurídica defendiam que havia especificidades em cada uma das províncias ultramarinas e, portanto,

as autoridades coloniais locais deveriam gozar de certa autonomia. Dessa »diferença ultramarina«, os juristas e políticos portugueses passaram, então, a derivar consequências como »a desigualdade do estatuto dos povos nativos dos espaços ultramarinos, por serem diversos e não estarem preparados para usufruir das formas da cidadania europeia« (36). Daí que a »especialização« do direito a ser aplicado decorria de um discurso que inferiorizava e marginalizava as populações não-europeias sob jurisdição portuguesa.

Nos capítulos seguintes, Silva detalha esse processo especialização. No primeiro, ela trata do »assimilacionismo uniformizador«, que previa a aplicação dos códigos metropolitanos às províncias ultramarinas. De acordo com a autora, na base dessa perspectiva, estava a ideologia de sistematização e universalização presente nos movimentos codificadores europeus. Os códigos eram vistos como a materialização de princípios racionais e universais que deveriam ser aplicados a todas as sociedades. Eram, portanto, potencializadores de »civilização«. Todavia, os códigos não poderiam ser aplicados diretamente a qualquer população. Sua aplicação dependia do »grau de civilização« de cada sociedade. Por isso, na segunda metade do século XIX, os juristas portugueses cunharam a ideia de »aplicação progressiva dos códigos« nas províncias ultramarinas.

No segundo capítulo, Silva trata dos diversos processos de »adaptação« dos códigos metropolitanos às províncias ultramarinas. Ao tratar do Código Civil de 1867, a autora menciona o Decreto de 18 de novembro de 1869, que mandou aplicá-lo nas colônias e determinou que fossem codificados »de imediato« os »usos e costumes« locais, cuja vigência estaria sujeita à »moral« e à »ordem pública«. Silva argumenta, então, que a simultaneidade da aplicação do Código Civil português e da determinação de codificação dos »usos e costumes« locais indica que, para os juristas e administradores portugueses, as ordens normativas locais eram vistas como transitórias e seriam progressivamente afastadas com a introdução de categorias jurídicas »civilizadas«. Os »usos e costumes« coexistiam com o Código Civil, mas em uma posição subalterna. Nesse ponto, o argumento de Silva poderia permitir uma interlocução explícita com os debates travados na história do direito, produzida em inglês, sobre a África. Há muito, os historiadores anglófonos discutem o tema da codificação do direito costumeiro no Império britânico, sem abar-

car os processos que tiveram lugar nas jurisdições africanas sob controle português.

Silva também aborda a aplicação do Código e da legislação administrativa e de organização judiciária, nos territórios ultramarinos. Ela aponta que o território colonial português era »descontínuo«, na medida em que determinadas localidades contavam com um aparato burocrático e judicial mais estruturado e consolidado do que outras. Havia, também, diversas peculiaridades regionais que alteravam a maneira de aplicação das normas. Aqui, a autora destaca o caso de Angola, onde os tratados de vassalagem firmados com os sobas tiveram um papel central nas formas de aplicação da legislação portuguesa. Havia, ainda, uma grande indeterminação sobre quais eram os limites territoriais sob jurisdição portuguesa, que se viram cada vez mais contestados por outras nações europeias ao longo do século XIX. A partir de todos esses elementos, Silva critica a doutrina do »assimilacionismo«: a uniformização pretendida pelos juristas que a defendiam era excessivamente limitada. Ao fim, as normas eram implementadas em áreas circunscritas, onde houvesse forte presença de população europeia ou luso-africana.

No terceiro capítulo, Silva analisa a aplicação da legislação especial às províncias ultramarinas. Ela descreve, com bastante minúcia, diferentes órgãos e instâncias de administração da justiça. A partir dessa descrição, é possível perceber a presença de instituições similares existentes no Brasil – inclusive, no pós-independência –, como juízes de direito, juízes de paz, tribunais da relação, câmaras municipais, etc. Ela também apresenta instituições mais específicas, como as Juntas de Justiça, os Conselhos de Governo e as Juntas Gerais de Distrito. De acordo com a autora, a documentação indica que muitos dos cargos menores e intermediários dessa estrutura judicial eram ocupados por locais que, muitas vezes, não tinham formação adequada para exercê-los. Outro ponto destacado pela autora era como a criação de comarcas e de uma malha administrativa e judicial acompanhava a expansão econômica portuguesa sobre esses territórios.

A autora também destaca que a instituição do júri foi expressamente suspensa nas províncias ultramarinas pelo Decreto de 16 de janeiro de 1837. Nas primeiras décadas do século XIX, o júri era uma das grandes bandeiras do pensamento jurídico liberal, que o identificava como contraponto cidadão aos juízes profissionais e corporativos. O júri era visto como uma garantia contra a

»tirania dos juízes« e como uma esfera de aprendizagem da cidadania. A sua implementação nas colônias foi discutida em 1853, em razão de uma proposta a favor de sua restauração no Estado da Índia. Nesse momento, os argumentos contrários à proposta se baseavam na »distância civilizacional« entre a metrópole e as colônias. Para a autora, esse debate foi bastante representativo da hierarquia que existia entre as populações europeias e as não-europeias, no Império português.

Ao final do capítulo, analisando os debates sobre a legislação eleitoral, Silva conclui que, a partir da década de 1880, consolidou-se a ideia de que as populações não-europeias do Império português não integravam o corpo de cidadãos; portanto, o governo das colônias deveria ser diferente do da metrópole. Essa modificação no paradigma jurídico coincidiu com a Conferência de Berlim (1884–1885) e com o Ultimato inglês (1890), que determinaram novas formas de apropriação militar e de governo dos territórios coloniais.

Os três livros, produzidos em contextos acadêmicos distintos e a partir de diferentes perspectivas historiográficas, apontam, em seu conjunto, direções possíveis para uma História Atlântica do Direito. O livro de Carvalho descreve diversos mecanismos pelos quais agentes coloniais portugueses foram adentrando o território angolano e

como se organizaram diferentes esferas de normatividades. Aprofundar a análise de Carvalho, detalhando esse processo de sobreposição de ordens normativas pode abrir novos horizontes para entendermos o papel do direito na estruturação de sociedades coloniais. Já o livro de Candido apresenta diversas relações e categorias sociais que se expressavam, também, em termos de categorias e institutos jurídicos. As diversas relações de dependência descritas pela autora possuíam correlatos no Brasil e apontam para a existência de categorias jurídicas similares em ambos os lados do Atlântico. Por fim, o trabalho de Silva é fundamental, pois ainda há muitas lacunas nas pesquisas sobre a organização e a administração da justiça no Império português, principalmente na África. Ele é baseado, sobretudo, na análise de legislação e doutrina, abrindo campo para o diálogo com as pesquisas que encontram, nos processos judiciais, suas principais fontes.

Esses são apenas alguns exemplos das inúmeras possibilidades de diálogo que esses livros permitem e sugerem aos historiadores do direito dedicados a entender as práticas e institutos jurídicos de qualquer parte dos territórios que compunham o ambiente cultural compartilhado do Atlântico.



Mathias Reimann

How the United States Failed to Establish a »Government of Laws«*

In 1780, John Adams (later to become the second president of the United States, 1797–1801) included in the Massachusetts Constitution a principle that became one of the enduring ideals of the United States (and beyond): »a government of laws, and not of men« (Constitution of Massa-

chusetts, Part the First, Art. XXX, 1780). This ideal has since been trumpeted in myriad speeches, articles, and statements. The central claim of James Maxeiner's new book is that the United States has failed to live up to that ideal, at least as the founding fathers understood it. For them, and

* JAMES R. MAXEINER, *Failures of American Methods of Lawmaking in Historical and Comparative Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, 336 p., ISBN 978-1-107-19815-9

for much of the 19th century, »a government of laws« meant a legal system based primarily on legislation, rather than judicial decisions, and that legislation had to be consistent, clear, and accessible so that ordinary people could actually understand the laws that govern their lives. As Maxeiner states, measured by these standards, the current American legal system is a failure. Much law is judicially created or shaped, and to the vast majority of Americans, the vast majority of legal rules are inaccessible, obscure, and unintelligible without expert (and thus expensive) legal advice. The book is a scathing indictment of that status quo – as well as a call for change. Written in a popular (and strangely disjointed) fashion and containing numerous reproductions of historical pamphlets, illustrations, and cartoons, it addresses itself primarily to a non-specialist audience.

Leaving aside the short *Preface* (xix–xxiii) and *Summary* (xxvii–xxix), and mercifully ignoring the embarrassingly overblown *Foreword* by (attorney and popular writer) Philip K. Howard, the book has four, rather diverse parts. First, an *Introduction: Of Government and Laws* lays out the basic argument (3–30); second, the *Historical Part* chronicles *America's Longing for Laws for the People* from the founding era to the late 19th century (31–162); third, a *Comparative Part* seeks to show *Ways to a Government of Laws* by featuring Germany as a model (163–299); and fourth, an *Appendix* ruminates on *The Foreign Law Controversy and the Fate of Civil Law Scholarship in American Law Schools* (305–324), including a personal reckoning of the author with the legal academy (»The Fate of an American Comparativist«, 318–324) that would have been wise to omit. This review focuses only on the second, historical, part, simply because it is the only element of real interest to readers of a legal history journal.

The historical part of the book essentially tracks the fate of two early American ideals: that legal rules should be laid down in legislation, and that this legislation should be systematically organized. While these ideals were closely intertwined, they are better discussed separately because they suf-

fered a distinctly different fate in modern American law.

According to Maxeiner, the ideal of legislative lawmaking was prominent from the colonial era to the late 19th century. The colonies (and later the young states) did not receive English common law *in toto* but rather selectively, and statutory law played an important role even during the colonial period (44–53). As is well-known, during the American revolution, many patriots regarded the common law, like its mother country, with hostility. Thus, at the dawn of the Republic, »[t]he founding fathers of the United States believed that they were creating ... an order built on statutes, not on common-law precedents« (33) – Adams, Jefferson, and Madison were all heavily engaged in legislative projects. Subsequent generations continued to strive for legislative rules which were widely considered superior to common law cases. One manifestation was the creation of constitutional texts, not only by the United States as a whole but by every single state joining the Union (57–65). Another was the significant legislative activity especially on the state level; states adopted a multitude of statutes to overcome outdated (English) common law and to adjust the legal order to the rapidly changing social and economic circumstances in the New World (65–71). Maxeiner also points to broad popular support for statutory law, reflected in a mass of literature addressed to lay people, rather than lawyers (85–91).

Maxeiner's claim that during the first hundred years of the Republic, making law usually meant legislation is well-supported by historical fact – when American jurists at the time spoke of »laws«, they normally *did* mean statutes.¹ Maxeiner is also correct that during this period, there was a strong belief in, and drive for, legislative rulemaking. Yet Maxeiner overplays his hand when he thus calls it a »myth« that the early United States were a common law country (22, and *passim*). In reality, the common law heritage with its reliance on judicial precedent played a very prominent role right from the beginning. Witness that the Massa-

1 This is perhaps most clearly illustrated by a landmark decision that Maxeiner (somewhat oddly) does not cite in this context, i. e., Justice Story's opinion in *Swift v. Tyson* (41 U.S. 1, 1842).

chusetts Constitution mentioned above was construed by that state's courts to authorize the reception of the English common law then in effect.² Note that the most popular law book in the early American Republic was a summary of English common law, i. e., William Blackstone's *Commentaries on the Laws of England* (4 vols., 1765–69, first American edition 1771–1772). Consider that the foundational works on early 19th-century American law were overwhelmingly based on judicial decisions, i. e., James Kent's *Commentaries on American Law* (4 vols., 1826, 14th ed. 1896), and Joseph Story's *Commentaries* on about a dozen (mainly private law) subjects (1831–1845). In addition, there was a growing tradition of more specialized treatises summarizing and digesting the common law, and mid-19th century books written for legal study were largely case law-based as well, such as Timothy Walker's popular *American Law* (11 editions between 1837 and 1905). In other words, Maxeiner's tale of legislation is only one side of the story to which a – strong and pervasive – common law side must be added for a complete understanding of the period. Yet, despite its on one-sided nature, Maxeiner's revisionist account is a valuable contribution to the literature because existing scholarship has often overemphasized the common law element in American legal history. Many classics of American jurisprudence, ranging from Holmes' *The Common Law* (1881) to Cardozo's *Nature of the Judicial Process* (1920) and Llewellyn's *The Common Law Tradition* (1960) focused almost exclusively on (and often exalted) judicial lawmaking. And reading seminal works on American legal history such as William Nelson's *Americanization of the Common Law* (1975) and Morton Horwitz' *The Transformation of American Law 1780–1860* (1977) can easily leave one with the impression that »the nature of American institutions, whether economic, social or political, was largely to be determined by judges« (Horwitz at 2, quoted by Maxeiner 71). To be sure, the standard works on American legal history are not blind to early American legislation, and more recent scholarship has duly emphasized the statutory and regulatory element in 19th-century America.³ Still, Maxeiner's history is a welcome antidote to the

widespread assumption that in the American legal tradition, a commitment to statutory lawmaking played but a marginal role before the 20th century.

Maxeiner then describes how the ideal of legislative rulemaking was largely abandoned, beginning in the 1870s. This was the result of several interrelated developments of which Maxeiner foregrounds three. First, the »newly solidifying legal professions« (146) preferred judicial decisions and resisted legislation (and especially codification) because the common law process raised the status of the bench and bar, and because it served the lawyers' and their clients' interests (156–157, etc.). Second, in the wake of (Harvard dean) Christopher Columbus Langdell's reform of legal education in the 1870s, law teaching gradually shifted from an expository approach to an analysis of appellate cases according to the so-called »Socratic method« (157–160). Third, beginning in 1879, the West Publishing Company developed the *National Reporter System*, a comprehensive regime of case reporting organized by *Key Numbers* which made it much easier to find cases than to locate statutes (147–149). (The system is still in use today.) Three other factors, some hinted at by Maxeiner, deserve mention. A historical turn in legal scholarship (and thought) entailed a turn to the (medieval) English past (see David Rabban, *Law's History*, 2013, 153–380), probably best exemplified by Oliver Wendell Holmes' *magnum opus*, *The Common Law* (1881). A broader cultural *rapprochement* between the United States and England fostered something like an American love affair with the common law tradition (see Richard Cosgrove, *Our Lady the Common Law: An Anglo-American Legal Community, 1870–1930*, 1987). And the propertied and conservative classes often resisted legislation because it threatened social reform.

Maxeiner is right to note a decline of the older agenda of legislative ordering in the closing decades of the 19th century. Yet, he is wrong that there was a general shift from legislation to common law which thus betrayed the founding fathers' goal of a »government of laws«. Even in the midst of the late 19th century's idealization of precedent, legislative activity never slackened, and in the 20th century, the number of statutes simply exploded. In fact, the

2 WILLIAM NELSON, *Americanization of the Common Law*, Cambridge 1975, 8.

3 E. g. WILLIAM NOVAK, *The People's Welfare*, Chapel Hill 1996.

book's cover itself alludes to that: it shows a deluge of »laws« pouring out of the US Capitol, drowning »Justice«. Today, most aspects of American society and economy are governed by (federal, state and local) statutes and regulatory regimes. To be sure, the courts continue to »make law«, but the majority of contemporary decisions deal either with interpreting statutes or filling the interstices between them. Free-standing common law is an exception. One could thus be tempted to argue that the triumph of statutory over common law has fulfilled the founding fathers' dream of a »government of laws« after all.

Yet, here is where the second ideal inherent in their agenda comes into play: the requirement that the laws (i. e., the statutory rules) be systematically organized. Only such an organization would make the laws findable, consistent, and clear so that they can be known and obeyed by the people subject to them. Maxeiner shows the significance of this ideal in the 1st century of the Republic. He chronicles how leading 19th century American jurists undertook comprehensive compilations of statutory law, especially on the state level (92–102). Perhaps more importantly, they also pursued a variety of codification projects (in part drawing on European models) of which those led by David Dudley Field (»Field codes«) are the most widely known (120–127, 135–145). They even scored some successes: the rules of civil procedure were eventually codified virtually everywhere, and about half a dozen states actually adopted full-fledged civil codes. In the 1870s and 1880s, one might have predicted that the United States will be headed in the direction of civil law-style legislation and codification.

Towards the end of the 19th century, however, this ideal was abandoned as well – »[s]ystematizing in the first century of the Republic was a story of high hopes and disappointing delivery« (133). As

Maxeiner shows, the 19th century efforts to organize the law in a systematic fashion were largely abandoned by later generations. It is true that there are some exceptions: the *American Law Institute's Restatements* (since 1923) have put the case law in some areas into a fairly systematic order; many statutes (such as the *Uniform Commercial Code*) have a roughly logical structure; and standard treatises often present the law on a particular topic in a more or less ordered fashion. In general, however, efforts to maintain a systematic order in American law have been few and far between.

Even in the age of statutes, American law largely continues to operate in a common law *style*. Many statutes are piecemeal, ad hoc, and ex post, reactions to particular problems. Legislation is not fit into an overall system and thus poorly coordinated or outright incoherent. The multitude of individual states legislate as they please and with little or no regard to their neighbors. State and federal laws do not necessarily go in sync and sometimes simply contradict each other. And since legislation does not employ a consistent and uniform terminology, the same words may have vastly different meanings. Thus, much like late 19th century English common law, American legislation today remains a »chaos with a full index«. ⁴

At the end of the day, the United States fails to provide a »government of laws« in the founding fathers' sense not because of too little legislation and too much common law. It fails because even the law that governs people's daily lives – their home ownership or lease, their marriage and employment, their consumer transactions and travel, their insurance and taxes, not to mention their procedural rights and remedies – is often so complex, uncoordinated, and chaotic that it remains inaccessible and incomprehensible without consulting a specialized lawyer.



4 THOMAS ERSKINE HOLLAND, *Essays upon the Form of Law*, London 1870, 171. The index consists largely of electronic search engines.

Paolo Becchi

Was ist uns Thibaut?*

Ein Sammelband zur Würdigung von Thibaut, der Ergebnis der 2014 im Heidelberger Internationalen Wissenschaftsforum stattgefundenen Tagung zum 200. Jubiläum des berühmten Kodifikationsstreits ist, konnte nur Hans Hattenhauer gewidmet sein. Denn ihm gebührt das Verdienst, vor etwa einem halben Jahrhundert die Texte des Streits zusammen mit anderem einschlägigem Material neu herausgegeben zu haben. Im Übrigen ist die Wiederentdeckung von Thibaut gerade auf Hans Hattenhauer zurückzuführen, und so ist es kein Zufall, dass einer seiner Schüler, Rainer Polley, die ausführlichste Forschung über diesen bedeutenden Juristen veröffentlicht hat.

Der hier zu rezensierende Band ist wichtig, weil man nach den Untersuchungen von Dörte Kaufmann und Antonio Pau die Notwendigkeit einer Veröffentlichung spürte, welche die essenziellen Aspekte der vielschichtigen Persönlichkeit Thibauts ausloten sollte. Eine ausführliche Besprechung der neunzehn Beiträge dieses Bandes würde den begrenzten Rahmen einer Rezension sprengen, so dass es angebracht scheint, eine Auswahl zu treffen und sich nur auf jene Aufsätze zu beschränken, die – direkt oder indirekt – vornehmlich dem Thema der Kodifikation gewidmet sind. Einzige Ausnahme: der Beitrag von Johann Braun, der ein heutzutage aus ethischer Sicht noch heikles Thema behandelt. Die übrigen Beiträge können hier nur in aller Kürze erwähnt werden: Zunächst sei auf die Aufsätze zu dogmatischen Aspekten hingewiesen, wie z. B. den von Christian Hattenhauer über die natürliche Person, den von Christoph Becker über Verkauf und den von Christian Baldus über Besitz und Eigentum. Von großem Interesse sind darüber hinaus auch alle Beiträge, die sich mit Thibauts internationaler Rezeption beschäftigen: in Frankreich (Götz Schulze schreibt über Thibauts Verhältnis zum französischen Recht und Jean-François Gerkens über die problematische Rezeption in Belgien und Frankreich), in Italien (Mario Varvaro), in Spanien (Francisco Javier An-

drés Santos) und in Russland (Martin Avenarius). Auch spezifische Beiträge fehlen nicht, wie der von Rainer Polley, der weit mehr als nur das Urteil von Thibauts Lehrstuhlnachfolgern präsentiert, der von Dörte Kaufmann, die einen Aspekt ihrer früheren Monographie vertieft und zwar Thibauts Rolle als Vertreter der Universität im Badischen Landtag, sowie Nicolaus Cramers ausführliches Verzeichnis der Vorlesungsmit- und -nachschriften und schließlich Harald Pfeiffers Aufsatz zum Einfluss der Musik auf Thibauts Werk. Alle diese Essays tragen dazu bei, ein umfassendes Bild von der Persönlichkeit und der Größe des Bürgers und Gelehrten Thibaut zu zeichnen, dessen Bedeutung die Anhänger der Historischen Schule stets zu schmälern versucht hatten.

Betrachten wir nun aber den Beitrag von Johann Braun näher, der Thibauts Haltung gegenüber der Berufung jüdischer Rechtsgelehrter an Universitäten untersucht. Es soll hier nicht auf die genaue Rekonstruktion aller Einzelfälle eingegangen werden. Ein Fall kann für alle stehen und dabei handelt es sich vielleicht um den bekanntesten, wenigstens unter Philosophen: Die Rede ist von Hegels Schüler Eduard Gans. Er studierte und promovierte 1819 in Heidelberg, aber erst nachdem er sich taufen ließ, wurde er 1825 in Berlin als Extraordinarius ernannt. Trotz des Emanzipationsediktes von 1812 durfte er dennoch als Jude keine akademische Laufbahn eingehen. Heutzutage würde man das kurzerhand als Antisemitismus und Rassismus verurteilen, und tatsächlich überrascht es, dass Savigny gegen die Aufnahme von Gans als Professor an die Juristische Fakultät war und zwar wegen seiner jüdischen Abstammung. Allerdings stimmt es einen nachdenklich, dass auch Thibaut sich gegenüber Zimmer entsprechend verhalten hatte. Daraus entnimmt man, dass man damals Christ sein sollte, um Jura an einer deutschen Universität lehren zu dürfen. In unserer heutigen demokratischen Gesellschaft, welche die Religionsfreiheit anerkennt, wäre dies inakzeptabel. Braun

* CHRISTIAN HATTENHAUER et al. (Hg.),
A. F. J. Thibaut (1772–1840).
Bürger und Gelehrter, Tübingen:
Mohr Siebeck 2017, 385 S.,
ISBN 978-3-16-154996-0

hebt aber zu Recht einen Punkt hervor, der nicht vernachlässigt werden darf: die »doppelte Loyalität«, d. h. gegenüber der eigenen Religion (der jüdischen) und all dem, was sie vorschreibt, und gegenüber einer Religion von Bürgern, die einem Staat angehören, der sich auf anderen Prinzipien gründet (im Wesentlichen Christen). Dies erlaubt uns eine historische Kontextualisierung des Problems. Aber Brauns aktualisierender Schluss wirkt befremdend, weil er doch unterstellt, dass solche Positionen heute noch gelten könnten. Kann diese »doppelte Loyalität« heute noch zu Problemen führen, bestehen diese bestimmt nicht darin, dass man Katholik, Protestant, Jude oder Muslim ist, sondern dass man allgemeinverbindliche Prinzipien nicht respektiert, wie z. B. die Achtung der Menschenwürde. Aktualisierende Lektüren sind aus philosophischer Sicht interessant, gleichzeitig aber auch riskant.

Kommen wir nun endlich zu den Aufsätzen, die am meisten dazu beitragen, uns ein Bild von dem Juristen Thibaut in seiner Zeit zu vermitteln. Während Gerhard Lingelbach Thibauts Jahre in Jena unter die Lupe nimmt, konzentriert sich Klaus-Peter Schroeder auf die späteren Heidelberger Jahre. In Jena erarbeitete Thibaut sein wichtigstes juristisches Werk: das *System des Pandekten-Rechts*, das 1803 veröffentlicht und mehrmals, mit verschiedenen Änderungen, nachgedruckt wurde. Mit diesem Werk führte Thibaut die Gattung Lehrbücher zum Pandektenrecht in Deutschland ein, die während des gesamten Jahrhunderts sehr erfolgreich war. In Frankreich lehrte man den Code Napoléon, in Deutschland das »gegenwärtige Römische Recht« und das konnte nichts anderes als das »Pandektenrecht« sein. Gewöhnlich wird der »*Usus modernus pandectarum*« auf die Historische Schule zurückgeführt, weil sich Deutschland durchgehend bis zur Einführung des BGB gerade auf diesen Usus stützte. Die Juristen der Historischen Schule benutzten in ihrer Rekonstruktion der römischen Rechtsinstitute eine systematische Methode, wobei sie begriffliche Abstraktionen vornahmen. Diese Methode bestand für Savigny in der Erkennung einer dem Recht immanenten »organischen Verknüpfung«, für Puchta wird es sich um eine »logische Verknüpfung« handeln. Dies ist alles schon bekannt, doch ist es interessant festzustellen, dass *auch* bei Thibaut ein systematisches Bedürfnis vorhanden ist, das jedoch anders als dasjenige ist, das sich mit der Historischen Schule durchsetzt. Grundlage dieses Unterschieds

ist ein anderer Begriff von Rechtswissenschaft, aber leider findet man in Lingelbachs Beitrag keine Spur von diesen Aspekten.

Schroeders Beitrag, der den Band eröffnet, hat einen eher biographischen Ansatz. Ausführlich rekonstruiert werden hier die Beziehungen zwischen Thibaut, Heise und Martin, die das »Juristische Triumvirat« entstehen ließen, welches später für die Neugestaltung der juristischen Studien in Heidelberg und Thibauts Wirken als Professor bedeutend wurde. In dieser genauen Rekonstruktion von Thibauts Persönlichkeit konnte jedoch eine Erwähnung des berühmten Kodifikationsstreits nicht fehlen, der von Hans-Peter Haferkamp gründlicher analysiert wird. Schroeder hat sehr gut das Wesentliche der Auseinandersetzung begriffen: Das Ziel einer nationalen Rechtsordnung sollte für Thibaut durch die Gesetzgebung erfolgen, für Savigny dagegen durch die Rechtswissenschaft. In Thibaut lebt noch jener aufklärerische Geist der »Wissenschaft der Gesetzgebung«, um es mit Filangieris Worten zu sagen, den Savigny für vollkommen unangemessen hält. Und da man so zum »klassischen« Thema des Kodifikationsstreits gekommen ist, sollte man nun auf Hans-Peter Haferkamps Beitrag eingehen, der gerade der Beziehung zwischen Thibaut und der Historischen Schule gewidmet ist. Sein grundlegendes Argument ist, dass es sich um einen Streit »über die Leistungsfähigkeit einer Wissenschaft vom Römischen Recht« handele (60). Dieser Streit sei schon vor dem eigentlichen Kodifikationsstreit in der unterschiedlichen theoretischen Entwicklung der zwei Wissenschaftler nachweisbar. Nun hatten Thibaut und Savigny – wie schon unterstrichen wurde – zweifelsohne zwei ungleiche Auffassungen von Rechtswissenschaft und dies implizierte sicher auch ein unterschiedliches Verständnis des römischen Rechts. Aber eine solche Erklärung fände ich zu dürftig. Der grundsätzliche Unterschied lag vor allem in der Art, das Recht aufzufassen. Savigny begreift das Recht nie als gesetzt, sondern als Ergebnis einer spontanen Entwicklung, die vom Stand der Juristen geleitet werden soll. Das Recht ist nicht etwas Gesetztes, vom Gesetz Festgelegtes. Im Unterschied dazu sind für Thibaut die Begriffe des Rechts und der Gesetzgebung grundlegend. Der ganze Sinn des Streits liegt in der unterschiedlichen Hingabe, die der eine der Gesetzgebung und der andere der Rechtswissenschaft widmet. Die wichtigste Rechtsquelle überhaupt ist für Savigny die Rechtswissenschaft, für

Thibaut dagegen die Gesetzgebung. Thibaut hat den gesetzlichen Staat im Sinn, in dem die gesetzgebende Gewalt herrscht. Savigny steht dagegen als der erste große Kritiker dieses Modells da. Diese Interpretation des Streits mag sicher nicht neu sein, aber meines Erachtens ging es bei der Kontroverse im Wesentlichen immer um die Art, wie man das Recht aufzufassen hatte. Wie für die *École de l'Exégèse* gibt es auch für Thibaut keinen Unterschied zwischen Recht und Gesetz. Savignys Denkweise entspricht genau dem Gegenteil. Daher die Auseinandersetzung über die Kodifikation, die dann zwangsläufig politische Züge annahm. Aus diesem Grund scheint mir Stephan Meders Versuch, die Theorie der Interpretation Thibauts als eine Theorie »zwischen freier Rechtsfindung und gesetzestreuer Rechtsanwendung« darzustellen, wenn auch lobenswert, nicht sehr überzeugend. Die Grundlage, um Thibaut als »Vorreiter einer modernen Hermeneutik« (129) zu präsentieren, scheint unzureichend. Im Buch *Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts* kann man Hinweise zu einer »extensiven Auslegung« als »wahren Akt der gesetzgebenden Gewalt« finden, jedoch versucht Thibaut weiterhin, die Notwendigkeit einer authentischen Interpretation für sich zu beteuern, und kritisiert Augustin von Leyser, der das Gegenteil behauptet, wie selbst Meder ehrlicherweise zugibt (140). Auch im Hinblick auf die Auslegung ist der Gegensatz zu Savigny beträchtlich. Diesbezüglich sei es mir hier erlaubt, einen Aspekt hervorzuheben. Gerade als Vertreter der Kodifikation sieht Thibaut für den Richter eine untergeordnete Rolle im Vergleich zu der des Gesetzgebers vor. Savigny strebt dagegen mit seiner Rechtsfortbildungslehre danach, Richter politischen Entscheidungen zu unterziehen, die nicht

vom Gesetzgeber, sondern vom akademischen Juristenstand getroffen wurden. Bei Thibaut bleibt der Richter also dem Gesetzgeber und bei Savigny der Auslegung der Rechtslehre untergeordnet. Savigny übergibt die Auslegung und im Allgemeinen die Ermittlung des objektiven Rechts an einen ideologisch geprägten Stand von Rechtsakademikern, die den Auftrag hatten, die Richter zu unterweisen und letzten Endes zu neutralisieren, da sie Staatsbeamte waren. Das Recht der Juristen zählte und hatte immer mehr Geltung im Vergleich zum neuen Gesetzgebungsrecht. Das Fortbestehen der Rechtsordnung wurde von den Juristen gewährleistet, notfalls auch gegen die anderen Staatsgewalten. Es besteht kein Zweifel daran, dass diejenigen, die wie Thibaut das Gesetzbuch befürworteten, eine entgegengesetzte Meinung vertraten. Deswegen ist der Beitrag von Andreas Deutsch überraschend. Ihm zufolge habe nämlich das neue Gesetzbuch nicht an der Tatsache gerüttelt, dass auch Thibaut im Grunde genommen die Juristen den Gesetzbüchern vorzog (155). Savigny hatte Thibauts entgegengesetzten Standpunkt perfekt verstanden, und Deutsch behauptet, Savigny liege falsch. Da scheint mir Deutsch zu irren.

Was ist uns Thibaut? Wie ich schon vor längerer Zeit zu zeigen versucht habe und zwar mit Forschungen, die das Interesse Hans Hattenhauers erweckt hatten (*Ideologie della codificazione in Germania*), kann nach Thibaut ein demokratisches System auf die entscheidende Rolle des Gesetzgebers nicht verzichten. Würde man nämlich den Juristen die ganze Macht geben, so käme dies einer Unterordnung der Völker unter die Eliten gleich, wie man heutzutage sagen würde.

■

Adriane Sanctis de Brito

In the Name of Civilisation*

In his recently published *Le droit international antiesclavagiste des «nations civilisées»*, Michel Erpelding offers an important contribution to international legal history. The book explores a series of legal mechanisms that, in formalising anti-slavery, also enabled the resignification of asymmetrical and exploitative labour relations under the liberal goal of civilisation.

The publication, resulting from Erpelding's doctoral thesis, depicts the dynamic identified by the author as the »crystallisation« (Part I, divided into Title I and II) and »fragilisation« (Part II, divided into Title I and II) of the anti-slavery international law of »civilised nations«. Erpelding does not search for the term »civilisation« within legal texts; he rather seeks to understand the »structuring influence of the idea of »civilisation« on the practices of international repression of slavery in the 19th century and during the first half of the 20th century« (original in French, 21; *all translations by the reviewer*). To that end, his first significant choice was to examine »anti-slavery international law« not only in the part of international law designed to fight the slave trade and slavery, but also in the international regulation of forced labour. This wide-reaching approach exposes the paradoxes of a legal framework born from the liberal rejection of the indignities of slavery and later deployed to justify colonialism. And while warfare and peacetime regulations are not usually analysed alongside, the author's second relevant choice was to consciously stray from the tradition of separating their legal histories. In doing so, Erpelding convincingly shows there was a significant continuity, throughout peace and war, in the opposition to slavery under a »civilised states« mindset.

Part I, Title I describes the universalisation of anti-slavery law in the 19th century and traces how opposition to slavery became a hallmark for the idea of civilisation. Britain, and later other European powers, included the abolition of the slave

trade in the conditions for recognising states. The suppression of the slave trade was formalised in domestic law and in (mostly bilateral) treaties. According to Erpelding, in implementing that legal framework, the treatment of captives (their material living conditions) was progressively adopted as an interpretative criterion for identifying the slave trade. Some treaties increasingly included the prohibition of domestic slavery, and this was followed by a growing delegitimisation of the legal obligation to return fugitive slaves.

Part I, Title II outlines the emergence of key legal understandings of slavery and forced labour by the end of the 19th century, when anti-slavery gained centrality in international law in the hierarchy between civilised and non-civilised states, as reflected in the General Act of the Berlin Conference (1885) and the Brussels Conference Act (1890). This was also a time of further expansion of European colonialism and territorial domination; actions taken under the project of civilising »barbarous« states were normalised through the appearance of mere collaborations for the perceived natural course of history.

Part II starts by discussing, in Title I, the process of the preparation and formalisation of the legal framework of the League of Nations Convention on Slavery of 1926 and the ILO Convention No. 29 of 1930. Combined, the resulting documents reveal the lengths the Western powers went to avoid addressing the links between slavery and forced labour. Erpelding highlights that the documents also consolidated two general images born in the previous century in a *summa divisio* of slavery and forced labour: on the one hand, the image of slavery as resulting from a constraint of a private origin and strictly linked to uncivilised and colonial contexts; on the other, forced labour as allowed if resulting from a constraint by the sovereign power, according to public interests.

The final moments of the erosion of the anti-slavery international law of the »civilised nations«

* MICHEL ERPELDING, *Le droit international antiesclavagiste des «nations civilisées»*, Paris: Universitaire Varenne / LGDJ 2017, 952 p., ISBN 978-2-37032-140-4

are recounted in Part II, Title II. Erpelding stresses that the anti-slavery legal framework was subject to very different and harsher interpretations when non-Western peoples were concerned. Meanwhile, only minor limitations were put on forced labour, and even so those were not observed in places under the Western powers' domination. Measures against slavery (to be »progressively« abolished, under the treaties) varied significantly among colonies, protectorates and diplomatic protectorates. Simultaneously, the period saw the progressive decay of the principle of freedom of work in the domestic law of Western powers, which Erpelding argues culminated in the inhumane practices of the Second World War, leading to the end of the anti-slavery international law of »civilised nations«.

That final moment of historical rupture identified by Erpelding deserves some attention for the light it sheds on the book's main point: the practices of slavery and forced labour during the Second World War were responsible for leaving the terms of the liberal abolitionist ideas (through the formal legal categories of the *summa divisio*) in open contradiction. The Second World War was not the first event mentioned in the book that threatened these notions: in the case of the forced labour in the Congo Free State under Leopold II of Belgium or of the German deportations of civilians for forced labour during the First World War, the links with slavery and the slave trade had been spotted by Europeans, but were not seen as posing a fundamental challenge to the legal compartmentalisation of slavery and forced labour. Erpelding maintains that the regulatory framework renounced the *summa divisio* only after the atrocities of the Second World War. The discourse in Nazi Germany had broken with the »civilising mission« by adopting the ideology of »racial superiority« as legitimising collective enslavement. With that, the idea of the private origin of slavery had also been shattered.

Another fundamental point of the book is that, if the phrase »civilised nations« was considered obsolete by some authors already before 1945, after that year it disappeared from doctrinal writings completely. According to Erpelding, this reflected a new balance of power, a change from the idea of »civilisation« to that of »Western values«. Within that new paradigm, material working conditions would assume a central position under anti-slavery international law with its new foundation on human rights. Erpelding points to major legal texts

such as the Nuremberg Statute, under which deportation for forced labour of civilian populations from occupied territories was made a war crime, and enslavement of civilians was considered a crime against humanity; the Declaration of Philadelphia of 1944, which affirmed the principle of non-discrimination for the freedom of work, leaving no doubt that it applied to colonised peoples; and the Universal Declaration of Human Rights of 1948, which adopted a global reading of slavery and slave trade, proscribing it in »all its forms«.

The book does add to the most recent research by Jean Allain, Suzanne Miers and Joel Quirk – as anticipated in its introduction. Those works address, on different levels, the anti-slavery international normative history, yet Erpelding brings more complexity to their accounts by taking one step further into the origins and development of the legal conceptions of slavery and forced labour as intertwined in the idea of civilisation, and also by linking it to European domestic legal developments.

However, despite the book's broad and ambitious timeframe and scope, it should not be sought as an exhaustive compendium on anti-slavery law, particularly because one will not find much about the actual interpretative and argumentative implementation of international law or the derivative regulation of anti-slavery. Episodes of their employment are only leveraged as evidence of the variety of particular trends in legal developments related to key treaties, which are the true centre of the book.

The appendix provides a selection of such significant documents out of the 473 analysed by Erpelding. Making them available in this way is by itself an invaluable service to the field, by increasing the accessibility of primary material otherwise spread in physical and digital archives behind a number of practical boundaries and paywalls. Those materials make it easier to follow the book's legal analyses and help readers (including non-lawyers) bridge the gap to the technicalities of international legal design and conception.

The author makes a point of stressing that the primary documents on which his study is based include not only agreements between Western powers, but also their treaties with non-European political entities. This definitely contributes to a much richer approach to a topic inextricably intertwined with inequality and economic exploitation. Yet the European (or Western powers') perspective

in the design of international law as well as in its interpretation remains the central point of the book, around which references to the »others« gravitate. For that reason, the book does not rule out the need for further inquiries into the actual dialogical and asymmetrical employment of those mechanisms to convey a more accurate description of the international practices for the suppression of

slavery. Modes of resistance and appropriation by the »non-civilised« not only are constituent of that practice but could also challenge some of the book's findings regarding the history of the anti-slavery international law of (and by) the »civilised states«.



Matthias Schwaibold

Vorgebliche Antworten auf eine falsche Frage*

Die Berner Dissertation weist 160 nummerierte Seiten auf, von denen einige (7) leer und andere (11) mit nur ganz wenigen Zeilen bedruckt sind. Macht mit weiteren, höchstens hälftig gefüllten Seiten noch 140 Seiten Text.

Von diesem Text sind vieles Zitate, die meisten aus Werken von Bluntschli und Huber, aber auch viele von ihren Zeitgenossen, wobei Bluntschli und Autoren »vor« Huber doch deutlich überwiegen. Wyss hangelt sich also von Zitat zu Zitat. Das ist als Konstruktionsidee an sich gar nicht so schlecht. Die Autoren schrieben indessen weder lateinisch noch altgriechisch, auch nicht mittelhochdeutsch, sondern gepflegtes Deutsch des 19. bzw. beginnenden 20. Jahrhunderts. Eine Sprache also, die jeder heutige Leser zu mindestens 99% problemlos noch versteht, auch dann, wenn sie nicht immer der aktuellen Duden-Rechtschreibung entspricht. Kein einziges fremdsprachiges Zitat wird angeführt. Was macht Wyss? Er präsentiert diese Zitate, um sie danach jedes Mal in eigenen Worten zu wiederholen. Das ist nicht nur unnötig und ohne Informationswert, sondern auf Dauer ziemlich nerventötend. Man liest alles

doppelt, und meist ist die nachgelieferte Fassung von Wyss nicht nur umfangreicher, sondern vor allem umständlicher. Der Nettotext des Verfassers, also eigene Darlegung, die nicht aus Zitaten und ihrer Paraphrasierung besteht, dürfte damit deutlich unter 100 Seiten sein.

Ebenfalls wenig nachvollziehbar die vielen »sic« in den Zitaten, mit denen wahlweise eine aus heutiger Sicht allenfalls seltsame Rechtschreibung, eine in der Tat ungewöhnliche Formulierung oder eine zwar völlig korrekte, wenn auch etwas anspruchsvollere Ausdrucksweise angemerkt wird, als handele es sich um Fehler. Dass der Verfasser selbst ganz überwiegend nur einfachste Hauptsätze schreibt, höchst selten noch um einen kleinen Nebensatz ergänzt, macht die Lektüre seines Textes zusätzlich anstrengend.

Die Titelfrage zielt auf zwei schweizerische Gesetzesredaktoren, von denen der eine – Johann Caspar Bluntschli – in seiner ersten Heimat, Zürich, vor allem als Verfasser des Privatrechtlichen Gesetzbuches (PGZ) bekannt ist. Das ist die kantonale Kodifikation des Privatrechts, die im Zuge der hinreichend bekannten, nach-napoleonischen

* DANIEL ARNE WYSS, Wie viel Bluntschli steckt in Huber? Ein Vergleich der allgemeinen Grundsätze des Erbrechts bei Johann Caspar Bluntschli und Eugen Huber (Europäische Rechts- und Regionalgeschichte 22), Zürich/St. Gallen: Dike 2018, XXVI + 160 S., ISBN 978-3-03891-041-1 (Diss.)

Kodifikationsbewegung auch die Schweiz Mitte des 19. Jahrhunderts erreicht hatte. Erst deutlich später, nach jeweils entsprechenden Verfassungsänderungen, konnte etappenweise eine bundeseinheitliche Zivilrechtsordnung geschaffen werden. Deren Schlusspunkt setzte das Zivilgesetzbuch (ZGB) von 1907, das 1912 in Kraft trat. Dessen Redaktor war eben Eugen Huber, und sein Werk entstand rund 50 Jahre nach dem des Zürchers Bluntschli.

Unter den kantonalen Kodifikationen genoss das Zürcher Gesetzbuch hohes Ansehen. Und schon mancher Zeitgenosse der eidgenössischen Kodifikation sah in Bluntschlis Werk einen Vorläufer, ein Vorbild, ja eine notwendige Bedingung für Hubers Gesetz. So dass die Frage, wieviel der Jüngere dem Älteren verdanke, oder wieviel vom früheren im späteren Werk enthalten sei, durchaus nicht ohne grundsätzliche Berechtigung ist. Die Titelfrage darf man also als Forschungsfrage sehr wohl stellen. Aber schon mit dem Untertitel wird die Tragweite der Antwort eingeschränkt, und ist es noch viel mehr, wenn sie so ausfällt, wie sie uns präsentiert wird.

Wyss beginnt mit der Zusammenfassung (anderthalb Seiten, XXV/XXVI). Diese schliesst mit der Feststellung, dass die pauschale Annahme, Bluntschli bzw. das Zürcherische Privatrechtliche Gesetzbuch (PGZ) seien das zentrale Vorbild für Huber bzw. das bundeseinheitliche Zivilgesetzbuch (ZGB) gewesen, jedenfalls für das Erbrecht nicht zutrefte. Womit zugleich gesagt ist: Die Untersuchung lässt damit alle anderen Teilgebiete des Privatrechts weg.

Das Buch gliedert sich in sieben Abschnitte: Die Einleitung (1–8), die Darstellung der »zentralen Werke« (11–27), den ersten Teil über die »Legitimität des Erbrechts« (29–53), den zweiten über die »Gestaltung der gesetzlichen Erbfolge« (55–93), den dritten über die »Legitimität der gewillkürten Erbfolge« (95–107), den vierten sodann über die »Erbrechtliche Stellung des Staates« (109–149) sowie die »Schlussbetrachtung« (151–159).

In seiner Einleitung beschreibt Wyss die Ausgangslage – also jene Fragestellung, wie weit das ältere PGZ das ZGB beeinflusst habe (1–4). Die überwiegenden, zumeist inzwischen doch eher bejahrten Lehrmeinungen bejahen eine solche Vorbildfunktion. Das Ziel seiner eigenen Arbeit besteht laut Wyss darin, der Fragestellung anhand des Rechtsverständnisses bzw. der Rechtsansichten von Bluntschli und Huber, beschränkt auf das

Erbrecht, nachzugehen (5–7). Die erhebliche Einschränkung des Untersuchungsbereiches auf ein Teilgebiet (eben das Erbrecht) erfährt zugleich eine Ausdehnung auf ein sehr viel allgemeineres und deshalb auch nicht genau begrenztes Gebiet, nämlich das »Rechtsverständnis« der beiden Protagonisten. Daraufhin präsentiert Wyss den Stand der Forschung (8/9), die die von Wyss behandelte Frage gerade nicht beantwortet hat: Zum Verhältnis von Bluntschli und Huber, von PGZ und ZGB gibt es zwar einige allgemeinere Literatur, aber keine zum Erbrecht.

Auf S. 11 wird eine zuvor lediglich angedeutete klare Programmänderung formuliert: Die Kernfrage könne nicht durch den Vergleich der Gesetzestexte – also von PGZ und ZGB – beantwortet werden, sondern durch die Schriften ausserhalb des Redaktionsprozesses, sprich die Schriften Bluntschlis und Hubers zum Erbrecht. Damit blendet der Autor natürlich die folgende Überlegung aus: Aus gemeinschaftlichen »Rechtsüberzeugungen« können sehr wohl nicht deckungsgleiche Gesetzesbestimmungen abgeleitet werden, gleichwie trotz unterschiedlicher »Rechtsansichten« übereinstimmende Normen formuliert werden können. Mit anderen Worten ist aus einer Herausarbeitung von Auffassungsunterschieden noch lange nicht belegt, dass nichts, wenig oder nur Unwichtiges vom älteren Gesetz im jüngeren steckt, zumal letztlich Vergleichsobjekt der jeweils redigierte Gesetzestext bleiben muss und nicht durch die »Ideologie«, die dahinter stand, ersetzt werden kann. Dass zwischen den »Lehrmeinungen« von Gesetzesredaktoren und endgültigen Gesetzestexten dann durchaus erhebliche Differenzen bestehen, belegt Wyss im Verlaufe seiner Arbeit dann auch noch (z.B. 138 oder 140), ohne allerdings deshalb seine Konstruktionsthese zu hinterfragen.

Sodann skizziert Wyss den Lebenslauf von Bluntschli, im Besonderen seine Arbeiten zum PGZ und gewisse literarische Arbeiten (13–25). Diese Biografie ist in ihrer totalen Verkürzung (keine Silbe zu Bluntschlis »deutscher« Karriere in Heidelberg und im Badischen Parlament) höchst unbefriedigend: Die grundsätzliche Beschränkung auf »Erbrechtliches« stellt keinen hinreichenden Grund dar, alles andere einfach wegzulassen.

Noch weniger vermag deshalb der extrem kurze Abschnitt zu Leben und Werk von Eugen Huber zu überzeugen (26–28): Auch wenn man von Wyss

nicht verlangen kann und erwartet, dass er eine ausführliche Würdigung seines zweiten Protagonisten liefert, sind diese zwei Seiten und vier Zeilen sogar in Hinsicht auf das beschränkte Thema ganz und gar ungenügend.

Ab S. 29 schildert Wyss die Diskussionen über das Erbrecht (bzw. die Forderungen nach dessen Abschaffung), welche sich ab Ende des 18. Jahrhunderts bis weit ins 19. Jahrhundert hinein erstreckten. Zu Recht unterstreicht Wyss den Zusammenhang mit dem, was als die »Soziale Frage« abgekürzt wird. Bluntschlis eigene Haltung (35–49) dazu wird im Wesentlichen aus zwei Schriften seines Spätwerks zum Erbrecht und einer früheren, klar antikommunistisch ausgerichteten Schrift aus den Zeiten seiner politischen Aktivitäten in Zürich belegt. Alle drei haben, bei Lichte besehen, nichts mit dem PGZ zu tun.

Dass Eugen Huber schon früher über diese Sichtweise hinausgekommen war, erstaunt niemanden; seine Begründung des Erbrechts (50–52) steht vor allem im Zusammenhang mit der Unterstützungspflicht der Familie. Das auf lediglich zwei Seiten darzustellen ist angesichts des Umfangs, der den (schon zu ihrem Erscheinungzeitpunkt überholten) Ansichten Bluntschlis gewidmet wird, auch nicht gerade einleuchtend.

Auf S. 53 f. kommt Wyss zum ersten, sogenannten »allgemeinen Grundsatz des Erbrechts«. Diese Grundsätze sind das eigentlich Originelle dieser Arbeit, denn Wyss unternimmt es in der Folge, neun weitere aus den Werken von Huber und Bluntschli herauszudestillieren. Der erste Grundsatz lautet nämlich, dass sowohl Bluntschli wie Huber das Erbrecht als Mittel des Übergangs des Vermögens des Erblassers in die Hände seiner Erben sehen, womit zugleich die Herrenlosigkeit des Nachlasses vermieden wird. Das haut jedenfalls den Rezensenten nicht vom Stuhl.

Ab S. 55 geht es um die Gestaltung der gesetzlichen Erbfolge. Das Problem liegt darin, wie weit das Verwandtenerbrecht gehen soll und ob und ab wann das Gemeinwesen erben soll. Was Bluntschli in seinen späten Jahren über das Verhältnis von gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge und über den Einfluss des römischen Rechts gedacht und geschrieben hat, ist ehrlicherweise von geringer Bedeutung – das PGZ war längst in Kraft und sah seiner ersten, grundlegenden Reform entgegen, und gleichzeitig gewann auf eidgenössischer Ebene der Kodifikationsgedanke an Boden. Entsprechend ist die Schilderung der Parentelenord-

nung sowie der Diskussionen um die Gleichheit bzw. Ungleichheit der Erbberechtigung von Söhnen und Töchtern zwar durchaus interessant, aber lediglich von antiquarischem Wert: Wie Wyss selbst belegt, haben sich bei der Ausarbeitung des PGZ viele und einander widersprechende Meinungen ergeben, die dann irgendwie ausgemittelt wurden. Und dass die gesetzliche Regelung an der etablierten Parentelenordnung anknüpfte und sich die doppelte Frage stellte, wie der überlebende Ehegatte – der ja ausserhalb dieser Ordnung steht – beteiligt sein würde und ob es eine Beschränkung des Kreises der qua Abstammung berechtigten Erben geben solle, war auch entschieden.

Es erstaunt auch nicht, dass Bluntschlis Familienbild (71 ff.) sodann von einem Vorrang des Ehemannes auch in vermögensrechtlicher Hinsicht geprägt war: Die Emanzipation zumal der verheirateten Frau lag zu seinen Lebzeiten noch in weiter Ferne und wurde nicht einmal vom ZGB erreicht (wenn auch erheblich befördert).

Weit interessanter ist der Abschnitt über das Sondererbrecht (75–79): Nach Bluntschlis Ansicht, die Eingang ins PGZ fand, sollten Bauern, Adel und Fabrikbesitzer davor bewahrt werden, dass ihr wesentliches Eigentum durch gleichmässige Teilung unter die Kinder zersplittert werde. Der gelegentliche Hinweis auf Bluntschlis Herkunft aus begüterten Verhältnissen, weshalb er von den Bauern und ihren Lebensumständen vermutlich wenig verstand (z. B. 93 f.), wäre einer kritischen Vertiefung würdig gewesen.

Im entsprechenden Abschnitt über die gesetzliche Erbfolge bei Eugen Huber (80 ff.) finden sich selbstverständlich Auffassungen, die moderner sind als die Bluntschlis. Versteckt ist dort auch ein Hinweis darauf, wie Huber (in seinen Vorbereitungen zum ZGB) begründete, dass man nicht einfach das PGZ übernehmen und allenfalls da und dort revidieren könne (88).

Ab S. 95 ff. geht es im dritten Teil um das Verhältnis von gesetzlicher zu gewillkürter Erbfolge, und damit im Wesentlichen um die (alte) Streitfrage zwischen verfügbarer Quote, Testierfreiheit und Pflichtteilen bzw. »Verfangenschaft« eines Nachlasses. Dass Bluntschlis »germanistisch« geprägte Auffassungen sich in höheren Pflichtteilen des PGZ niederschlugen, ist nicht weiter erstaunlich, hat sich doch die auf das römische Recht zurückgeführte (»völlige«) Testierfreiheit nicht einmal bis heute durchgesetzt; das ZGB änderte nichts am Prinzip, aber begrenzte sowohl den Kreis der

Pflichtteilsberechtigten wie deren jeweilige Quoten, erweitere somit (vorsichtig) die Verfügungsfreiheit des Erblassers. Bekanntlich konnte das ZGB nur über einen Kompromiss in dieser Frage (nämlich bezüglich des Pflichtteilsrechts der Geschwister und ihrer Nachkommen) erfolgreich durch den Gesetzgebungsprozess geschleust werden. Bei Wyss entstehen daraus der sechste und siebte allgemeine Grundsatz des Erbrechts – dass zwar der Freiheit des Erblassers Rechnung zu tragen sei, aber dabei die Bedürfnisse der Familie nicht zu kurz kommen dürften; insbesondere müsse ein Missbrauch der Testierfreiheit verhindert werden. Ob man nun das Pflichtteilsrecht bzw. das (unbegrenzte) Erbrecht der Verwandten als Ausfluss der Unterstützungspflichten oder als Fortsetzung des Familienrechts sieht, ist zwar von der Ausgangslage her ein Unterschied, das gesetzgeberische Ergebnis war aber – grundsätzlich – in Zürich dasselbe wie 50 Jahre später auf Bundesebene.

Der vierte und letzte Teil handelt vom Erbrecht des Staates (109 ff.). Eine Beteiligung des Gemeinwesens war während des ganzen 19. Jahrhunderts immer wieder nicht nur von kommunistischer bzw. sozialistischer Seite, sondern sehr wohl auch von einem Teil der durchaus bürgerlich orientierten Lehre verlangt worden, um die wachsende Ungleichheit in der Vermögensverteilung zu mildern bzw. die wachsenden Lasten der Armenfürsorge tragen zu können. Insoweit ist das Thema mit dem von Pflichtteilen und Testierfreiheit verknüpft. Dass Bluntschli eine privatrechtliche Erbenstellung des Staates (wenn auch erfolglos) befürwortete, die wirtschaftlich einer Erbschaftsteuer gleichkam, nimmt man mit Interesse zur Kenntnis (117 ff.). Auch Hubers Vorschlag, den Staat als gesetzlichen Erben vorzusehen, scheiterte (144 ff.). In der Sache ging es ohnehin darum, die gesetzliche Erbberechtigung gemäss Parentelensystem irgendwo enden zu lassen und an ihre Stelle das Gemeinwesen zu setzen. Zugleich war auf die Steuerhoheit der Kantone Rücksicht zu nehmen,

so dass das Erbrecht des Staates nicht als versteckte Erbschaftsteuer ausgestaltet werden durfte.

Der Schluss der Arbeit besteht in je zehn allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts bei Bluntschli und Huber, die Wyss formuliert und einander kontrastiert. Das ist aber natürlich eine völlige Mediatisierung: Wir vergleichen Bluntschli und Huber nicht anhand ihrer Texte, schon gar nicht ihrer Gesetzestexte, sondern anhand der von Wyss formulierten Grundsätze, die er aus ihren Schriften destilliert hat. Nicht weiter bemerkenswert ist es also, dass der Vergleich dann Gemeinsamkeiten und Unterschiede ergibt, denn schliesslich handelt es sich bei beiden um Juristen des 19. Jahrhunderts aus der Zeit der Kodifikation und beide stammen aus demselben Land. Es treffen hier nicht wirklich zwei juristische Welten aufeinander, sondern Varianten, die man innerhalb eines grösseren Diskussions- oder auch Entwicklungszusammenhangs sehen muss. Dass Bluntschli nicht das wichtigste Vorbild Hubers in Bezug auf die allgemeinen Fragen des Erbrechts gewesen sei, lässt sich – wenig erstaunlich – auf diese Weise belegen. Die Methode gewinnt nicht an Überzeugungskraft, wenn dann auch gelegentlich noch eingeräumt wird, »Huber schrieb dies nie ausdrücklich« (80). Auch sonst stehen diese »Grundsätze« auf schwankendem Boden, denn Bluntschli hat seine Meinung auch durchaus im Verlaufe der Jahre geändert (vgl. 71 bezüglich der Gleichstellung von Töchtern und Söhnen oder 138 ff. zur Begrenzung des Verwandtenerbrechts) oder blosse »Diskussionsgrundlagen« skizziert (128 f. zum Erbrecht der Heimatgemeinde).

An sich stellt das Buch eine ebenso richtige wie wichtige Frage. Es sucht die Antwort aber in der falschen Richtung und hätte wenigstens die gefundene Antwort schon im Haupttitel liefern sollen. Und selbst wenn man die Hauptfrage im Lichte des Untertitels auf das Erbrecht beschränkt, ist sie doch noch immer nicht abschliessend beantwortet.



Maddalena Burelli

Una dichiarazione di indipendenza dimenticata*

L'opera di Lucrecia Enríquez nasce dalla necessità di definire con chiarezza quando si dichiarò l'indipendenza del Cile, come si realizzò e quale fu la sua originalità rispetto alle altre dichiarazioni di indipendenza ispanoamericane. Tale esigenza è il risultato da una confusione di fondo presente ancora oggi nella memoria storica cilena e relativa a quanto avvenne il 12 febbraio 1818. Tale data, in cui si dichiarò l'indipendenza del Cile, nel corso dei duecento anni che separano da essa, è stata messa in discussione, fino ad essere dimentica come tale e ridimensionata nella sua portata nella storia e nella memoria nazionale, tant'è che il Cile celebra tradizionalmente l'indipendenza il 18 settembre, anniversario della formazione della «Junta Gubernativa del Reino de Chile» nel 1810. L'autrice, invece, chiarisce che il 18 settembre 1810 non ci fu una separazione dalla monarchia e quindi non ci fu indipendenza poiché la giunta di governo si formò in nome del re Ferdinando VII.

Il proposito dell'autrice è pertanto quello di riscattare la data del 12 febbraio 1818, spiegare come avvenne la dichiarazione di indipendenza e indicare le ragioni per cui tale data è stata eliminata dal calendario festivo nazionale, confrontando come fu vissuta dai contemporanei e come la storia la ricordò posteriormente.

Lucrecia Enríquez presenta l'indipendenza non come evento, bensì come sviluppo. Il 12 febbraio 1818 rappresenta il punto di arrivo di un processo che ha inizio a seguito delle abdicazioni di Bayona nel 1808. A fronte della crisi della monarchia spagnola, l'autrice segue il difficile e complesso sviluppo che portò alla dichiarazione di indipendenza nel 1818. A partire dalla bibliografia specializzata a livello iberoamericano più attuale, quale François-Xavier Guerra, José Carlos Chiaramonte, Antonio Annino, José María Portillo Valdés, Marcela Ternavasio, María Teresa Calderón e Clément Thibaud, che segnala nel 1810 la manifestazione della sovranità de «los pueblos» nell'America spa-

gnola come conseguenza dell'acefalia monarchica, l'autrice pone l'accento sul protagonismo delle comunità urbane, «los pueblos», da cui la rilevanza nel titolo del libro, nel processo di indipendenza cilena. Nella storiografia cilena pochi studi hanno approfondito il protagonismo delle città, le manifestazioni della loro sovranità dal 1810 e le loro implicazioni nello sviluppo del processo che culminò con la dichiarazione di indipendenza, alcune eccezioni sono rappresentate dai lavori di Gabriel Salazar, Armando Cartes e Gabriel Cid. Seguendo la linea storiografica aperta da questi autori, Lucrecia Enríquez analizza la relazione sovrana tra la Giunta di Governo di Santiago e quella Provinciale di Concepción, formatesi in nome di Fernando VII, con i capitoli cittadini e i loro abitanti, evidenziando che il fondamento di legittimazione delle prime derivava dai secondi, da cui la necessità della loro adesione e riconoscimento.

Attraverso il protagonismo delle comunità urbane, viene pertanto messo in evidenza come il processo di indipendenza non fu il risultato di un solo uomo, come spesso si sostiene nel caso di Bernardo O'Higgins, e neppure della manifestazione nazionale. È solo nel momento delle indipendenze che la sovranità plurale de «los pueblos» si incorpora in una sola di carattere nazionale, in un processo che appare differente e originale in ogni luogo dell'America spagnola.

L'autrice tiene sempre presente le altre realtà americane, rispetto alle quali pone in luce le caratteristiche proprie e distintive del processo di indipendenza del Cile. Attraverso la documentazione conservata nell'Archivo Nacional de Chile, Enríquez mette in evidenza l'originalità dell'atto di indipendenza del Cile che avvenne non per mezzo di un congresso, come nelle Provincie Unite del Rio de la Plata, in Messico, Venezuela e come anche fu per gli Stati Uniti, bensì per mezzo di una cerimonia dichiarativa a cui partecipò tutta la popolazione del Cile. Simile al caso cileno fu

* LUCRECIA ENRÍQUEZ, *Historia, memoria y olvido del 12 de febrero de 1818. Los pueblos y su declaración de la independencia de Chile*, Rosario: Prohistoria Ediciones 2018, 328 p., ISBN 978-987-4963-03-1

quello del Perù nel 1821, sebbene, spiega l'autrice, la cerimonia organizzata fu meno elaborata di quella in Cile.

Nei mesi successivi alla disfatta spagnola nella battaglia di Chacabuco il 12 febbraio 1817, emerse la necessità di dichiarare quanto prima l'indipendenza. Si era già installato a Santiago un governo direttivo ma ci si trovava in uno stato politico indefinito che richiedeva una dichiarazione pubblica con cui si faceva conoscere al resto del mondo che il Cile si separava dalla Spagna. L'autrice risalta che il governo si pose il problema di come e quando dichiarare l'indipendenza. Scartata la via di convocare un congresso di deputati eletti che dichiarasse l'indipendenza, le autorità politiche idearono una cerimonia di proclamazione e di giuramento dell'indipendenza, stabilendone il giorno, il 12 febbraio 1818. Attraverso le fonti dell'Archivo Nacional de Chile, Lucrecia Enríquez mostra che tale cerimonia si svolse nella medesima modalità in ogni realtà municipale del paese. Simultaneamente si svolse il 12 febbraio a Santiago, Valparaíso e Talca e nei giorni seguenti anche nelle altre località, a seconda di quando ricevettero l'atto di indipendenza e la circolare con i dettagli sulla cerimonia. Analizza, inoltre, la cerimonia del 12 febbraio e ne considera il suo carattere misto che combinò elementi della cerimonia di giuramento reale della monarchia con quelli delle cerimonie che si tennero in Spagna e in America per il giuramento della costituzione gaditana del 1812, adattandoli alla nuova situazione.

L'autrice sottolinea che la decisione di optare per una dichiarazione comune e congiunta dell'indipendenza che coinvolgesse tutti gli abitanti del Cile mostra l'impossibilità avvertita dal governo di ignorare la sovranità plurale. La dichiarazione di indipendenza in Cile non fu, quindi, un semplice atto di adesione a una dichiarazione fatta in precedenza in una particolare località, come vorrebbero alcune città che si sono recentemente rese protagoniste di una disputa per essere la culla dell'indipendenza del Cile, o fatta in forma personale da Bernardo O'Higgins.

I contemporanei, evidenzia Enríquez, vissero e considerarono il 12 febbraio 1818 come il momento fondativo dello stato cileno. Fu successivamente che l'interpretazione di tale data venne distorta. L'autrice individua due momenti all'origine dell'oblio del 12 febbraio 1818. Il primo fu nella decada del 1830 durante la repubblica conservatrice, a motivo dell'opposizione alla figura che rappresentava tale data, Bernardo O'Higgins. La festa civica del 12 febbraio venne così eliminata con decreto dell'8 febbraio 1837 e quanto quella data rappresentava venne trasferito e attribuito al 18 settembre. Il secondo momento viene individuato da Enríquez nel XX secolo a seguito dell'erronea tesi elaborata da Luis Valencia Avaria che l'autrice presenta come un caso di uso e abuso della storia. Secondo tale tesi, ripresa come vera anche in tempi recenti, O'Higgins avrebbe dichiarato l'indipendenza in forma personale l'1 gennaio 1818 nella città di Concepción.

Il libro di Lucrecia Enríquez si suddivide in sei capitoli. I primi due sono dedicati alla manifestazione della sovranità delle comunità urbane a partire dal 1810 e al processo storico che portò alla dichiarazione di indipendenza del 12 febbraio 1818. Il terzo capitolo riguarda la modalità in cui avvenne la dichiarazione di indipendenza del Cile. Gli ultimi tre capitoli trattano della memoria, delle controversie emerse intorno al 12 febbraio 1818 e dei motivi per cui tale data è stata dimenticata. Ai sei capitoli segue un epilogo dedicato al destino dell'atto di indipendenza, alle interpretazioni e alle controversie che lo videro coinvolto nel corso dei duecento anni. Infine, l'opera si conclude con la pubblicazione dei documenti più importanti che fondamentano l'investigazione realizzata dall'autrice.

È una contribuzione importante quella di Lucrecia Enríquez perché analizza e chiarisce la storia della dichiarazione di indipendenza del Cile, evidenzia quale fu la sua peculiarità e ricostruisce il processo che portò all'oblio del 12 febbraio 1818.



Raquel R. Sirotti

Built to Colonize*

»Disciplined souls, docile bodies.« Hardly any research on the history of prisons conducted after the 1970s fails to quote those two expressions, which are considered the milestones of Michel Foucault's *Discipline and Punish: the Birth of the Prison*. As is widely known, Foucault saw modern punishment as a technology of disciplinary practices focused on controlling and shaping the behavior of individuals. Prison was the quintessential tool of this technology because it consolidated the shift from spectacular physical violence to soft and constant bodily routines as the dominant paradigm of punishment. However, since the 1990s a growing number of scholars have emphasized that Foucault and his followers disregarded several power/knowledge/dominance relations in their theory. One of these is the colonial enterprise.

Dior Konaté's recent book on *Prison Architecture and Punishment in Colonial Senegal* adds to these critical voices by analyzing prison buildings and their changing architectural forms in Senegal during the colonial and post-colonial periods in order to understand how the French used prison architecture to control Africans both softly and violently. She delves into a broad range of archival sources, such as architectural plans, legal procedures, letters and petitions from inmates, and reports from French authorities in order to present architecture as a tool of empire. Her analysis shows why and how the idea of prison in the colonial environment had different meanings and functions from the ones in the metropolis, and how much of those meanings and functions persisted after independence.

But more than challenging Foucault, Konaté's book is also a great contribution to legal history. Her focus on architecture to understand how buildings embody patterns of imperial domination opens up new perspectives on how to make sense of colonial legal systems. The first part of the book, entitled »Penal politics in colonial Senegal« is proof of this. It focuses on the role of prisons in a colonial state designed to meet the colonizers'

needs for controlling and punishing the population. Before French rule, imprisonment was not a feature of Senegal's punitive practices. The creation of the first Senegalese prison in 1820 mirrored metropolitan legal policies, which were the basis for the creation of a colonial legal system. However, Konaté argues that the metropolitan efforts to impose a French-style legal system never really suppressed local punitive practices (such as ordeals) or the influence of Muslim courts. The conflict between local and metropolitan normativities thus turned prisons into one of the main strategies to enforce French legal and social supremacy in Senegal. Through prisons, the French ruled the colony and exercised control over Africans.

Geography is an essential component for understanding the implementation of such a strategy. The places where prisons were located reveal much about the nature of the French expansion into Senegal and the consolidation of their rule. Prison buildings not only symbolized power and inspired awe of French law; they also created a »penal space« where social order and social segregation operated. The choice and the changes of the locations for prisons and penal camps embodied several meanings derived from their isolation and/or marginalization. Enforcing security and public safety, ensuring »clean« and »safe« spaces for the European population, and increasing the non-paid workforce through forced labor were the main targets of French policy regarding prison location. As the author explains, French criminal positivism provided the intellectual polish to justify location plans and was often used by French officials as a discursive strategy for covering up colonial exploitation.

The second part of the book brings the reader to the inside of colonial prisons. It zooms in on the details of prison life during both the colonial and the post-colonial periods. Here the focus on architecture itself becomes clear as Konaté seeks to explain how the functions of punishment were

* DIOR KONATÉ, *Prison Architecture and Punishment in Colonial Senegal*, Lanham/MD: Rowman & Littlefield 2018, 358 p., ISBN 978-1-4985-6014-6

translated into prison architectural models and routines. The analysis of architecture, according to her, must combine building design *and* building construction since the architectural plans for colonial prisons rarely matched what was actually built. French architects' inspiration in architectural and institutional discipline was often curbed by restrictions of budget, materials, and workforce. A key example of this is the 1906 plan for building the first panopticon-like prison in the city of Thiés. Although the project was well designed, the prison was never built due to budgetary limitations. Other policy concerns, such as public health, isolation of prisoners, racial segregation, and climate constraints were embedded in colonial prison buildings. For that reason, the conventional architecture of discipline praised by reformers in Europe was not applied in the colonies. Instead, prison edifices were architecturally chaotic and did not resemble one another. They epitomized a patchwork of styles, building techniques, materials, and political diktats.

This feature is at the center of Konaté's criticism of the Foucauldian statement that disciplinary architecture was centered on the soul and not the body of prisoners. The specific nature of the colonial enterprise – precarious, exploratory and civilizational in its essence – meant that the colonial prison was never a »total institution« as described by Foucault. It thus never had the power or the pretension to reflect repression in its entirety. Overcrowded rooms, violent guards, poor diet, precarious architecture, isolation, slave-like labor at the penal camps, and significant differences in the treatment of European and African inmates proved that French colonial officers were not seeking disciplined souls and docile bodies; they were preoccupied in civilizing African prisoners by targeting their bodies.

On the other hand, the poor conditions of the colonial prison buildings and the punitive practices within them could be used to create patterns of communication and resistance. Bad detention conditions gave rise to opportunities for the inmates to fight oppression and redesign prison spaces in several ways. Indeed, inmates' agency is a major theme of Konaté's book. The analysis of a complex web of complaint letters, court cases, and official reports speaks volumes about how Senegalese prisoners articulated resistance, whether by asking for better living conditions or by escaping or rebelling. These sources also show the development of strat-

egies of cooperation and support between inmates, prison staff, and local populations, which were particularly taken advantage of by political prisoners and convicts at prison camps. Once again, the Foucauldian scheme of power/knowledge appears inadequate. By focusing on the voices of prisoners, it becomes evident that power relations inside colonial prisons were not limited to the control exercised by prison guards and officials over inmates. Among other things, architectural precariousness allowed alternative, bottom-up power/knowledge practices that suggest that African prisoners were anything but submissive.

A substantial share of these characteristics of the colonial prison continued after independence. In the last chapter of the book, Konaté builds the bridge between colonial and post-colonial prisons and provides a review of ruptures and continuities. She recognizes significant changes in political, economic, and social circumstances that reveal discontinuities with the colonial period. Although after the 1960s several legal reforms intended to break with the colonial heritage by changing punishment goals and prison architecture were put into effect, old colonial habits were still in place. Most of the prison buildings remained the same, indicating that prisons were considered a low governmental priority. Changes to the architecture were planned but never implemented. In addition, popular stigmas about prison life based on the features of colonial imperial domination over Africans have grown stronger. A series of in-depth interviews with current Senegalese inmates and prison staff conducted in 2013 strengthens the association of stigma with post-colonial imprisonment. Both inmates and guards frequently used words such as »terrible«, »shame«, and »a bad place« to describe their daily life. These findings again confirm the stigma of the precarious conditions of the buildings and their negative impact on prison life. On the other hand, the testimonies also point to inmates' great ability in navigating and re-appropriating poor infrastructures.

This final section presents an excellent example of how to correlate historical research with policy-oriented concerns without falling into the traps of anachronism. Konaté does not simply trace back current problems of the Senegalese prison system to its colonial past. Instead, the historical evidence she discusses shows the rationale behind the creation and maintenance of Senegalese prisons, which in turn provides elements to understand the

present in its own complexity rather than on the basis of European or American references. Overall, the book offers valuable insights to reflect upon the history of prisons in colonial environments. Konaté's view on prison architecture provides elements for changing the way in which we approach colonial legal systems, particularly for those scholars used to wearing Western lenses. In her book,

researchers working on the history of colonial prisons will find methodological guidelines to perceive prison architecture as a tool of imperial domination, whether in Africa or not, as well as to formulate comparative studies between different empires.



Bruno Lima

Liberated Africans With Rights?*

Africanos livres: a abolição do tráfico de escravos no Brasil is a contribution to the increasingly complex and diverse historiography on slavery. Resulting from more than twenty years of research and originally defended in 2002 as a doctoral thesis in history at the University of Waterloo (Canada), Beatriz Mamigonian's book is an unprecedented effort to understand the life and the ambiguous legal status of liberated Africans, i.e., those who could not be considered slaves due to the fact that they were imported after the official prohibition of the transatlantic slave trade in Brazil.

Basing her work on a rich and varied set of sources, Mamigonian narrates the history of the slave trade's abolition in Brazil through the lenses of distinct imperial powers – notably Portugal, England and the early Brazilian empire – and a wide range of historical actors: ministers, ambassadors, politicians, judges, public officials, slave owners, and, as the *history from below* claims, subaltern agents such as liberated Africans. Over ten chapters (and more than 600 pages), the book revolves around three different axes: (1) the British campaign for the prohibition of the Atlantic slave trade (carried out through diplomatic channels as well as military pressure); (2) the conflicts over the meaning and enforcement of the Brazilian Law of 1831 (the first national act against the slave trade); and

(3) the regulation of labor relations that involved liberated Africans (challenging the conventional limits between slave and free labor).

By choosing law as the guiding thread of her book and referring to multiple normativities to give her narrative chronological order and unity, Mamigonian provides the reader with an enormous legal framework to examine the different normative orders competing for jurisdiction in the South Atlantic. On one level, there are Portugal and England's bilateral treaties that determined the legality of enslaved Africans' importation (chapter 1) before Brazilian Independence in 1822. On another level, after 1822 historical actors faced the dilemmas of an emerging normative order. These actors had to deal with previous treaties and conventions but were unable to pass new legislation to prohibit the slave trade and punish smugglers (chapter 2). In this sense, the Law of 1831 comes from a long and intricate history of treaties and conventions between Portugal and England and it would be a misconception to isolate it as an exclusive product of the emerging Brazilian empire (chapters 3 and 4).

After an analysis of the foreign relations between England and Brazil regarding the legal status of liberated Africans, likely to be of great interest to scholars of international legal history (chapter 5),

* BEATRIZ MAMIGONIAN, *Africanos livres: a abolição do tráfico de escravos no Brasil*, São Paulo: Companhia das Letras 2017, 625 p., ISBN 978-85-359-2933-1

Mamigonian's book is structured along a sort of legal timeline in order to follow the interpretations and effects of the Law of 1831 until the end of Black slavery in Brazil in 1888. She discusses the legislative debates that resulted in the Law of 1850, which enforced the previous but ineffective prohibition of 1831 (chapters 6 and 7); the decree of 1853, which established objective conditions for definitive emancipation (chapter 8); the decree of 1864, which finally liberated Africans that were seized while being smuggled but deprived of their free status (chapter 9); and at the end of the book, Mamigonian explores the validity of procedural evidence in freedom claims and the Law of the Free Womb of 1871, a legal reform of great impact within Brazilian society (chapter 10).

Given the importance that the semantics of law and normative knowledge assume within the historiography of slavery, this book offers the opportunity to reflect on methodological questions and the current dialogue between social and legal history. Let us begin with the way Mamigonian understands law. She takes for granted that liberated Africans »had rights« (120), were »aware of their right to emancipation« (162), and demonstrated »awareness of their right to freedom justified by the illegal importation« (21). There are dozens of passages in which Mamigonian maintains that there was »the right of new Africans to freedom« (27). But, one may wonder, did the Brazilian Empire have any legal obligation to guarantee freedom to smuggled Africans? The question, of course, is not simple to answer, but one may argue that maybe it did not. Although Mamigonian presents the Treaty of 1826 and the Law of 1831, neither of them enforced or conferred rights to Africans seized in illegal trade. The normative content of both the Treaty and the Law referred strictly to the conditions, effects, and punishments related to the prohibition of the slave trade, and did not mention anything about granting rights to natural persons lacking legal personality and civil capacity. Therefore, the terms »African rights« (429) or »liberated African protection legislation« (232), used by Mamigonian, may have been used in the political rhetoric of the press, but

did certainly not appear in the multinormative cosmos of the Portuguese and Brazilian legal tradition, at least not until the end of the first half of the 19th century. In this regard, another definition proposed by Jake Richards seems more precise. He argues that liberated Africans had no rights but rather »unguaranteed entitlements to make claims about *status* [...] and about *possible futures*«. ¹ In short, Richards asks scholars not to conflate rights and the expectations of rights, or to treat the aspirational legal status as if it were a *de facto* legal status. In this sense, Mamigonian seems to reify the law and to commit a legal anachronism by projecting legal categories developed through doctrine or partially accepted by jurisprudence half a century later back to an earlier historical context.

For example, Mamigonian misguidedly applies the Portuguese royal decree of 1818 to the situation in post-1822 Brazil despite the fact that, in newly independent Brazil, this law carried no jurisdiction. Even if the sources indicate interpretative disputes, shaped by politically interests, a careful analysis of Brazilian law and constitutionalism shows that the Portuguese royal decree could have been completely outdated after 1822. Mamigonian interprets the decree's fourteen-year period of obligatory service as a kind of acquired right that the Africans rescued from the post-1822 slave trade ought to have used in order to plead for freedom. This is basically conferring a right from a provision that appeared in law only in 1853. It is also worth noting that through the eclectic combination of normative forces as if they were equivalent, Mamigonian reifies and essentializes 19th-century multinormativity. In saying that »Africans would be considered »free« in 1834, and no longer »liberated« as in 1818« (96), she erroneously equates the normative force of a ministerial warning (1834) to that of a royal decree (1818), even if the two belonged to different empires.

Last but not the least, it is important to highlight the role of former slave and Black lawyer Luiz Gama (1830–1882) in the book. As is well known, Gama played a leading role in instrumentalizing the Law of 1831 to emancipate smuggled Africans. Over time, Gama became the main lawyer of free-

1 JAKE RICHARDS, *Anti-Slave-Trade Law, »Liberated Africans« and the State in the South Atlantic World, c. 1839–1852*, in: *Past & Present* 241,1 (2018) 179–219, 218.

dom suits throughout the 19th-century Brazilian empire, whether due to his unprecedented victories in the courts or to the original translation of a legal doctrine on manumissions that he gradually developed. Not only does Gama play a merely decorative role in Mamigonian's book, he is also described as a *rábula* (435), which in today's parlance would mean a kind of paralegal, a label that was applied to Gama only after his death, clearly with racist overtones. In Mamigonian's book, Gama is thus deprived of what made him a political actor of the utmost importance in the courts of the empire: his work as a lawyer (as he was always referred to during his professional life after 1869). Mamigonian's discussion of the case of the African Caetano may serve as an example to illustrate this distortion. According to Mamigonian, Gama was Caetano's guardian (435) and filed a freedom lawsuit on his behalf. However, it turns out that this

was not a freedom suit but a *habeas-corpus*, and, far from being his legal guardian, Gama was the imprisoned African's lawyer. Perhaps Mamigonian did not consult the original sources of the trial. She seems to have only superficially read the dense legal study that Gama wrote after losing the Caetano case in court, known as one of the most important legal theses about the abolition of the slave trade published in Brazilian history. The Caetano case would be a single careless slip if analogous misreadings of legal material – and sometimes even of the historiography – were not abundant in the book. Nevertheless, be it because of the extensive research offered or the problematic legal interpretation, *Africanos livres* is an important reference for those who want to grapple with Brazilian legal history of the 19th century. ■

Christoph Resch

Vertragsgeschichte mit Charles Dickens*

Mit dem Titel »Liberalizing Contracts« deutet Anat Rosenberg bereits den wissenschaftlichen Anspruch ihres Buches an. Sie nimmt sich vor, die englische Vertragsgeschichte des viktorianischen Zeitalters von deren (wissenschafts-)historischem Ballast zu befreien. Insbesondere will sie zeigen, dass der liberale Atomismus nicht, wie dies vielfach angenommen worden sei, breite kulturelle Resonanz erfahren habe. Prägend sei vielmehr ein relationaler Liberalismus gewesen, der – anders als sein atomistisches Pendant – nicht das Vertragsversprechen des Einzelnen und dessen Willen in den Vordergrund stelle, sondern von den sich daraus ergebenden, dauernden wechselseitigen Beziehungen ausgehe.

In der These, der atomistische Individualismus des Vertragsrechts sei auch ökonomisch, politisch und ideologisch stark rezipiert worden, sieht die Autorin ein Hauptnarrativ der Vertragsgeschichte der viktorianischen Zeit. Dieses Narrativ sei von Albert Venn Dicey begründet und durch die Geschichtsschreibung nie in Frage gestellt worden; und zwar selbst nicht von Autoren, die als Triebfedern der Vertragsgeschichte des 19. Jh. andere Faktoren auszumachen suchten als den Liberalismus jener Zeit (46 ff.). Ferner versucht sie darzulegen, dass im 19. Jh. Ständegesellschaft und Vertragsgesellschaft, bzw. deren gedankliche Grundlagen, nicht im Verhältnis des alternativen Entweder-Oder gestanden hätten, sondern in einem

* ANAT ROSENBERG, *Liberalizing Contracts. Nineteenth Century Promises Through Literature, Law and History*, London: Routledge 2018, 263 S., ISBN 978-1-138-92370-6

Spannungsverhältnis zueinander parallel existierten (19 ff.).

Methodisch stützt sich Rosenberg hauptsächlich auf die Auswertung von Romanen des literarischen Realismus aus der viktorianischen Zeit in England. Sie rechtfertigt ihr Vorgehen mit der herausragenden kulturellen Bedeutung des literarischen Realismus, die allgemein anerkannt sei. Die Werke dieser Epoche zeichneten sich gerade dadurch aus, dass diese, obwohl fiktional, Schilderungen möglicher Wahrheit und ein Spiegel gesellschaftlicher Fragestellungen in konkretisierter Form seien. Besonders die zentrale Bedeutung des (Vertrags-)Versprechens (»promise«) sei in der Romanliteratur prominent aufgegriffen und verarbeitet worden (2 ff.).

Um die rezipierten Formen liberalen Denkens in der viktorianischen Romanliteratur zu identifizieren, untersucht Rosenberg die Darstellung des Kreditvertrags als typische Form des Vertrags(-versprechens) im aufstrebenden Kapitalismus, der Abstraktion von vertraglichen Beziehungen vom jeweiligen sozialen Kontext sowie des Verhältnisses von Vertrag und Freiheit als grundlegende Säule liberalen Denkens selbst. Mit Blick auf jeden dieser drei Themenkomplexe liest (»I read«) die Autorin jeweils zwei Werke des literarischen Realismus aus der Zeit von 1848–1886 vergleichend.

In »Vanity Fair« von William Makepeace Thackeray und »The Way We Live Now« von Anthony Trollope betrachtet Rosenberg die kreditvertraglichen Beziehungen der jeweiligen Hauptfiguren Becky Sharp und Augustus Melmotte. Beide versuchen Kredite für ihren gesellschaftlichen Aufstieg zu nutzen. Rosenberg identifiziert sie als Fremdkörper innerhalb der englischen Gesellschaft, da beide ausländischer Herkunft seien sowie in Konflikt mit gesellschaftlichen Normen gerieten. Sowohl Becky also auch Melmotte seien in ihrem Aufstiegsstreben am Adel orientiert, was Ausweis für ein Fortleben des Statusdenkens sei (65 ff.). Das Scheitern der Hauptcharaktere interpretiert Rosenberg so, dass die Autoren Thackeray und Trollope den Kreditvertrag nicht etwa als das typische Instrument der viktorianischen Marktwirtschaft ansähen, sondern im Gegenteil als ein kulturelles Hindernis für einen rationalen Markt (9, 77).

Auch die Losgelöstheit oder Abstraktion der vertraglichen Beziehungen vom jeweiligen sozialen Kontext sieht die Autorin nicht positiv rezipiert, sondern in »Ruth« von Elizabeth Gaskell

sowie »Bleak House« von Charles Dickens kritisch hinterfragt. Ruths Geschichte beginne als losgelöstes (abstraktes) Individuum, das bereit war, Geld für körperliche Hingabe, jedoch ohne Liebe, zu akzeptieren. Als isoliertes Wesen gebe es aber keine Wahlmöglichkeiten und somit keine Verantwortung (97, 103). Im weiteren Verlauf des Romans werde sie durch das Aufbauen persönlicher Beziehungen sozialisiert und könne dadurch moralisch »richtige« Entscheidungen treffen und materiellen Vorteilen widersagen (105 ff.). Charles Dickens mache seine Ablehnung deutlich, indem er das »always connect, never abstract« zum moralischen Imperativ erhebe (10). Im Roman »Bleak House« werde dies durch die Figur des Schuldners Skimpole verdeutlicht, der für die Immoralität der Loslösung vom jeweiligen sozialen Kontext stehe. Für ihn bleibe sein Selbst die einzige Realität. Andere gescheiterte Schuldner erschienen weniger verurteilungswürdig, da diese »in touch with life« und »socially involved« seien (115 ff.).

Das Verhältnis von Freiheit und Vertrag sieht die Autorin in George Eliots »Middlemarch« sowie in Thomas Hardys »The Mayor of Casterbridge« ebenfalls problematisiert. Die theoretisch gegebene Freiheit, Verträge abzuschließen, sei durch Erwartungen in relationalen Beziehungsgeflechten sowie durch Erwartungen an männliche Geschlechterrollen beschränkt (127 ff.).

Rosenberg versucht, mit ihrem Werk frischen Wind in die Debatte um die Bedeutung des Liberalismus in der Vertragsgeschichte des 19. Jh. in England zu bringen. Ihre unkonventionelle Herangehensweise, nämlich die Untersuchung von Romanen des literarischen Realismus als Prüfstein für die kulturelle Rezeption liberaler Konzeptionen, weitet den Blick auf ein Feld der Geschichtsschreibung, welches vielen als weitgehend abgegrast gelten mag. Die Herausarbeitung der vertraglichen Beziehungen in den untersuchten Werken gelingt ihr gut, genau wie die Analyse der dort gespiegelten Geschlechterrollen, auf die sie immer auch einen Schwerpunkt zu legen versucht. Sie findet ferner plausible Argumente dafür, dass das alte Statusdenken weiter nachwirkt.

Auf der anderen Seite bedarf etwa das von ihr behauptete Narrativ der breiten kulturellen Rezeption des atomistischen Individualismus, welches sie auf die Formel »atomism as culture« bringt, weiterer Begründung. Sie geht davon aus, dass es im Nachgang an eine Vorlesungsreihe Diceys 1917 in Harvard, welche später unter dem Titel »Lectures

on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century« veröffentlicht wurden, entstanden sei und schließlich als Allgemeinplatz (»common wisdom«) angesehen wurde. Dicey untersuchte zwar die Auswirkungen liberalen Gedankenguts auf das Recht im England der viktorianischen Zeit. Jedoch lässt sich nicht erkennen, dass der in seinem Werk beschriebene Utilitarismus in der Gefolgschaft Bentham deckungsgleich mit dem hier beschriebenen atomistischen Individualismus wäre (vgl. etwa 14 f.). Dicey geht zwar von der Übernahme des utilitaristischen Gedankenguts in den politisch einflussreichen Schichten sowie den politischen Parteien aus (24, 27 f., 120 ff.), dies kann aber nicht mit der gesamten Kultur gleichgesetzt werden. Ferner untersucht er auch nicht die Entwicklung des klassischen Vertragsrechts, sondern die Gesetzgebung zu jener Zeit (vgl. nur 3), und schließlich bleibt die Autorin einen Nachweis für die Rezeption Diceys in dem von ihr behaupteten Sinne schuldig.

Leider fehlt es den Untersuchungen auch an einem zusammenfassenden Fazit. Im Rahmen der eigentlichen Auseinandersetzung mit der Literatur ist ihr methodisches Vorgehen nicht immer nachvollziehbar, da die Rückbindung an ihre eigent-

liche Forschungsfrage fast fehlt. Sie erläutert kaum, wie sich ein relationales Liberalismusverständnis in den untersuchten Werken genau manifestiert und was konkret Differenzen zu einem atomistischen Modell wären. Gerade der Vergleich mit juristischen Texten, deren Vertragsmodell sie dem atomistischen Individualismus zuordnet, fehlt nahezu vollständig. Die am atomistischen Individualismus identifizierte Kritik etwa in den Werken von Dickens und Gaskell spricht nicht notwendig gegen eine breite kulturelle Rezeption atomistischen Gedankenguts, da auch die Literaturform des Realismus vorhandene gesellschaftliche Entwicklungen problematisieren und hinterfragen kann, anstatt sie nur abzubilden.

Mit »Liberalizing Contracts« wagt Rosenberg einen neuen Blick auf die Vertragsrechtsgeschichte des 19. Jh. und das Narrativ vom »Zeitalter des Liberalismus«. Auch wenn sie ihre aufgeworfenen Thesen nicht in vollem Umfang untermauern konnte, ist ihr Werk ein wichtiger Beitrag, der daran erinnert, dass in der historischen Forschung auch und gerade als gesichert geltende Erkenntnisse fortlaufend kritisch hinterfragt werden sollten.



Michael Stolleis

»Im Reiche und in den Ländern müssen nach Maßgabe der Gesetze Verwaltungsgerichte ... bestehen« (Art. 107 Weimarer Reichsverfassung)*

Zugegeben, ich habe mich einmal lustig gemacht über die wachsende Zahl der »Handbücher«,¹ habe über die jedermann altersgemäß zukommende Festschrift gespottet,² aber gleichzeitig an Handbüchern und Festschriften mitgearbeitet. Den darin steckenden Widerspruch kann ich nicht

auflösen. Doch loben darf man, wenn es etwas zu loben gibt: Das vorliegende dreibändige Handbuch verdient große Bewunderung. Seine 2538 Seiten geben einen bisher nicht möglichen Überblick über die äußere und innere Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit im In- und Ausland.

* KARL-PETER SOMMERMAN, BERT SCHAFFARZIK (Hg.), Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa, 3 Bde., Berlin: Springer 2019, 2538 S., ISBN 978-3-642-41234-9

1 Zeit der Saurier, in: Rechtshistorisches Journal 6 (1987) 240 f.

2 Festschriftendruckkostenzuschussversicherung, in: Rechtshistorisches Journal 9 (1990) 372.

Die Bände sind übersichtlich gegliedert. Der erste Band enthält in kleinen, monographisch gestalteten Aufsätzen die »Vorgeschichte« im Alten Reich und im 19. Jahrhundert (Teil I), dann – nach 1871 – die ersten reichsweiten Verwaltungskontrollen, im Schwerpunkt aber in 17 Abschnitten die Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeiten aller deutschen Länder und der Hansestädte bis zur Gegenwart (Teil II). Dabei steht Baden bekanntlich an der Spitze, und Preußen mit seinem Obergerverwaltungsgericht bildet das Schwergewicht. Wir erfahren auf dem Weg über Hessen-Darmstadt, Württemberg und Bayern, Sachsen und Thüringen bis in die letzten Winkel kleinstaatlicher Verhältnisse, wie es unter den besonderen staatsrechtlichen Bedingungen des deutschen Föderalismus dazu kam, das noch in der Paulskirche favorisierte justizstaatliche Modell (§ 182) schrittweise durch eigenständige Verwaltungsgerichte zu ersetzen und die dort zunächst noch kompromisshaft zugelassene erstinstanzliche Dominanz der Verwaltung abzubauen. Dieser Prozess war langwierig. Nicht nur der Problemdruck der Streitfälle war in Preußen, Bremen oder Mecklenburg unterschiedlich, ebenso die Verfassungslage von Reich und Ländern nach 1871 und 1918, die parteipolitische Landschaft war ungleich, und es fehlte lange an einer obersten Instanz auf Reichsebene. Das nach dem »Anschluss« Österreichs von 1938 und dann 1941 noch gegen die NSDAP geschaffene, aber mit einem Mann aus dem »Braunen Haus« unglücklich besetzte Reichsverwaltungsgericht konnte diese Vereinheitlichung nicht leisten.

Teil III des ersten Bandes setzt mit der Entwicklung nach 1945 ein. Nicht zuletzt aufgrund der frischen Erfahrung des Nationalsozialismus wurde – nach Überwindung der Divergenzen in den westlichen Besatzungszonen – eine neue dreistufige Verwaltungsgerichtsbarkeit aufgebaut. Das Bundesverwaltungsgericht gehörte von nun an zu den fünf obersten Gerichtshöfen des Bundes (Art. 95 GG). 1960 trat endlich auch eine einheitliche Verfahrensordnung in Kraft. In der sowjetischen Besatzungszone ging die Verwaltungsgerichtsbarkeit unter, ein bürgerliches Widerstandsnest blieb zeitweise Thüringen, aber 1952 war endgültig Schluss. Gerichtsförmige Abhilfe gegen den von der SED dirigierte »Staat« gab es nicht mehr – bis zur Wiedervereinigung. Die seither komplettierte gesamtdeutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit ist zwar wohlgeordnet, aber sie wird sich weiter verändern, stets in latenter Spannung zur Verwaltung

als ihrem Kontrollobjekt, wie in der Vergangenheit in Reaktion auf die anbrandenden Wellen von Verfahren (Numerus clausus, Wehrdienst, Sozialhilfe, Asylanträge). Die erhoffte Vereinheitlichung der eng verwandten Verfahrenswege von Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit ist bisher ausgeblieben.

Nachdem der geschichtliche deutsche Teil bis an die Gegenwart herangeführt ist, setzt das Handbuch mit dem zweiten Band den historischen Rundblick »in ausgewählten europäischen Staaten« einschließlich Russlands sowie in den USA und Lateinamerika fort (§§ 28–47). Dieser Rundblick ist ungemein interessant, zeigt er doch überall tendenziell ähnliche, aber faktisch ganz unterschiedliche Entwicklungen. Die Ähnlichkeiten beruhen auf dem allmählichen weltweiten Vordringen des gewaltenteilenden demokratischen Verfassungsstaats, oder, anders gesagt, eines Gesellschaftsmodells mit stärker ausformulierten Individualrechten. Der den Gesetzesstaat komplettierende materiale »Rechtsstaat« kann zwar ohne Verfassungsgerichte auskommen, nicht aber ohne eine Gerichtsbarkeit, die dort interveniert, wo individuelle oder kollektive Grundrechte durch Verwaltungshandeln gefährdet werden. So hat die Differenzierung der Staatsfunktionen einerseits und die freiheitlicher werdende Gesellschaft andererseits in vielen Ländern zu gerichtlicher Verwaltungskontrolle geführt, sei es durch Erweiterung der traditionellen Zuständigkeiten, sei es durch eine separate Verwaltungsgerichtsbarkeit. In anderen Ländern gelang dies nicht, etwa in Russland, dessen Entwicklung zum Rechtsstaat 1917 abbrach, 1993 wieder aufgenommen wurde und nun erneut bedroht scheint. Der Fortschritt des Rechtsschutzes ist nicht nur eine Schnecke, sondern kehrt sich auch manchmal um oder macht mühsame Umwege.

Im Übergang von der geschichtlichen Darstellung in Deutschland, Europa und Amerika in den Bereich des auch international geltenden Rechts drängen am Ende des zweiten Bandes die grundsätzlichen Fragen zu einer Art Synthese. Erörtert werden (§§ 48–55) die Spezifik nationaler Entwicklungspfade, die allgemeinen verfassungs- und völkerrechtlich-menschenrechtlichen Prämissen, der Verwaltungsrechtsschutz in der Europäischen Union und in internationalen Organisationen, was schließlich zu den Voraussetzungen der internationalen Zusammenarbeit und zu »Entwicklungsperspektiven« der Zukunft führt. Je nach

Blickwinkel lassen sich in diesen Darstellungen die Divergenzen oder die tendenziellen Konvergenzen betonen. Überall gibt es Verbesserungsbedarf, wenn man nur die normative Messlatte hoch genug legt. Aber in der Summe sind die Möglichkeiten des Rechtsschutzes national und international seit dem späten 19. Jahrhundert deutlich gewachsen. Immer wieder haben sich die Gerichte den Autokraten oder auch nur störrischen Verwaltungen in den Weg gestellt, haben auf ihre Unabhängigkeit gepocht und die Einhaltung gesetzlicher, verfassungsrechtlicher und internationaler Regeln eingefordert. Angesichts heute weltwei-

ter Kommunikation und der raschen Mobilisierbarkeit protestierender Massen wachsen die Chancen, dass sich der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz auch international festigt. Das Handbuch, in einem schmalen dritten Band durch ausgewählte und übersetzte Quellen ergänzt, ist ein außerordentlich informatives, nützliches und perspektivenreiches Werk geworden. Es ist einige Jahre an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften in Speyer gereift, aber ein dauerhaftes gut Ding will Weile haben.



Leticia Vita

Volver a los clásicos, volver a Sinzheimer*

El libro que reseñamos se inscribe en la serie de biografías titulada *Gründer, Gönner und Gelehrte* [fundadores, patrocinadores y sabios] que la Universidad Goethe de Frankfurt am Main inició con motivo de cumplirse el centenario de su fundación en el año 2014. Nos encontramos con la biografía de quien fuera el primer *Honorarprofessor* [profesor honorario] de derecho laboral de Alemania: Hugo Sinzheimer (1875–1945), un personaje relevante no sólo para la historia de esta universidad y la historia del derecho alemán, sino también un clásico que interpela hoy a otras culturas jurídicas.

No es casual tampoco que el autor, Otto Ernst Kempfen, sea profesor de derecho del trabajo, derecho constitucional y ciencia política en la Universidad de Frankfurt y que, además, él mismo se haya desempeñado como docente y director de la *Akademie der Arbeit* [la academia del trabajo], cofundada por Sinzheimer en 1921. Es evidente que la mirada de Kempfen concilia estos tres ámbitos del análisis jurídico-político: el del derecho laboral, el del derecho constitucional y el de la ciencia política, brindando una mirada completa

de la vida y obra del así llamado «padre» del derecho laboral alemán.

Kempfen se propone una biografía intelectual de Sinzheimer, contextualizando su obra y su pensamiento en el marco de su desempeño como abogado defensor de trabajadores y sindicatos, profesor universitario y académico, miembro de la Asamblea que dio origen a la Constitución de Weimar y exiliado del nazismo, pero, sobre todo, como arquitecto del derecho colectivo del trabajo y político constitucional. Esta idea, que precisamente inspira el subtítulo del libro, da cuenta de que su intención es destacar no sólo la dimensión académica de la vida de Sinzheimer sino también su intervención como artífice de muchas disposiciones que rigieron y aún se encuentran vigentes en el derecho laboral alemán.

El libro consta de nueve capítulos, que siguen de manera cronológica la vida del célebre iuslaboralista: su juventud y estudios, su desempeño como abogado, sus primeras obras académicas, el compromiso político con la socialdemocracia, su participación en la Asamblea Nacional de Weimar

* OTTO ERNST KEMPEN, Hugo Sinzheimer. Architekt des kollektiven Arbeitsrechts und Verfassungspolitiker, Frankfurt am Main: Societäts-Verlag 2017, 173 p., ISBN 978-3-95542-273-8

como diputado constituyente, su carrera como profesor y el trágico exilio tras la llegada del nazismo al poder. Son capítulos de lectura amena, en los que tanto conocedores/as del trabajo de Sinzheimer como quienes se introducen por primera vez en él, pueden encontrar herramientas hermenéuticas de utilidad para comprender su obra.

El primer capítulo se ocupa de los años de juventud y formación de grado de Sinzheimer, periodo clave, debido a las influencias y figuras que se cruzarían por su vida académica. Especial relevancia tiene en ese tiempo su acercamiento a dos grandes nombres que forjarían su pensamiento: Lujo Brentano y Otto von Gierke. El primero, uno de los así llamados *Kathedersozialisten* [socialistas de cátedra], inspiraría su mirada interdisciplinaria del derecho; el segundo marcaría a fuego cierta visión organicista y crítica acerca de la distinción entre el derecho público y el privado.

En el capítulo segundo, Kempfen describe la vida cotidiana de Sinzheimer en el coqueto barrio de Westend, Frankfurt, destacando el contraste de esa vida burguesa con su labor como abogado de trabajadores y sindicatos. Las leyes de tiempos de Bismarck había paralizado el derecho de huelga, y Sinzheimer supo demostrar su pericia como defensor ante los tribunales del Reich. Cabe destacar que, pese a que políticamente se encontraba cercano a la socialdemocracia, siempre se vinculó indistintamente con sindicatos libres, de izquierda y cristianos. Este sería un rasgo propio de su compromiso con las aspiraciones proletarias, más allá de, en palabras de Kempfen, su «apariencia burguesa» que se expresaba en su lenguaje y vestimenta (26).

La obra de Kempfen también se ocupa de contextualizar la novedad e importancia de las publicaciones de Sinzheimer en ese período. En el capítulo tercero introduce sus ideas sobre la *Tarifautonomie* [negociación colectiva] y la publicación en 1907–1908 de la obra *Der korporative Arbeitsnormenvertrag* [El contrato corporativo de trabajo]. Su principal y más original aporte fue la idea de que un convenio colectivo podía afectar los términos – hasta entonces bastante inmutables – de la contratación privada.

En la misma línea, el capítulo cuatro destaca la publicación en 1916 de su obra *Ein Arbeitstarifgesetz. Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht* [Una ley sobre convenios colectivos. La idea de autodeterminación social en el derecho]. La

importancia de este libro para el derecho del trabajo alemán es indiscutible, ya que incluía un proyecto de ley que sería luego la base de la legislación alemana. Un aspecto importante, que de manera oportuna destaca Kempfen, es que si bien Sinzheimer fundó las bases del derecho colectivo del trabajo en Alemania (e incluso más allá de esas fronteras), seguía siendo una figura bastante marginal en el mundo académico jurídico (50). Esto sería muy común en otros juristas destacados de la socialdemocracia de origen judío, como Hermann Heller, por ejemplo, que obtuvieron mucho más tarde que otros colegas el reconocimiento académico y profesional que se habían ganado.

En 1913 Sinzheimer se casó con Paula Seliger, una joven burguesa originaria de la ciudad de Würzburg; con ella tuvo cuatro hijos. Sumada a su manifiesta posición pacifista, esta realidad familiar lo motivó a no alistarse como voluntario cuando estalló la guerra en 1914. La mayoría de quienes formaban parte de su círculo sí lo hizo, y como era de prever, por esos años disminuyeron sus actividades académicas y práctica jurídica. Su compromiso político, sin embargo, no aminoró. En 1917 se afilió al partido socialdemócrata alemán, y a partir de allí su participación política sería cada vez más relevante. Este aspecto es explorado en el capítulo quinto de la obra de Kempfen, donde se destaca su participación en la política local, primero como representante, luego como *Polizeipräsident* [Jefe de la policía] provisorio en Frankfurt. Cabe subrayar que el movimiento de consejos [*Rätebewegung*], que venía desarrollándose en todo el país, marcó también fuertemente sus ideas sobre el tema, algo que Kempfen destaca oportunamente.

Esta actividad política encontraría su punto más alto cuando Sinzheimer formó parte de la asamblea que daría origen a la Constitución de la República, en 1919. Kempfen se ocupa de este momento clave en el sexto capítulo, destacando la participación del jurista en la redacción de dos artículos fundamentales de la así llamada Constitución de Weimar: el 159 sobre *Vereinigungsfreiheit* [libertad de asociación] y el 165, que trata sobre el *Rätesystem* [sistema de consejos]. El autor trabaja muy bien el marco de ambos aportes, ya que contextualiza la participación de Sinzheimer en la asamblea a partir de su experiencia previa.

El capítulo séptimo, por su parte, se ocupa de la figura de Sinzheimer como profesor y pedagogo. En 1920 fue designado como el primer profesor de

la disciplina »derecho laboral« de toda Alemania. Más precisamente, fue nombrado *Ordentlicher Honorarprofessor* de derecho del trabajo, y en este aspecto la Universidad de Frankfurt fue innovadora. Su nombramiento se produjo en un contexto de creciente antisemitismo en parte de la comunidad académica y del estudiantado (84).

Sin embargo, Sinzheimer nunca se dejó desanimar por estos episodios ni tampoco descuidó que la enseñanza estuviese al alcance de los trabajadores. Es por eso que colaboró como fundador y docente de la *Akademie der Arbeit*, aún hoy en vigencia. Hasta que el régimen nazi lo obligara a emigrar en 1933, siguió enseñando allí y conservó su trabajo como representante de trabajadores y sindicatos. En efecto, hasta 1933 sería abogado permanente del *Deutscher Metallarbeiter-Verband* [Asociación alemana de los trabajadores del metal] como así también de otras organizaciones de trabajadores. Muchos de sus estudiantes de esa época formaron parte luego de un nutrido grupo de discípulos que compartieron tanto la gloria como el exilio con su maestro. Nos referimos, entre otros a Otto Kahn-Freund (1900–1979), Ernst Fraenkel (1898–1975) y Franz Neumann (1900–1954).

Un aspecto muy bien trabajado en el capítulo octavo es el de las resistencias y disputas políticas a las que se enfrentó Sinzheimer en tiempos de la república. Allí contextualiza la publicación de sus *Grundlehren des Arbeitsrechts* [Doctrinas fundamentales del Derecho del Trabajo] de 1921 y de un artículo titulado *Die Fortbildung des Arbeitsrechts* [El desarrollo del Derecho del Trabajo]. En ambos Sinzheimer plantea un método sociológico muy distinto al convencional positivista y dogmático, que contribuirá a consolidar la mirada que sobre él se tenía como un *Außenseiter* [outsider] del derecho laboral (99), ganándose duras críticas de grandes nombres del mundo del derecho del trabajo alemán como Hans Carl Nipperdey y Walter Kaskel.

Asimismo, Kempen se ocupa en este capítulo de destacar la relación de las ideas de Sinzheimer sobre autodeterminación y democracia económica con las del Estado Social. Este aspecto lograría perdurar principalmente por medio de uno de sus discípulos, Carlo Schmid, quien sería representante del partido socialdemócrata en la asamblea constituyente de Bonn (1949). Este capítulo también destaca su pertenencia a círculos de resistencia republicana como el *Hofgeismarer Kreis* y el *Frankfurter Kreis* y, especialmente, su rol protagónico en el lanzamiento de la célebre revista *Die Justiz*,

órgano del *Republikanischer Richterbund* [Asociación Republicana de Jueces] en conjunto con Gustav Radbruch y Wolfgang Mittermeier.

El capítulo nueve trata sobre sus últimos años en Alemania, antes del trágico exilio en Holanda. En ellos, Sinzheimer concentró su lucha política en el ámbito de la educación, a partir de su apuesta a la sociología del derecho, disciplina que comenzó a enseñar en 1930 en la Universidad de Frankfurt. Esta arista de la obra de Sinzheimer, que Kempen se ocupa de destacar, es clave para comprender cabalmente su abordaje del derecho, un aspecto que condensa su obra de 1924 *Wie studiere ich Arbeitsrecht?* [¿Cómo estudio el derecho laboral?].

El libro cierra con una reseña de los últimos años de vida de Sinzheimer, en los que sufrió la persecución del nacionalsocialismo, fue encarcelado y luego liberado para terminar exiliándose con su mujer en Ámsterdam, a donde lo siguieron sus cuatro hijos. Allí, gracias al apoyo de colegas y amigos, consiguió un cargo de profesor de derecho laboral y sociología del derecho y desde 1936 enseñó esta última materia también en la Universidad de Leiden. La que sería su obra más importante en el área de sociología del derecho data de 1935, fue publicada en holandés y se titula *Die Aufgabe der Rechtssoziologie* [La tarea de la sociología del derecho]. Mientras tanto, la Alemania nazi le daba la espalda, le sacaba su nacionalidad alemana y la Universidad de Heidelberg le quitó su doctorado (156).

Cuando los nazis invadieron Holanda, Sinzheimer, con la ayuda de amigos holandeses, logró escapar de ser enviado a campos de concentración y se refugió en diversos escondites con su familia. En esas difíciles condiciones siguió trabajando, y escribiría su última obra, *Theorie der Gesetzgebung* [Teoría de la Legislación]. Murió, a pocos días de la liberación de Holanda, el 16 de septiembre de 1945.

El libro incluye un breve apéndice que reseña algunos hitos posteriores vinculados a la reivindicación del legado de Sinzheimer en Alemania, tras la caída del régimen nazi. Entre otros, la publicación póstuma de alguna de sus obras, la reapertura de la *Akademie der Arbeit* en 1946 o la inclusión en 1949 del principio de *Koalitionsfreiheit* [libertad de asociación] en la Constitución de Bonn. En este aspecto, el trabajo de Kempen, preso tal vez de su corta extensión, deja de lado un análisis más profundo acerca de la recepción de la obra de Sinzheimer en Alemania y en otras comunidades jurídicas

– algo que le hubiera dado a esta biografía una dimensión aún más actual y transnacional.

Esta obra, que además incluye fotos de la vida privada de Sinzheimer, se suma a otras biografías sobre el autor publicadas en Alemania. Desde la muy reciente y breve de Abraham de Wolf, pasando por el trabajo de Sandro Blanke y la biografía intelectual de Susanne Knorre, hasta llegar a tal vez la más documentada escrita por el profesor japonés Keiji Kubo o la maravillosa semblanza que le dedica su discípulo Ernst Fraenkel.¹

Un punto destacable de la obra de Kempen es que en sus 176 páginas condensa una muy buena síntesis de la biografía de Sinzheimer sin perder profundidad y sin descuidar el análisis contextualizado de sus ideas. A esto se le suma que no es necesario ser especialista en la historia o en el derecho alemán para leer esta obra. Así, cumple con creces su objetivo de dar a conocer a esta figura del derecho alemán dando cuenta de su especial *Weltanschauung* [cosmovisión], marcada por la trágica historia de la República de Weimar. Si bien carece de la minuciosidad de las biografías de Kubo o de Blanke, el trabajo de Kempen es una excelente puerta de entrada para quienes precisan de una introducción a la vida y obra de Sinzheimer.

Corta y contextualizada, esta biografía invita a adentrarse en aguas más profundas. Logra acercar al mundo académico no germano esta figura mucho más escurridiza que la de otros grandes

juristas de la época de Weimar. Para el caso de la academia hispanohablante, contamos con magníficas traducciones de la obra de Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller, entre otros, pero muy pocas de la de Sinzheimer. Una de las más emblemáticas para el mundo latino ha sido la emprendida por el jurista Gaetano Vardaro en su clásico *Laboratorio Weimar*, donde traduce algunas obras de Sinzheimer y sus discípulos al italiano. Esta, junto con la traducción al español y compilación de Felipe Vázquez Mateo, eran hasta hace poco casi las únicas traducciones de Sinzheimer citadas en el mundo hispanohablante. Muy recientemente la Universidad de Valparaíso (Chile) ha realizado una nueva traducción al español de algunos trabajos selectos.²

El contexto actual que vive el derecho laboral y especialmente el derecho colectivo en el marco de sociedades cada vez más fragmentadas, desiguales y golpeadas por el capitalismo globalizado, es ideal para volver a un clásico como Hugo Sinzheimer. Como decía uno de sus discípulos más queridos leemos sus ideas sobre la Constitución económica y la democracia «de la misma manera en que se leen los grandes libros utópicos y novelas políticas del pasado Europeo, y deberíamos seguir leyéndolos hasta tanto los seres humanos se sientan obligados a reflexionar sobre las formas de organización política».³



1 ABRAHAM DE WOLF, Hugo Sinzheimer und das jüdische Gesetzesdenken im deutschen Arbeitsrecht, Berlin 2015; SANDRO BLANKE, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900, Tübingen 2005; SUSANNE KNORRE, Soziale Selbstbestimmung und individuelle Verantwortung: Hugo Sinzheimer (1875–1945). Eine politische Biographie, Frankfurt am Main 1991; KEIJI KUBO, Hugo Sinzheimer – Vater des deutschen

Arbeitsrechts: Eine Biographie, Köln 1999; ERNST FRAENKEL, »Hugo Sinzheimer«, in: Juristenzeitung 15 (1958) 457–461.

2 GIANNI ARRIGO, GAETANO VARDARO (eds.), Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania nazista, Roma 1982; HUGO SINZHEIMER, Crisis económica y derecho del trabajo: cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo (Estudio preliminar y traducción de Felipe Váz-

quez Mateo), Madrid 1984; HUGO SINZHEIMER, La lucha por el nuevo Derecho del Trabajo (Traducción de José Luis Guzmán y Daniela Marzi), Valparaíso 2017.

3 OTTO KAHN-FREUND, Labour Law and Politics in the Weimar Republic, Oxford 1981, 88.

Simon Groth

Wie wir wurden, wer wir waren*

Es ist nicht zu übersehen, dass spätestens seit der Jahrtausendwende in den Geisteswissenschaften ein gesteigertes Bedürfnis nach einer Historisierung der eigenen Zunft existiert, bei der es nicht um die eher pflichtschuldige Übung eines einleitenden Forschungsstandes geht, von dem aus die eigene Arbeit vorangetrieben wird, sondern die die Wissensbestände des Fachs selbst zum Thema hat. Auch die Rechtsgeschichte reiht sich hier ein in einen allgemeinen Trend zu (geisteswissenschaftlicher) Wissenschaftsgeschichte¹ und vielleicht ist es nicht verfehlt, mit Ernst-Wolfgang Böckenförde und seiner 1961 erschienenen (philosophischen) Dissertation² einen gleichermaßen frühen wie wirkmächtigen rechtsgeschichtlichen Innovator zu identifizieren.

Jedes historische Buch hat darüber hinaus seine eigene Geschichte. Die im Januar 2018 an der Bucerius Law School in Hamburg angenommene und im gleichen Jahr publizierte Habilitationsschrift Johannes Liebrechts war – so die Selbstauskunft im wenige Zeilen umfassenden Vorwort – zunächst als Promotionsvorhaben bei Karl Kroeschell und eben Böckenförde geplant; die wissenschaftlichen ›Spuren‹ beider sowie Liebrechts ›Nähe zu ihnen‹ hätten – dies ist deutlich zu spüren – das Projekt initiiert wie begleitet. In seiner Dissertation widmete sich Liebrecht dann jedoch zunächst Leben und Werk Heinrich Brunners, woran sich eine kürzere Studie über Fritz Kern und dessen These des ›guten alten Rechts‹ anschloss.³ Beide Arbeiten bilden das (vielzitierte) Fundament für Liebrechts drittes Buch; Brunner als Exemplum der ›Heroengeneration‹ (so die immer wieder zu lesende Phrasierung) der älteren Rechtsgeschichte, Kern als Weichensteller einer

entschiedenen Hinwendung zur ›Geistesgeschichte‹ als ›neuem Zugang für die Mediävistik‹ (so der Untertitel jenes Buches). Darauf aufbauend analysiert er nun diesen ›Kategorienwandel in der rechtshistorischen Germanistik der Zwischenkriegszeit‹ (so der Untertitel der hier zu besprechenden Monographie), die er als ›junge‹ Rechtsgeschichte von ihren Vorläufern im 19. Jahrhundert abhebt. Dieser Abgrenzung liege nicht nur ein (biologischer) Generationenwechsel, »ja Generationenbruch« zugrunde (368), sondern auch und vornehmlich der »massive ›Wirklichkeitssturz‹ [Joachim Fest] von 1918, den die deutschen Germanisten heftiger und traumatischer erlebten als ihre internationalen Kollegen« (383).

In drei zwar verzahnten, doch im Grunde eigenständigen Teilen (dazu 11–13) geht Liebrecht, umrahmt von einer Einleitung (1–18) und einer Zusammenfassung (367–388) sowie den üblichen Verzeichnissen, dieser Neuausrichtung nach. Kapitel 1 handelt von »Franz Beyerles Erneuerung von Rechtsgeschichte und Recht« (19–106), Kapitel 2 thematisiert »Heinrich Mitteis und seine Überwindung des antiquarischen Stoffhebens« (107–235) und Kapitel 3, systematischer ausgerichtet, umreißt »Auf der Flucht vor der juristischen Form: Felder methodischer Innovationen in der Zwischenkriegszeit« (237–365). Die Auswahl von Beyerle (* 30. Januar 1885; † 22. Oktober 1977) und Mitteis (* 26. November 1889; † 23. Juli 1952) als den beiden zentralen Untersuchungsgegenständen, die freilich nicht einer klassischen biographischen Annäherung unterworfen werden, wird sachlich mit ihrer exponierten Rolle als den »meinungsführenden Germanisten der Zwischenkriegsepoche« (12, auch 101) begründet. Diese

* JOHANNES LIEBRECHT, Die junge Rechtsgeschichte. Kategorienwandel in der rechtshistorischen Germanistik der Zwischenkriegszeit (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 99), Tübingen: Mohr Siebeck 2018, XIV + 471 S., ISBN 978-3-16-156546-5 (Habil.)

1 Vgl. etwa nur: HANS-PETER HAFERKAMP, Die Historische Rechtsschule (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 310), Frankfurt am Main

2018; JOACHIM RÜCKERT, Unrecht durch Recht. Zur Rechtsgeschichte der NS-Zeit (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts 96), Tübingen 2018.

2 Vgl.: ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder (Schriften zur Verfassungsgeschichte 1), Berlin 1961 (²1995).

3 JOHANNES LIEBRECHT, Brunners Wissenschaft. Heinrich Brunner (1840–1915) im Spiegel seiner Rechtsgeschichte (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 288), Frankfurt am Main 2014; DERS., Fritz Kern und das gute alte Recht. Geistesgeschichte als neuer Zugang für die Mediävistik (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 302), Frankfurt am Main 2016.

Engführung auf zwei Wegbereiter des Wandels (immer wieder durch Querverweise auf Kern als im Grunde Dritten im Bunde [insbesondere etwa 330] ergänzt) ist, darauf wird noch zurückzukommen sein, gleichermaßen nachvollziehbar wie diskutabel. Ein wenig nachgeordnet erscheint das dritte Kapitel, in dem »nach den hauptsächlichen Foren methodischer Erneuerung [gefragt wird]« (13) und das möglicherweise als einführender Teil eine ebenso sinnvolle Position gefunden hätte. In teils gedrängter, teils ausführlicher Form werden hier die fachinternen Probleme der Kriegs- und Zwischenkriegszeit (241–257), die neu aufflammenden Editionsbemühungen (257–276), die Entdeckung der Rechtsarchäologie (276–292) und die Perspektivenerweiterung durch die Volkskunde (292–306) behandelt, bevor »Die völkische Versuchung« pejorativ als »Sackgasse« (306–323) der »Geistesgeschichte« gegenübergestellt wird (323–365). Dabei sei es, wenngleich ein »Schlüssel für den überwältigenden Erfolg dieses historiographischen Ansatzes«, »von heute aus besehen allerdings befremdlich diffus«, »[w]as und wieviel seinerzeit als *geistesgeschichtliche Methode* verstanden werden konnte« (328). Es ging – so lässt sich dieser Teil vielleicht zusammenfassen – um Ideen und Anschauungen, um Bewusstes und Unbewusstes, um Fragen der Kulturgeschichte, Methoden der Soziologie oder Erklärungsansätze der Psychologie und vielerlei mehr. Um es auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen: Es ging also am dringlichsten um ein Anders als zuvor.

Das zentrale Motiv ist folglich die Dynamik der Veränderung, und Liebrechts Darstellungsabsicht beschränkt (oder anders: konzentriert) sich auf die Beschreibung der Geschichte der Rechtsgeschichte als Werdegang. Die konkreten inhaltlichen Ergebnisse interessieren ihn nur als Illustrationsmittel dieses Wandels. Sowohl Beyerle als auch Mitteis seien davon getrieben gewesen, mit der rechtsdogmatischen Lehre der vorausgegangenen Generation der Rechtshistoriker zu brechen und das etablierte Gebäude des Faches durch einen neuen Bau zu ersetzen (vgl. dazu die sinnfällige, mit einem ausführlichen Zitat des Ethnologen Frobenius über die sequenzielle Zerstörung und Wiedererrichtung von Termitenhügeln durch eine jüngere Generation derselben Art einsetzende Einleitung, 1ff.); hierfür ursächlich sei im Wesentlichen die sogenannte und (wie man hinzufügen möchte) mittlerweile gut erforschte, auch durch den »Wirklichkeitssturz« von 1918 ausgelöste »Krise des His-

torismus« in den ersten Dezennien des 20. Jahrhunderts gewesen (etwa 88 f. zu Beyerle und 113 ff. zu Mitteis). (Biographische) Erklärungen oder Begründungen werden zwar keineswegs vollständig aus dem Gang der Untersuchung entfernt, scheinen jedoch nur am Rande auf – etwa die »Verwurzelung« Beyerles in seiner »alemannischen Heimat« als Kondition seiner »liebevolle[n] Begeisterung für die kleinräumig-aufrichtige Welt des Mittelalters« (85) –, ohne dass solcherlei Spuren konsequent weiterverfolgt würden. Leicht spöttisch liest sich hier die kurzgefasste Absage, aus der spezifischen Vater-Sohn-Konstellation der Familie Mitteis – Vater Ludwig war romanistischer Rechtshistoriker – Erkenntnisgewinn zu ziehen: »[E]her verwegen« wäre es, »[i]m Eifer eines Biographen hieraus auf die Gründe für [Heinrichs] wissenschaftliche Ausrichtung zu schließen« (109). Durch die damit einhergehende Entindividualisierung wird die Erneuerung der Rechtsgeschichte implizit auf einer allgemeinen, transpersonalen Ebene verortet, was ein wenig an Böckenfördes Konzept der zeitgebundenen Fragestellungen und Leitbilder erinnert.

Das sich im Verlaufe der Lektüre einstellende Bild ist jedoch von hoher Suggestivkraft. Eng entlang der Werke seiner Protagonisten argumentierend und immer wieder reichhaltig in den Anmerkungen aus den umfangreichen Korrespondenzen zitierend (die moderne Forschung bleibt dagegen auf die notwendigsten Verweise begrenzt), kann der spezifischen Sicht des Autors im Grunde nicht widersprochen werden. Und in der Tat ist die Geschichte der Rechtsgeschichte der Zwischenkriegszeit auf diese Weise darstellbar. Doch könnte, wenn man nicht den progressiven, sondern konservativen Fachvertretern (so problematisch eine solche Kategorisierung ist) das Wort erteilt, in gleicher Weise ein Panorama der Beharrung, der Traditionswahrung entstehen, worauf Liebrecht in einigen Randbemerkungen selbst aufmerksam macht. Und hätte man sich den Außenseitern des Faches zugewandt, wäre wiederum eine andere Geschichte entstanden. Unter der Prämisse, die Veränderung(en) des Faches darzulegen, sind Beyerle und Mitteis folglich eine konsistente, aber eben auch voraussetzungsreiche Wahl: Der eine, weil er »mit scharfer und spitzer Rhetorik die Glaubenssätze der Klassikergeneration [überwindet]«, dabei den »dadurch gewonnenen offenen Raum sogleich mit eigenen, kaum glaubwürdigeren Lehm-Figuren eines ursprünglichen Privat-

rechts [füllt]« (103), der andere, weil er »die Rechtsgeschichte vom Leitbild einer sauber von der allgemeinen Geschichte separierten Dogmenhistorie befreien wollte« (191) und »die eindrucksvollen Frühmittelalterbilder und -theorien der wilhelminischen Rechtshistoriker durch einen neuen, nicht weniger großartigen Plan des Hochmittelalters [ersetzte]« (195). Oder anders formuliert: Beyerle, der die Rechtsgeschichte ihrer starren Systematik und damit einhergehenden »Lebensferne« enthob (97–101) und Mitteis, der die Rechtsgeschichte »historisch« dachte und machte (226), ließen die juristisch-dogmatischen Paradigmen ihres Faches hinter sich und ersetzten diese durch eine dezidierte Hinwendung zur »Geistesgeschichte«.

Obschon keineswegs explizit verbalisiert, wird beim Lesen gleichsam Liebrechts Hochachtung vor den Größen des Fachs immer wieder deutlich, unabhängig davon, ob sie der »älteren« oder »jüngeren« Rechtsgeschichte angehör(t)en. Gleiches gilt für die »Geistesgeschichte«, die als »Überbietung«

(323), als »Erneuerung« (329) positiv konnotiert ist, jedoch »keineswegs [...] das Erneuerungsparadigma dieser Jahre schlechthin« gewesen sei (327). Dass die Wissenschaftsgeschichte Liebrechts (vgl. hierzu auch seine Positionsbestimmung, 2–6) in unverkennbarer Tradition zu dieser »Geistesgeschichte« steht (wenngleich sie einen anderen Gegenstand hat), ist dementsprechend wenig überraschend. Folglich könnte die Besprechung ebenfalls mit »Wie wir wurden, wer wir sind« überschrieben werden. Es bliebe einzig zu hinterfragen, ob die Diagnose, die »Konzentration auf Texthistorien und Editionen« sei heute »befremdlich« (264), in dieser Form zutrifft. Vielmehr scheint es dem Rezensenten, dass sich nicht nur die rechtsgeschichtliche Mediävistik, durch die neudeutsch Digital Humanities genannten Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung und -präsentation bereichert, gerade hierdurch neue Erkenntnisse zu alten Fragen erhofft: *Eadem mutata resurgo?*



Milan Kuhli

Diskursgeschichte des Völkerstrafrechts*

Das vorliegende Buch von Annette Weinke ist aus ihrer Habilitationsschrift hervorgegangen, die 2013 an der Friedrich-Schiller-Universität Jena eingereicht und angenommen wurde. In den Worten der Autorin liegt dieser Studie die Idee zugrunde, »anhand des deutschen Fallbeispiels eine Diskursgeschichte des modernen Völkerstrafrechts im 20. Jahrhundert zu schreiben« (330). Konkret heißt dies: »In Anknüpfung an Begriffe und Methoden, die sich in den letzten Jahren im Zusammenhang mit den beiden Forschungstrends der

Transitional Justice und der juristischen Vergangenheits-, Geschichts- und Erinnerungspolitik herausgebildet haben, soll anhand der Diskussionen über deutsche staatliche Gewalt im 20. Jahrhundert der Frage nachgegangen werden, welche diskursiven Strategien und sozialen Praktiken in verschiedenen Kontexten eingesetzt wurden, um gegenüber einem internationalen oder nationalen Publikum die Illegalität beziehungsweise Legalität bestimmter Gewaltmaßnahmen zu begründen« (10 f.). Die Verfasserin konzentriert sich dabei in vier Haupt-

* ANNETTE WEINKE, Gewalt, Geschichte, Gerechtigkeit. Transnationale Debatten über deutsche Staatsverbrechen im 20. Jahrhundert (Beiträge zur Geschichte des 20. Jahrhunderts 19), Göttingen: Wallstein Verlag 2016, 372 S., ISBN 978-3-8353-1766-6

kapiteln und einem abschließenden Kapitel auf »den außergerichtlichen Raum von Regierungen, Ministerien, Zivilgesellschaft und Wissenschaft« (11), den sie anhand von gedruckten und ungedruckten Quellen beleuchtet.

I. Die Untersuchung beginnt mit dem Kapitel »Den Haag – Versailles«, dessen zeitlicher Bogen vom ausgehenden 19. Jahrhundert bis in die Weimarer Zeit reicht. Die Verrechtlichung des Krieges, die bereits vor der Jahrhundertwende debattiert wurde und die eine Ausprägung in den Haager Abkommen von 1899 und 1907 fand (30 ff.), erlebte nach den Worten Weinke im Ersten Weltkrieg einen »Testfall«, sodass schon kurz nach Kriegsbeginn international über deutsche Völkerrechtsverstöße diskutiert wurde (104 f.). Die Autorin schildert in diesem Kontext die während des Krieges stattfindende Unternehmung der Alliierten, deutsche Gewalttaten »sowohl für historische Zwecke als auch im Hinblick auf mögliche strafrechtliche Sanktionen zu dokumentieren« (31): Der erstmals 1915 erschienene Bericht der sogenannten Bryce-Kommission über deutsche Gewalttaten diene laut Weinke zur Informierung der Weltöffentlichkeit, trug aber auch »maßgeblich dazu bei, die anfangs ablehnende Haltung der Liberalen gegen den britischen Kriegseintritt aufzuweichen« (49 f.). In die zeitgleich einsetzende Debatte über eine völkerrechtliche Bestrafung der deutschen Verantwortlichen flossen nach Ansicht der Verfasserin nicht nur Gerechtigkeitserwägungen (»Weltfriedensordnung«), sondern auch nationalistische Zielsetzungen ein (46 f.).

II. Es folgt das zweite Kapitel (»Washington – Nürnberg – Bonn«), das vor allem den Völkerstrafrechtsdiskurs im Zweiten Weltkrieg, daneben aber auch den Hintergrund des Beitritts der jungen Bundesrepublik zur Völkermordkonvention zum Gegenstand hat. In Bezug auf das Weltkriegsgeschehen richtet die Autorin den Blick sowohl auf die deutsche Seite als auch auf diejenige der Alliierten. Weinke konstatiert dabei einen wesentlichen Unterschied zum Ersten Weltkrieg: Während es dort »vor allem Rechtswissenschaftler der Ententestaaten gewesen waren, die das Thema deutscher Völkerrechtsverletzungen frühzeitig auf die politische Tagesordnung gebracht hatten, verliefen die Frontlinien im Zweiten Weltkrieg zunächst in umgekehrter Richtung. Kurz nach dem deutschen Überfall auf Polen meldeten sich namhafte deutsche Völkerrechtler zu Wort und warfen der britischen Regierung in einer absurden Verdrehung der

Tatsachen vor, einen »verbrecherischen Angriffskrieg« gegen das Deutsche Reich vom Zaun gebrochen zu haben«. Es sollte »fast zwei Jahre dauern, ehe die internationale Debatte über die deutsche Kriegsführung langsam in Gang kam« (170 f.). Laut Weinke bildeten sowohl Negativerfahrungen nach dem Ersten Weltkrieg als auch interne Meinungsverschiedenheiten Gründe für dieses Zögern der Alliierten (110).

Deutlich früher als die politische Führung haben Wissenschaftler, Friedensaktivisten und Verfolgte des NS-Regimes agiert (112). In dieser Hinsicht befasst sich die Autorin unter anderem mit dem polnisch-jüdischen Juristen Raphael Lemkin, der sich während des Krieges für eine Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts einsetzte (117 ff.). Dessen 1944 erschienenes Buch *Axis Rule in Occupied Europe* rechnet Weinke zu einem »neuartigen Typus der juridischen Geschichtsschreibung. Diesem lagen drei mehr oder weniger fest umrissene Motivlagen zugrunde: Erstens sollten Öffentlichkeit und Nachlebende über die weitreichenden Verfolgungs- und Vernichtungsabsichten des Dritten Reiches aufgeklärt werden; zweitens betrieb man eine Form der forensischen Spurensicherung, die als Grundlage für spätere Anklageerhebungen dienen konnte; drittens war man bestrebt, die im Gang befindliche völkerrechtliche Diskussion über deutsche Massengewalt in einem menschenrechtlichen Sinne zu beeinflussen« (172 f.). Lemkins spätere Bedeutung für die Völkermordkonvention dürfte der Grund dafür sein, warum die Autorin die Geschichte des westdeutschen Beitritts zu diesem Vertragswerk ebenfalls bereits im zweiten Kapitel nachzeichnet (159 ff.).

III. Im dritten Kapitel (»Bonn – Ludwigsburg – Jerusalem«) widmet sich die Verfasserin der »Vergangenheitsbearbeitung« im Nachkriegsdeutschland (178). In diesem Kontext beleuchtet sie unter anderem die Abschaffung der Todesstrafe durch Art. 102 GG: »Während die Bewegung gegen die Todesstrafe in so gut wie allen westeuropäischen Nachkriegsstaaten als klassisches Projekt der Linksliberalen und Sozialdemokraten gelten konnte, hatte sich in Westdeutschland die nationalistische Rechte das Thema frühzeitig zu eigen gemacht« (179). Ein weiterer Fokus des Kapitels liegt auf dem historischen und juristischen Umgang mit der These vom »Endlösungsbefehl« (193 ff.) sowie auf dem Eichmann-Prozess, der in dem Werk Hannah Arendts Reflexion fand (211 ff.). Nach Ansicht von

Weinke entfalteten aber weder der Jerusalemer Prozess noch Arendts Reportage unmittelbare Auswirkungen auf die deutsche Rechtsprechung (225, 236).

IV. Das vierte Kapitel trägt den Titel »Salzburg – Bonn/Berlin« und beleuchtet die Zeit nach dem Ende des Kalten Krieges. Der erste Teil der Kapitelüberschrift (»Salzburg«) rekurriert auf die sogenannte Transitionsforschung, die ein heuristisches Instrument der vorliegenden Arbeit bildet und in diesem Kontext auch zu ihrem Untersuchungsgegenstand wird (20). Eine zentrale Etappe der Entwicklung dieser Forschungsrichtung bildet nach Auffassung der Autorin eine Konferenz, die im Jahre 1992 in Salzburg stattfand (254 ff.) und anhand derer die Verfasserin Probleme dieser Forschungsdisziplin aufzeigt (257).

Im zweiten Schwerpunkt bezieht sich das vierte Kapitel (»Bonn/Berlin«) auf die »deutsche Diktaturaufarbeitung« in der Zeit nach der Wiedervereinigung, die sich laut Weinke dadurch auszeichnet, dass man bereits »frühzeitig und dezidiert auf strafrechtliche Strategien« (269) setzte. Nach Auffassung der Autorin traf der Zusammenbruch der DDR auf einen Zeitgeist, »der durch eine verstärkte gesellschaftliche Beschäftigung mit der Zeit des Nationalsozialismus und des Zweiten Weltkriegs gekennzeichnet war« (237). Weinke kritisiert dabei, dass die Strafverfolgung von DDR-Unrecht durchgeführt wurde, »ohne dass man sich zuvor in einer gesellschaftlichen Debatte über die Notwendigkeit von Strafprozessen und damit zu verfolgende Strafzwecke verständigt hatte« (271). Andererseits wurde von verschiedenen Seiten über die Einrichtung eines außergerichtlichen Tribunals diskutiert (275 ff.) – eine Idee, die nach Ansicht der Autorin jedoch »in der Öffentlichkeit überwiegend auf Skepsis« stieß (280).

V. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Verfasserin eine interessante Abhandlung vorlegt, die anhand ausgewählter Quellen zentrale Debatten beleuchtet. Es gelingt der Autorin, zahlreiche

Wechselwirkungen zwischen Geschichtsbildern, historischen Narrativen, juristischer Bewertung und juridischer Geschichtsschreibung aufzuzeigen. Dass hierbei so mancher Diskussionsbeitrag (z.B. derjenige von Hermann Jahrreiß – 116 ff.) ausführlicher nachgezeichnet wird als andere, mag unter dem Blickwinkel der Exemplifizierung verständlich sein. Interessant wäre es allerdings gewesen, wenn sich Weinke noch tiefergehend mit dem auf 217 ff. nur kurz erwähnten Fritz Bauer befasst hätte. Zu kritisieren ist außerdem, dass nicht alle Aussagen der vorliegenden Studie mit konkreten Quellenangaben versehen sind; so finden sich beispielsweise im Kontext der Aussage, »viele westdeutsche Schwurgerichtskammern« hätten »den behaupteten ›Endlösungsbefehl‹ als Strafmilderungsgrund« bewertet (207), keine direkten Verweise auf konkrete gerichtliche Entscheidungen. Auch ist ergänzend zu betonen, dass das von der Verfasserin angesprochene sogenannte »Richterprivileg« [...], das zu einer fast völligen Straflosigkeit der NS-Juristen geführt hatte« (274), bereits in Gustav Radbruchs Beitrag *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* von 1946 Erwähnung findet.¹

An der hier rezensierten Studie ist positiv hervorzuheben, dass die kritisch beleuchteten Aktivitäten von Wahrheitskommissionen (u. a. 253, 268) und Debatten über Amnestien (290 ff.) sowie Kriegsverantwortlichkeiten (61 ff.) anschaulich machen, welche Spannweite eine völkerstrafrechtliche Diskursgeschichte haben muss. In dem Maße nämlich, in dem die Durchführung bzw. Nichtdurchführung von Strafverfolgung und die Debatten hierüber mit anderen Elementen einer *Transitional Justice* bzw. Vergangenheitsbewältigung einhergehen, muss eine Diskursgeschichte des Völkerstrafrechts auch diese anderen Elemente im Blick haben. In diesem erweiterten Fokus liegt der Wert von Weinkes Buch.



1 GUSTAV RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *Süddeutsche Juristen-Zeitung* I (1946) 105–108; vgl. hierzu auch THOMAS VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 3. Aufl., Heidelberg 2016, 225 f.

Michael Stolleis

Der Strom kommt aus der Steckdose*

Täglich nutzen wir Einrichtungen, die uns selbstverständlich geworden sind. Sie gehören uns, den Bürgern, nur in einem übertragenen Sinn, und wir beherrschen sie auch nicht. Die hinter ihnen stehenden technischen und politischen Voraussetzungen verstehen wir meist nur ansatzweise. Wir verbrauchen Strom und Trinkwasser, werden mit Fernwärme, Erdgas oder Öl »versorgt«, informieren uns (man beachte die Wassermetaphern) »aus allgemein zugänglichen Quellen« einschließlich des »Surfens« im Internet (Art. 5 Abs. 1 GG), steigen in öffentliche Verkehrsmittel, fahren über wohlgeglättete Straßen oder fliegen mit gebremsten Angstgefühlen von Kontinent zu Kontinent. Währenddessen werden unsere Abwässer geklärt und wird unser Müll entsorgt. Dies alles vollzieht sich durch gewaltige Netzwerke, Röhrensysteme und Kabel im Untergrund sowie über der Erde auf Verkehrsflächen und Schienen, durch Überlandleitungen, Versorgungs- und Entsorgungseinrichtungen, die wir kaum noch wahrnehmen. Wir sind auf sie angewiesen und bezahlen sie auch, mehr oder weniger stillschweigend, über Gebühren oder Steuern. Wir erwarten, dass ein weit verstandener »Staat« oder eine von ihm kontrollierte Privatwirtschaft dies alles unterhält und finanziert, einschließlich ehrgeiziger Großprojekte wie »Stuttgart 21«, »Flughafen Berlin« oder »Elbphilharmonie«. Was seit Ernst Forsthoffs berühmter Studie von 1938 »Daseinsvorsorge« genannt und ständig erweitert wurde, heißt seit den fünfziger Jahren – vermittelt über den Wortgebrauch der NATO – »Infrastruktur«.¹ In ihr versammeln sich alle Garantien unseres Lebensstils, aber sie bilden zugleich das »Gehäuse unserer Hörigkeit« wie man mit Max Weber sagen könnte. Insgeheim fürchten wir die damit verbundenen Abhängigkeiten, die alltäglichen Risiken, die Ge-

fahren des Kollapses und die Verletzlichkeit gegenüber externen Angriffen.

Der Leipziger Historiker Dirk van Laak legt nun das Konzentrat langjähriger Beschäftigung mit »Infrastruktur« in einem gedanken- und inhaltsreichen Buch vor. Er verarbeitet dabei Technikgeschichte, Bau- und Raumplanung, soziologische und wissenschaftsgeschichtliche Einsichten, um die Interaktion zwischen Bedürfnissen und dem Sog des Fortschritts, zwischen faktischen und psychischen Widerständen, der Gewöhnung und der Wahrnehmung von Gefahren zu beschreiben. Das erfordert Denken in historischen Längs- und disziplinären Querschnitten. Er bezieht seine Beispiele aus allen Weltgegenden, aber naturgemäß vor allem aus Europa und Amerika während der letzten beiden Jahrhunderte.

Am Anfang stehen die großen Kanalbauten in Frankreich und England, die Regulierung von Rhein und Donau sowie die großen Durchstiche des Suez- und Panamakanals. Dann folgen die Netzwerke der Eisenbahnen, die Prepay-Erfindung der Briefmarke und deren Globalisierung durch den Weltpostverein, die Verlegung von See- und Landkabeln mitsamt der Telegraphie. In dieser Zeit werden die Städte untertunnelt, um Fäkalien und Abwasser zu entfernen, um Röhren und Kabel aller Art unterzubringen, etwa für das neue Leuchtgas oder die ab 1900 laufenden Untergrundbahnen in Moskau, Paris und London. Die Städte werden systematisch beleuchtet und durchlüftet.² Öffentliche Bäder sollen für Reinlichkeit und Gesundheit sorgen. Die Tierhaltung wird aus den Städten verdrängt, Hausschlachtungen werden durch »Schlachthöfe« ersetzt, die Epoche des Pferdes geht zu Ende,³ die des Autos beginnt und fordert umgehend »autogerechte« Straßen. Elektrizität wird die Energieform schlechthin, für die

* DIRK VAN LAAK, Alles im Fluss. Die Lebensadern unserer Gesellschaft. Geschichte und Zukunft der Infrastruktur, Frankfurt a. M.: S. Fischer 2018, 368 S., ISBN 978-3-10-397352-5

1 DIRK VAN LAAK, Der Begriff »Infrastruktur« und was er vor seiner Erfindung besagte, in: Archiv für Begriffsgeschichte 41 (1999) 280–299.

2 MARIANNE RODENSTEIN, »Mehr Licht, mehr Luft«. Gesundheitskonzepte im Städtebau seit 1750, Frankfurt 1988.

3 ULRICH RAULFF, Das letzte Jahrhundert der Pferde: Geschichte einer Trennung, München 2015.

Großindustrie ebenso wie für die Veränderungen der Wach- und Schlafzeiten, für die Befreiung von mühsamer Arbeit durch Elektrogeräte bis hin zu gesünderer und frischerer Nahrung. Waschmaschine und Kühlschrank sind die bekanntesten Beispiele.⁴ Dies alles führt wieder zur Elektrifizierung riesiger Landschaftsräume, zum Bau von Staudämmen und Kraftwerken, schließlich – vor unseren Augen – zur E-Mobilität und weiterer Steigerung des Verbrauchs elektrischer Energie.

All dies ist aus der nationalen Perspektive von Verwaltung und Verwaltungsrecht in der (hier nicht benutzten) fünfbändigen »Deutschen Verwaltungsgeschichte« (1983–1988) für Straßen und Kanäle, Eisenbahnen, Nachrichtenwesen detailliert beschrieben worden.⁵ Aber van Laak deutet diese Prozesse globalgeschichtlich, erklärt den von ihnen ausgehenden Druck und die Ausbeutungsinteressen der Kolonialmächte, über neue Transport- und Kommunikationswege die »rückständigen« Länder zu modernisieren. Infrastrukturen werden auf diese Weise zu »Machtspeichern« der jeweiligen Machthaber. So führt das Buch bis in die Gegenwart mit ihren Auseinandersetzungen um Erdgas- und Öl-Pipelines, in den Bau eines Schienenwegs (»Seidenstraße«) von China bis nach Mitteleuropa, in den Kampf um Flotten- und Luftstützpunkte. Damit kehrt die Problematik der »Infrastruktur« wieder zu ihrem Ausgangspunkt der NATO zurück.

Charakteristisch für die hier so spannend geschilderten Phänomene ist freilich die Koppelung von Mikro- und Makroskopie. Oft sind es geringfügig erscheinende Neuerungen, die sich zu globalen Netzwerken auswachsen, etwa zu jenen Kraken der Datenverarbeitung oder des Versandhandels, mit denen heute einzelne Nationalstaaten nicht mehr fertig werden. Gleichzeitig verändern die so geschaffenen und ständig sich wandelnden Infrastrukturen unsere Psyche, unser Alltagsverhalten, etwa bei der Nutzung von Smartphones, E-Books oder Navigationsgeräten. Der Blick pendelt also hin und her zwischen den übergreifenden Struk-

turen und den Individuen, die als massenhafte Nutzer oder Verbraucher auftreten. Eines der Beispiele ist die um ein Vielfaches gesteigerte Mobilität heutiger Gesellschaften (vulgo »Reisewut« oder Dromomanie). Sie zwingt die entsprechenden Infrastrukturen herbei, oder umgekehrt, die Mobilität ergießt sich dorthin, wo durch Politik und Kapitaleinsatz die Infrastrukturen und ihre Bequemlichkeiten vorgehalten werden.

In gleichem Maße wachsen die Zwänge der rechtlichen Regulierung: Verkehrsflüsse werden zu Wasser, zu Lande und in der Luft durch Gebote und Verbote domestiziert. Wer sich in ihnen bewegen will, muss einen »Führerschein« erwerben (§ 2 Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909). Um der Rentabilität der Versorgungsstrukturen willen werden Anschluss- und Benutzungszwänge eingeführt. Wer sich zu entziehen versucht, um als »Selbstversorger« zu leben, muss mit Bußgeldern rechnen. Umgekehrt kann, wer nicht versorgt ist, versuchen, über eine Leistungsklage an die Netze angeschlossen zu werden. Massenhafte Proteste gegen Großprojekte, Abschaltung alter oder Einführung neuer Energiegewinnungsformen bedienen sich der Sammelklagen oder der Verbandsklagen, ebenso wie umgekehrt Einzelne sich mit Hilfe ihrer Grundrechte gegen Beeinträchtigung durch Infrastruktureinrichtungen wehren können. Alle diese Probleme des Baurechts, Planungs-, Telekommunikations-, Kulturverwaltungs-, Umwelt- und Prozessrechts, die mit der Schaffung und Unterhaltung von Infrastrukturen verbunden sind, werden hier nicht behandelt,⁶ was auch nicht zu erwarten ist. Sie sind Gegenstand einer unermesslichen juristischen Spezialliteratur, die nun zusätzlich auch noch vom Europarecht durchwirkt ist.

Dem Historiker genügt es, auf die vielfältigen Organisations- und Finanzierungsformen der Infrastrukturen hinzuweisen. Wird die Privatinitiative genutzt, um Autobahnen, Flughäfen, Pipelines oder Zugverbindungen zu finanzieren? Welche Instrumente oder Institutionen bleiben dem öf-

4 MARTINA HESSLER, *Mrs. Modern Women. Zur Sozial- und Kulturgeschichte der Haushaltstechnisierung*, Frankfurt a. M./New York 2011.

5 WOLFGANG RÜFNER, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft*, Berlin 1967; DERS., *Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit*,

§ 96, in: JOSEF ISENSEE, PAUL KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 3. Aufl., Heidelberg 2006, 1049–1107. Siehe dort insbes. Rn. 7.

6 GEORG HERMES, *Staatliche Infrastrukturverantwortung. Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener*

Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen 1998.

fentlichen Recht, also dem Staat, vorbehalten? Gibt er die Leitungstrassen auf Dauer aus der Hand? Auf welche Weise werden die Nutzer der Infrastruktur, wenn überhaupt, finanziell belastet? Mit diesen Fragen stehen die Infrastrukturen im Zentrum der Debatten um Public-Private-Partnership (PPP), und dies heißt auch, um die seit über einem Jahrhundert zu beobachtende Verwischung der Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht. Bis in die sechziger Jahre des 20. Jahrhunderts dominierte bei den existenziell wichtigen Infrastrukturen der Staat. Dann begann die Welle der Privatisierungen, und gegenwärtig versuchen Kommunen und Staat, wieder die Kontrolle zurückzugewinnen, etwa beim Verkauf von Verkehrseinrichtungen, die anschließend über »Leasing« genutzt wurden. Seit 1998 gibt es in Deutschland eine »Bundesnetzagentur«, die gerade in diesem grauen Bereich zwischen öffentlich und privat agiert.

Abschließende Kapitel des Buchs sind dem Scheitern von Infrastrukturprojekten, ihren Lebenszyklen und den mit ihnen verbundenen externen und inneren Gefahren gewidmet. Unausweichlich sind Infrastrukturen Gegenstand der Politik – in Friedens- und Kriegszeiten. Sie dienen der Beherrschung von Räumen, sie verteilen Güter, sie erfordern gigantische Finanzmittel und vor allem Menschen, die sie bauen und unterhalten. Wirtschaftsliberale Staaten und Diktaturen verfahren hierbei ganz unterschiedlich, indirekt steuernd oder brutal durch Enteignungen und Zwangsarbeit. Gerade wegen des hohen Anteils an Politik scheitern auch viele Projekte, etwa weil aus Prestigegründen die Kosten vernachlässigt wurden, weil neue Regierungen neue Ziele setzten oder weil unvorhersehbare Schäden das Ganze blockierten. Unweigerlich entstehen dann Ruinen, Brachen, ungenutzte Wassertürme, Leuchttürme, von Unkraut überwucherte Schienenstränge. Wo Infrastrukturen aber funktionieren, weiter ausgebaut und verfeinert werden, wächst auch ihre Anfälligkeit. Vom einfachen Störfall bis zum landesweiten Zusammenbruch der Versorgungssysteme ist alles denkbar, und zwar wachsend mit gesteigerter Vernetzung und globaler Elektronisierung. Dem kann bei besonders empfindlichen Arealen durch Bil-

dung von Inseln mit Firewalls vorgebeugt werden, aber da die Kontakte zur Umgebung auch nicht ganz aufgegeben werden können, sind Spezialisten in Geheimdiensten oder Terrorzellen erfahrungsgemäß in der Lage, solche Sperren zu überwinden.

Dirk van Laak bleibt bei seiner Profession als Historiker. Er konzentriert sich auf die eindringlich entfaltete und illustrierte Geschichte der Phänomene. Mit Ratschlägen oder Prognosen hält er sich mit Recht zurück. Was jedoch bleibt, ist die Einsicht, dass uns der Weg in eine neue Waldeinsamkeit – *rebus sic stantibus* – verwehrt ist. Die Mehrheit kann oder will ohne die Vorteile der Infrastruktursysteme nicht leben. Schon die Verdichtung der Menschheit in Ballungsräumen oder Megastädten spricht dagegen. Entsprechend gab und gibt es wegen der Lebenswichtigkeit der Versorgungsleistungen immer wieder autoritäre Versuche, Minderheiten davon auszuschließen. Die Beispiele sind bekannt.

Auch sind Fehlinvestitionen, Scheitern oder Alterung der Systeme deren normale Begleiterscheinungen. Ihre Verwundbarkeit lässt sich nicht prinzipiell beheben. Wir alle wiegen uns in Sicherheit, sie mögen Tag und Nacht problemlos funktionieren. Was alles passieren »könnte«, wird normalerweise verdrängt. Die Kategorie des »Vertrauens«, ein Topos von Psychologie, Pädagogik und Verhaltensforschung, von Niklas Luhmann in die Systemtheorie eingeführt,⁷ ist gewissermaßen das Schmiermittel der täglichen Abläufe. Je komplexer und unüberschaubarer die Systeme werden, desto mehr wächst die Ohnmacht des Individuums und entsprechend mehr »Vertrauen« wird benötigt. Verdichtete Ohnmachtsgefühle können freilich auch zu Eruptionen von Aggression führen.

Dem hervorragend geschriebenen Buch und der Fülle seiner Beispiele und Perspektiven ist eigentlich nichts hinzuzufügen. Doch drängt sich dem Juristen die Frage auf, ob nicht auch das gesamte nationale, europäische und internationale Regelwerk des Rechts ein staatlich vorgehaltenes Infrastruktursystem besonderer Art ist. Das Regelwerk wird von besonders legitimierten Institutionen geschaffen und verwaltet. Daneben gibt es nichtstaatliche Regelwerke in Fülle und eine gar nicht

7 RUDOLF SCHOTTLAENDER, *Theorie des Vertrauens*, Berlin 1957; FRANZ PETERMANN, *Psychologie des Vertrauens*, Göttingen 1996; NIKLAS

LUHMANN, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 5. Aufl., Stuttgart 2014.

messbare Zahl bipolarer rechtserzeugender Vereinbarungen zwischen Privatrechtssubjekten. Alles in allem gleicht dieses Regelwerk den hier analysierten »Lebensadern unserer Gesellschaft«: Es wird geschaffen, um gesellschaftliche Abläufe zu strukturieren, Konflikte auszuschließen oder jedenfalls in geordneter Form wieder zu lösen. Es ist ein System, das von Spezialisten gepflegt wird, auf dessen Funktionsfähigkeit Unzählige vertrauen, selbst wenn sie es nur hin und wieder nutzen. Seine Kosten werden überwiegend von den Steuerzahlern getragen, aber auch von denen, die zur Tragung von Prozesskosten verurteilt werden. Wie im Straßenverkehr oder auf den Datenautobahnen gibt es in der Justiz Staus, fehlende Pünktlichkeit,

Katastrophen und Unfälle, Fehltritte genannt. Wo die Probleme überhandnehmen, werden Finanzmittel zur Vermehrung von Justizpersonal eingesetzt. Der Rechtsstaat, so heißt es, soll so verlässlich sein wie die Züge in der Schweiz oder in Japan. So wie der Einzelne auf die Leistungen der materiellen Infrastruktur ist auch der Staatsbürger im Rechtsstaat auf pünktliche und unparteiische Justiz angewiesen. Der Anspruch auf Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) ähnelt, jedenfalls in der Struktur, dem Anspruch auf Nutzung von Infrastruktursystemen. Einen Anspruch auf Sicherheit und Güte der Leistung gibt es nicht. ■

Warren Swain

»The narrow ways of English folk«*

At the turn of the 20th century, in his poem »The Old Australian Ways«, AB »Banjo« Paterson observed that the »narrow ways« of the English »are not for such as we«. He was not talking about the law, but his remarks do speak to lawyers. More than twenty years ago, Bruce Kercher's *Debt, Seduction and Other Disasters: The Birth of Civil Law in Convict New South Wales* provided an important account of the ways in which Australian law diverged from English law in the very early decades of the colony. By contrast, the relationship between Australian and English private law since the early colonial period has attracted relatively little attention. The absence of comment on the subject is even more surprising given that Australian historiography, as chronicled by Lunney, has long ago abandoned the pretence that the history of Australia can only be understood through the lens of the British. *A History of Australian Tort Law 1901–1945* fills some of the gap in the history of private law in Australia by looking at the law of tort in the

first half of the twentieth century. At the core of this book, Lunney addresses a crucial idea about the development of private law in Australia that is all too pervasive. This orthodox narrative suggests that until the post-war period, private law in Australia was largely a carbon copy of English law. The reality was more nuanced. English law was, of course, important, but this is not to say that Australian judges were never prepared to depart from the English version of the common law. This development was partly due to the way in which Australian lawyers of the period viewed precedent. As Lunney explains, »A commitment to both the universality of the common law in the Empire / Commonwealth, and the capacity of Australian lawyers to contribute to that common law for the greater good, underpinned their views as to how English authority was to be applied in Australia« (2). Lunney's key point is that Australian judges did not just apply English law in an unmodified form. There was a degree of innovation,

* MARK LUNNEY, *A History of Australian Tort Law 1901–1945*. England's Obedient Servant? Cambridge: Cambridge University Press 2018, xxiv + 286 p., ISBN 978-1-108-42331-1

and some of those innovations were significant. The story that Lunney describes is just as likely to be true in other areas of private law. It certainly fits with the history of contract law in Australia as well as in other colonies, like New Zealand.

Lunney wisely chooses to concentrate on aspects of tort doctrine rather than providing a comprehensive account of the law of tort during this period, which would be both dull and unnecessary. Two chapters focus on the history of defamation, and others variously consider liability for the acts of third parties, psychiatric injury, liability of the state and other public or quasi-public bodies, and environmental damage. A further chapter looks at the impact of tort law on sporting and recreational activities.

Statute is one obvious way in which Australian tort law came to differ from that in England. The federal structure of Australia's legal system further complicated the adaptation of tort law. For example, some states introduced legislation on defamation, whilst others (like Victoria) did not. There are other illustrations of the same phenomenon. The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1944 (NSW) contained provisions on psychiatric injury which went further in allowing recovery than was possible in the common law in England or in the rest of Australia. However, whereas legislation is important in the way that Australian lawyers adapted English law or even built their own jurisprudence, it is but part of a wider question. Some attempts to shape the direction of the law in Australia can be seen as a matter of pure doctrinal analysis. This is something that is also evident in the case law on psychiatric injury. Yet this is still only part of the story. One of the most interesting aspects of Lunney's approach is the way in which legal developments are explained against a backdrop of local conditions. Resistance on the part of judges towards imposing liability on public bodies for failure to repair roads was controversial, but it was particularly pertinent in Australia because a contrary result was perceived to be a threat to nation-building. Equally, Australian conditions could result in the law moving in the opposite direction. Bush fires were, and are, a potent threat. As a result, judges were less uneasy about imposing liability on the state railway operators for fires caused by trains.

There is a good deal of detail in the book which cannot be covered in a short review. Lunney succeeds in his stated aim of highlighting the

importance of Australian lawyers in the development of the law of tort in ways that were »distinct and innovative«. In his conclusion he identifies two major factors. The first, which is procedural, is often overlooked. It concerns the prevalence of jury trials in tort actions. The second factor that he identifies is the Australian environment. This has already been touched on. The idea covers more than just the natural environment. It was also a matter of community values. Lunney illustrates the point with reference to the relative paucity of litigation over sporting activities.

This monograph ought to encourage others to delve into the history of private law in Australia and indeed in other Commonwealth countries. Further lines of inquiry are hinted at. Lunney mentions the role of legal culture and focuses on academic culture especially. This begs the question of what the particularly characteristics of Australian legal culture are. By the period covered in this book, judges had trained and practiced in Australia. These men were brought up in the traditions of English law even if they operated at one step removed from it. Different Australian states may also possess their own legal cultures. The failure in New South Wales to completely fuse Equity and common law until comparatively recently has consequences to this day. It would be interesting to consider whether there are other differences in substantive law that can be explained in much the same way. Certainly, there was no significant body of Australian legal literature until comparatively recently. John Salmond, who was a law professor in Adelaide and then in New Zealand, published his *The Law of Torts* in 1907, but the book did not contain much discussion of non-English authorities. This may explain the continued hold of English legal ideas, but it does not account for the differences. Then there is also the question of Australian nationalism and identity, which Lunney touches on in chapter 2. In constitutional law, there was a decisive change in the approach of the High Court once those who were not involved in the federation process retired. To what extent do the claims of an Australian legal identity wax and wane, and how much do individual judges matter in this process? Lunney's study ends with the Second World War. This period and the immediate post-war years would see a decisive change in the relationship between Australia and its former coloniser. Yet as late as 1948 Sir Owen Dixon, unquestionably the leading Australian judge of his

generation, could assert that »[d]iversity in the development of the common law ... seems to me to be an evil«. *A History of Australian Tort Law 1901–1945* begins to set the record straight by showing that Australian tort law had a character

of its own and that, in important respects, this was a reflection of the wider society in which it operated.



Valeria Vegh Weis

»Haz lo que digo y no lo que hago«*

Policing Transnational Protest se publicó en 2017, cuando Julian Assange gozaba aún de asilo político, tal como describe Brückenhaus en una de las muchas páginas del libro en las que conecta pasado y presente. Los iniciáticos acuerdos entre potencias europeas para la cooperación policial contra anti-colonialistas y comunistas a comienzos del siglo XX, conforme Brückenhaus, muestran un claro paralelo con las alianzas entre los países dominantes de la actualidad contra migrantes y disidentes políticos (216–217).

Efectivamente fue el año 2012 cuando Assange recibió asilo en la embajada ecuatoriana en Inglaterra. En pleno siglo XXI, Ecuador – en acuerdo con otros países posicionados como anti-imperialistas – había devenido así en un lugar seguro o »safe haven« frente al accionar de las agencias de seguridad de los máximos poderes occidentales que buscaban la inmediata detención del creador de Wikileaks. Luego, Ecuador cambió su rumbo político y ya en abril de 2019 autorizó a la policía inglesa a ingresar a su embajada y detener a Assange, convirtiendo al mundo actual en un lugar donde ya no es posible escapar a la vigilancia policial de las potencias globales.

Esta nueva composición global evidencia entonces un escenario un tanto más hostil del que existía cuando Brückenhaus escribió el libro. En su obra – excelentemente articulada, entretenida y didáctica

– describe la realidad europea de la primera mitad del siglo XX, cuando se vivía una expansión constante de alianzas nacionales para consolidar redes de vigilancia policial internacionales en el marco de un difícil escenario de guerras mundiales e intentos por controlar las protestas anti-colonialistas y organizaciones comunistas. Sin embargo, incluso en ese difícil contexto, las confrontaciones comunismo vs. capitalismo, soberanías nacionales vs. alianzas globales y países Aliados vs. del Eje, permitían la configuración de »safe havens« en uno u otro lugar del mundo, de acuerdo con el devenir de la composición de fuerzas. Juzgando el caso de Assange, el mundo actual parece ofrecer redes de colaboración policial aún más extendidas, que no permiten la subsistencia de espacios seguros fuera de su control.

Brückenhaus marca otro elemento doloroso que vincula pasado y presente: la doble vara o el »Haz lo que digo y no lo que hago«. Siguiendo la historia de personajes claves tales como Savakar, el Club Indio-Egipcio, Saad Zaghloul o M.N. Roy, el autor expone cómo las potencias europeas hacían gala de su respeto exacerbado por el Estado de Derecho pero sólo puertas adentro. Afuera, en las colonias, las garantías y derechos reconocidos en instrumentos legales nacionales e internacionales eran sistemáticamente violados en pos de preservar el dominio europeo en el nuevo mundo y obstaculizar la

* DANIEL BRÜCKENHAUS, *Policing Transnational Protest: Liberal Imperialism and the Surveillance of Anti-colonialists in Europe, 1905–1945*, New York: Oxford University Press 2017, 320 p., ISBN 978-0-19-066001-7

expansión del comunismo. En sus palabras: «La extensión de la vigilancia policial a lo largo de las fronteras internas europeas trajo a la luz importantes desacuerdos entre europeos acerca del modelo político occidental representado por Inglaterra y Francia, que combina un derecho liberal y democrático en Europa con un modelo autocrático en las colonias.» (4)

Esta doble vara incluía cuestiones tales como espionaje, empleo de informantes secretos, violación de correo y prohibición de enviar material a las colonias (15), lo que «era difícil de reconciliar con la imagen inglesa de un país basado en ideales liberales y Estado de Derecho» (17). A ello se agrega que, «mientras Inglaterra y Francia trabajaron juntas frecuentemente, esta cooperación era usualmente llevada a cabo en secreto, minando así importantes principios de transparencia en actos de gobierno» (113).

En esa misma línea, Karl Marx ya había señalado, a mediados del siglo XIX, que «para ser libre en su casa, John Bull [personificación nacional de Inglaterra] debe esclavizar a los pueblos que están fuera de las fronteras de su Estado».¹ En esa lógica, «la acumulación de riqueza en un pueblo significa contemporáneamente acumulación de miseria, torturas laborales, ignorancia, embrutecimiento y degradación moral en el pueblo opuesto». Especialmente interesante, cuenta Marx, es el caso de la trata de esclavos, en tanto el parlamento inglés había aprobado su abolición en agosto de 1833 y hacía gala de su celo en la represión de este delito por otros países europeos, mientras sistemáticamente continuaba practicando la trata en sus colonias sin que ello tuviese ninguna repercusión legal.² A la esclavitud se agregaba la tortura como una práctica usual de los ingleses en territorio indio. Marx advierte acerca de los obstáculos que debía superar el denunciante de hechos de tortura, inclusive de «procedimientos tediosos, aplicables

sólo a una clase de delitos y abuso de autoridad» por parte de los funcionarios policiales.³ En otro ejemplo histórico clave de la doble vara, en este caso en relación a la tensión entre monopolio vs. libre comercio, mientras Inglaterra «predicaba abiertamente el libre comercio de veneno [en relación a la venta irrestricta de opio en China], defendía en secreto el monopolio de su fabricación» en la India.⁴

En relación a ello, un elemento interesante que propone el libro en términos de doble vara es la relación entre Inglaterra, Francia y la Alemania nazi. El autor expone cómo Inglaterra y Francia se mostraron abiertas a realizar alianzas con Alemania para frenar las luchas anti-colonialistas incluso cuando significase pautar secretos acuerdos con las autoridades nazis (157 y 173). Por el contrario, los anti-colonialistas y comunistas supieron realizar alianzas antes impensadas, incluyendo acuerdos entre comunistas y socialistas (165 y 183) y el apoyo de anti-colonialistas a los poderes aliados (185) a los fines de frenar el avance del nazismo.

Finalmente, otro aspecto destacable que vislumbra el volumen es el rol de los anticolonialistas, no como pasivos títeres de las alianzas europeas sino como agentes. Por ejemplo, el autor describe, en tiempos del régimen nazi, la presión india en apoyo de los agentes alemanes más inclinados a tomar medidas y alianzas pragmáticas en desmedro de aquellos funcionarios que defendían medidas racistas a ultranza (177).

En resumen, la obra documenta las estrategias de movimientos anti-colonialistas indios, egipcios, indo-chinos y africanos como plafón para la expansión de las alianzas en materia de cooperación policial entre Gran Bretaña, Francia y Alemania antes de la Primera Guerra Mundial, en el periodo de entreguerras, en el comienzo del nazismo y durante la Segunda Guerra Mundial. Brückenhaus expone cómo la expansión policial transnacional y

1 KARL MARX, Taxation in India, en: New-York Daily Tribune, 23 de julio de 1858, s/n. Disponible en: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1858/07/23.htm>.

2 KARL MARX, The British Government and the Slave-Trade, en: New-York Daily Tribune, 2 de julio de 1858, s/n. Disponible en: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1858/07/02.htm>.

3 KARL MARX, Investigation of Tortures in India, en: New-York Daily Tribune, 17 de septiembre de 1857. Disponible en: <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1857/09/17.htm>.

4 Marx citado en RENATO LEVRERO, Marx, Engels y la cuestión nacional, en: Cuadernos de Pasado y Presente 72 (1979) 97; ver también VALERIA VEGH WEIS, Marxism and Criminology: A History of Criminal Selectivity, Boston 2017.

las organizaciones anti-colonialistas y comunistas se reforzaron mutuamente durante este lapso. De esta forma, el libro contribuye al desarrollo del campo insuficientemente estudiado aún del desarrollo de los regímenes penales transnacionales.⁵

Si fuera posible hacer alguna crítica constructiva a la obra sería que prioriza una lectura superestructural que sólo aisladamente hace referencia a condiciones materiales como condicionantes de los cambios en la vigilancia policial (142, con referencia a la crisis económica de 1929).

Sin perjuicio de ello, es una obra altamente recomendable para entender el pasado y analizar el presente, particularmente en relación a la doble

vara o, en palabras del autor, a los vínculos »entre vigilancia policial y racismo global, y a las tensiones entre el objetivo de implementar libertades civiles a nivel doméstico por un lado y los intereses securitarios de los países occidentales por el otro«. Marx ya lo había señalado en el siglos XIX pero hoy más que nunca se debe prestar atención a la expansión policial global en detrimento de los derechos y garantías individuales de los más vulnerables, en el marco del poder irrestricto de potencias occidentales que dicen al mundo: »Haz lo que digo y no lo que hago«.

■

Philipp Siebert

Öffentliches Recht in Frankreich, 1914–1918*

Im Jahr 2017 sind zwei Sammelbände erschienen, die aus beinahe zeitgleichen Tagungen im November 2015 zur Entwicklung des öffentlichen Rechts in Frankreich 1914–1918 hervorgegangen sind: Der eine ist der von Elina Lemaire (Universität Bourgogne – Franche-Comté) herausgegebene Band zum öffentlichen Recht während des Krieges, der andere der vom Conseil d'État selbst herausgegebene Band zu seiner Funktion und (gestaltenden) Rolle während der Kriegsjahre. Insoweit die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Frankreich ohne den Conseil d'État kaum sinnvoll untersucht werden kann und umgekehrt eine Geschichte dieses Conseil kaum unter Auslassung seines Einflusses auf die Rechtsentwicklung geschrieben werden kann, nähern sich beide Bände aus unterschiedlichen (aber auf das öffentliche Recht fokussierten) Perspektiven gewissermaßen einem gemeinsamen

Gegenstand: der Rechtsstaatlichkeit im Krieg und namentlich der Rechtsstaatlichkeit *in einer Republik* im Krieg.

Lemaires Sammelband bringt die Ergebnisse einer Tagung zu Papier, die Teil des umfangreichen französischen Zyklus *Centenaire 14–18* war, welcher in ganz unterschiedlichen Veranstaltungen dem Ausbruch, Verlauf und Ende des Ersten Weltkriegs gewidmet war. Der Band vereint neun wissenschaftliche Beiträge zu Fragen der Entwicklung des öffentlichen Rechts im und durch den Krieg, derjenige des Conseil d'État weitere 14, von Forschern in unterschiedlichen Stadien ihrer Laufbahn (Doktorand bis Emeritus) verfasst. Hier kommen zudem auch etliche Praktiker zu Wort.

In die Themen führen jeweils Romain Rambaud (*Droit public*) und Martine de Boisseffre (*Conseil d'État*) ein, wobei ersterer beim Postulie-

5 KARL HÄRTER, TINA HANNAPPEL, CONRAD TYRICHTER (coords.), *The Transnationalisation of Criminal Law in the Nineteenth and Twentieth Century: Political Crime, Police Cooperation, Security Regimes and Normative Orders*, Frankfurt am Main 2019.

* ELINA LEMAIRE (Hg.), *La Grande Guerre et le droit public*, Bayonne: Institut Universitaire Varenne 2017, 214 S., ISBN 978-2-37032-115-2; COMITÉ D'HISTOIRE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE (Hg.), *Le Conseil d'État et la Grande Guerre. Actes du*

colloque organisé par le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative, à Paris, les 20 et 21 novembre 2015, Paris: La Documentation française 2017, 283 S., ISBN 978-2-37032-115-2

ren der zu füllenden Forschungslücke zurückhaltender ist, ohne dass dadurch der wissenschaftliche Ertrag des Bandes geschmälert würde. In der Tat bieten beide Werke lesenswerte Aufsätze, auch und vielleicht gerade für deutschsprachige (Rechts-)Historiker. Rambaud hält zunächst fest, dass Wandlungen weniger in der verfassungsrechtlichen als vielmehr der verwaltungsrechtlichen Sphäre zu beobachten gewesen seien, und in der Tat scheint dieser Befund bei mehreren Beiträgen in beiden Bänden durch (siehe Édouard Bédarrides in *Droit public* und die Beispiele bei Jean Barthélemy in *Conseil d'État*). Andererseits muss gleich hervorgehoben werden, dass bspw. die Analysen des Machtgefüges im Staat (Lemaire und Jean-Christophe Videlin in *Droit public*, Stéphane Audoin-Rouzeau in *Conseil d'État*) sich weitaus grundsätzlicheren – und auch politischeren – Fragen widmen als dem Funktionieren des staatlichen Räderwerks auf der behördlichen Ebene. Insgesamt bietet der Band *Droit public* eine Rundschau, die zwar stets in öffentlich-rechtlichen Fragen verwurzelt bleibt, den Horizont aber in sehr angemessener Weise auch auf nicht-juristische Nachbarfelder ausdehnt. Im Falle des Bandes *Conseil d'État* ist der erste der drei Hauptteile rundheraus alltags- und kulturgeschichtlich (so bes. die Beiträge von Annie Depérchin zur Trauer und von Antoine Perrier zur Mobilisierung).

Die Beiträge in Lemaire's Band können, zugegebenermaßen vereinfachend und schematisierend, in solche mit eher theoretischem oder dogmatischem und solche mit eher analytisch-praktischem Fokus eingeteilt werden. Zu ersteren wären die Texte von Ludovic Chan-Tung (zur Völkerrechtslehre), Bédarrides (zur Verfassungsrechtslehre) und François Saint-Bonnet (zum Ausnahmezustand) zu rechnen; vielleicht noch der ideengeschichtliche Aufsatz von Xavier Souvignet zu Positivismus, Kosmopolitismus und Internationalismus, welcher zu den besten des Bandes gehört. Die anderen Beiträge betrachten gewissermaßen die normative Kraft des Faktischen, also die Auswirkung der Praxis auf Rechtssätze und -denkfiguren im Bereich der Staatsorganisation (Lemaire, Videlin), der Legalität der Kriegsmittel (Hamza Cherief) oder der finanziellen und wirtschaftlichen Ordnung auch über die Kriegszeit hinaus (Romain Bourrel, Shoji Harada).

Die Beiträge sind fast durchweg fundiert und aufschlussreich, wobei manche trotz des begrenzten Raumes für die Ausführungen sogar ein sehr

differenziertes Bild ihres Gegenstandes zu bieten wissen. Alle großen Namen der damaligen Epoche begegnen dem Leser: Adhémar Esmein, Gaston Jèze, Léon Duguit, Maurice Hauriou u.v.m., aber auch weniger bekannte und doch auch einflussreiche Juristen werden nicht übersehen (besonders Bédarrides bietet einen guten Überblick über die Doktrin, dem übrigens derjenige von Bernard Pactau in *Conseil d'État* in nichts nachsteht; liest man beide gemeinsam – vielleicht noch in Verbindung mit demjenigen von Bernard Stirn in *Conseil d'État* –, ist man in kurzer Zeit sehr gut orientiert hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Dogmatik bis 1918). Zu der Differenzierung gesellt sich oft ein scharfer Blick für die Begriffe und den Wandel ihres Gehalts während des Krieges, sodass die meisten Beiträge es erfolgreich vermeiden, in die Falle einer »rückwärtsgewandten Prophetie« zu tappen oder zu einfache Pfadabhängigkeiten zu behaupten. In dieser Hinsicht nicht ganz überzeugend bleibt der Beitrag von Chan-Tung, der aus Sicht des Rezensenten zu schnell und vereinfachend heutige Ansichten auf die Jahre 1914/18 rückprojiziert und schematisiert: Der von ihm den französischen Juristen attestierte »nüchterne Patriotismus« (57) wird doch sehr relativiert, wirft man bspw. einen Blick in die Kriegsjahrgänge des *Journal du Droit International* – die kurzen Ausführungen in Bédarrides Aufsatz (112–114) sind da ausgewogener. Auch die Behauptung, die französische Rechtslehre habe schon vor dem Krieg durchweg einer »relativen Souveränität« der Staaten im internationalen Recht (im Gegensatz zur Selbstbindungslehre) das Wort geredet (71), kann schon anhand des *Traité de droit international public* des prominenten Völkerrechtlers Alexandre Mérygnac (1905) widerlegt werden, für den gerade die Selbstbindung die Basis allen Völkerrechts war.

Gelungener ist insbesondere der Aufsatz von Souvignet, der übrigens nicht nur für Rechtshistoriker von Interesse sein kann. Auf 18 Seiten (*Droit public*, 79–97) bietet er einen sehr lesenswerten *tour d'horizon* zu verschiedenen Denkfiguren »des Internationalen«. Sein Ausgangspunkt ist interessanterweise Carl Schmitts »konkretes Ordnungsdenken« (80–82) sowie der Befund, dass seit den Pariser Vorortkonferenzen von 1919/20 nicht mehr Europa die Welt, sondern die Welt Europa ordnet (89). Der Erste Weltkrieg wird schließlich als ein Element in der Entwicklung vom Liberalismus des 19. Jahrhunderts hin zu einer Art kognitiven Dissonanz (»strukturelle Schizophrenie«, 93) zwi-

schen kosmopolitischer Denkweise und internationaler Rechtsordnung gewertet – gewissermaßen Weltbürger- und Weltrepublikidee einerseits, intergouvernementale und nationalstaatsbezogene reale Ordnung andererseits. In der deutschsprachigen Historiographie könnte man hier hervorragend z. B. an Heinz Gollwitzers *Geschichte des welt-politischen Denkens* anknüpfen.

Der Beitrag der Herausgeberin Lemaire befasst sich mit der Frage der Ermächtigungsgesetzgebung in Frankreich, speziell mit dem (am Parlament gescheiterten) Projekt der Regierung von Aristide Briand zur Jahreswende 1916/17, welches in ihrer Einschätzung das erste Projekt einer »allgemeinen Ermächtigung« in Frankreich (129) war. Wie die meisten Beiträge geht auch Lemaire in ihrer Untersuchung trotz begrenzter Seitenzahl minutiös vor und kontextualisiert ihren Gegenstand historisch und politisch sehr gut. Ihr Aufsatz bietet einen spannenden Blick in das innere Geschehen des Gesetzgebungsprozesses im republikanischen Frankreich nach dem Wiedererstarken der parlamentarischen Kontrolle (bes. 129–139). Hier bietet sich eine anschließende Lektüre von Olivier Cartons Beitrag in *Conseil d'État* an, welcher einen guten Einblick in den Umgang des Conseil d'État mit »dem Gesetz« in seiner konsultativen Rolle bietet.

Ein thematisch scheinbar etwas entfernterer Beitrag in *Droit public* ist derjenige von Bourrel zu Finanz- und Steuerrecht. Auch ihm gelingt aber die Verbindung durchaus spezieller und technischer Erklärungen mit einer Einordnung in die größeren Entwicklungslinien der Staatlichkeit an sich. Zunächst einmal ist interessant, dass die steuerpolitische »Ideologie« der Republik dahin ging, Steuern nur zur Finanzierung »normaler« Staatsaktivität zu verwenden (170), nicht hingegen zur Kriegsfinanzierung: Diese wurde durch Verschuldung des Staates teils im Inland, dann aber mehr und mehr im Ausland getätigt: Hatte Frankreich 1913 eine Gesamtverschuldung von 33 Mrd. Franken, so betrug allein die Auslandsverschuldung 1918 über 43 Mrd. Franken. Hinsichtlich der Auswirkung des Ersten Weltkrieges beobachtet der Autor drei »institutionelle und materielle Veränderungen« (177–179): erstens eine Verschiebung von der indirekten zur direkten Besteuerung (namentlich mit der Einkommenssteuer), welche er aber auf Zahlen gestützt als eine graduelle, keine fundamentale Veränderung bewertet. (Interessanterweise stellt sich der gegenteilige Eindruck hin-

sichtlich der Zahl der Streitverfahren in diesem Feld ein: knapp 900 im Jahr 1914, aber fast 6.000 im Jahr 1918; Catherine Lecomte in *Conseil d'État*, 183.) Wichtiger war ihm zufolge, zweitens, die Einführung der Gewinnsteuer 1916, welche zwar während des Krieges finanziell kaum ins Gewicht gefallen sei, aber hernach »explodierende Einnahmen« (178) geboten habe und jedenfalls eine Neuerung grundsätzlicher Art gewesen sei. Drittens schließlich habe der Krieg – und die beschleunigte Entwicklung hin zum Sozialstaat (in dieser Hinsicht verweist Rambaud auf eine »explodierende Verwaltung« im 20. Jahrhundert: *Droit public*, 13) – zu einer erheblichen Verschiebung im institutionellen Gefüge des Staates geführt, da dem Finanzministerium nach 1919 ein ganz anderes Gewicht zugekommen sei als vor 1914.

Beide Bände bieten eine lehrreiche Lektüre, insbesondere, wenn man sie gemeinsam liest und manche Beiträge zueinander in Verbindung setzt. Die »kombinierte« Lektüre bietet zudem den Vorteil, dass gerade durch einen Teil der Aufsätze in *Conseil d'État* das Bild, das der Leser von der Rechtsentwicklung 1914–1918 erhält, gewissermaßen in der erlebten Realität geerdet wird. Diese war natürlich von direkter oder mindestens indirekter Gewalterfahrung geprägt: Auch die Männer des Conseil d'État blieben nicht von der Mobilisierung oder gar dem Kriegstod gefeit, wie Terry Olson mit Pathos (später von Deperchin gelungen relativiert) und Marc Bouvet mit nüchternen Zahlen darlegen – letzterer übrigens gleich in zwei Beiträgen (67–80 und 107–122), wobei die vielen Überschneidungen es wohl auch hätten rechtfertigen können, sie zu einem einzigen zu verbinden. Insgesamt bietet der Band *Conseil d'État* schon wegen seiner weiteren Fragestellung einen Blick hinter die Kulissen, der für das Verständnis der Rechtsentwicklung, die in *Droit public* dargestellt wird, von großem Gewinn ist. Im Übrigen geht bei den Betrachtungen in *Conseil d'État* trotz der Schwere des Themas auch der Humor nicht verloren, wenngleich er anekdotisch bleibt – wie bei der in *Conseil d'État* behandelten Frage der Anbringung grüner Warnaufkleber auf bestimmte Schönheitsprodukte: »Das wird die Verkaufszahlen [der Schönheitssalons] mindern.« – »Ich gehe nicht in Schönheitssalons.« – »Ihr Verlust.« (166–167)

Summa summarum bieten beide Bücher lesenswerte Einblicke in mehrere Bereiche, die mit dem öffentlichen Recht, mit dem Staatsaufbau der Dritten Republik oder mit der Rechtsstaatlichkeit in

ihrer republikanischen Form eng verbunden sind, und gerade dem deutschen Publikum eröffnen sie eine Lesart des Ersten Weltkriegs, die wertvolle Orientierungspunkte für die rechts-, aber auch

politik- und sogar kulturhistorische Auseinandersetzung mit 1914–1918 liefert.



Anna Clara Lehmann Martins

A »diabolical Constitution« in Mexico*

»[A] diabolical Constitution, even more, the worst of all preceding vexatious laws.« These words were uttered by Cardinal De Lai during the session of 9 June 1918 of the Congregation for Extraordinary Ecclesiastical Affairs (AAEES). He was referring to the Mexican Constitution of 1917, in particular to the norms that established severe limitations to the autonomy of the Catholic Church in the country. Mexican bishops, many of whom were forced into exile in the United States, Cuba or Europe during the 1910s, soon formed a transnational network of communication in order to protect each other and react to the anticlerical measures of Venustiano Carranza's government. The traces of this network – which include reports and *dubia* of the Mexican clergy, diplomatic correspondence, press excerpts, letters and decisions of Roman authorities – are explored by Professor Carmen-José Alejos Grau in her recent book. *Una historia olvidada e inolvidable. Carranza, Constitución e Iglesia Católica en México (1914–1919)* focuses on the perspective of ecclesiastics within the scenario of tension in which the Constitution of 1917 was conceived and enforced. This perspective is still underresearched in the historiography dedicated to the Mexican Revolution, but crucial to understanding the turbulent dynamics of Church and State relations in the country. Alejos Grau's narrative is based on unpublished sources from the Vatican

Secret Archives and the Historical Archives of the Secretariat of State of the Holy See.

The book is divided into five chapters and one annex. Chapter 1 provides important contextual information. It outlines the stormy international landscape and the state of the Mexican Revolution until the rise of Carranza. Alejos Grau illustrates the situation of the Catholic Church in Mexico with a report written by the archbishops of Michoacán and Linares in 1914, in which they refute the revolutionary groups' accusations that the Mexican episcopate supported Porfirio Díaz and conspired against Francisco Madero. These accusations, along with the violent anticlericalism of agents in positions of power, led to the exile of a large number of bishops, clergymen and members of religious orders. This chapter also shows how, in the absence of a Mexican representative, the Apostolic Delegate to the United States, Monsignor Giovanni Bonzano, came to play the role of mediator between the exiled bishops, diplomatic authorities and the Holy See.

The core of the book is Chapter 2, in which the reactions of the episcopate in the face of the elaboration and promulgation of the Mexican Constitution of 1917 are discussed. More radical in religious matters than its 1857 predecessor, the new constitution prescribed lay education for all public and private institutions; it denied legal

* CARMEN-JOSÉ ALEJOS GRAU, *Una historia olvidada e inolvidable. Carranza, Constitución e Iglesia Católica en México (1914–1919)*, Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México 2018, 609 p., ISBN 978-607-30-1135-8

personality to the Church, removing from it the possibility of administering goods; and it subjected priests to a series of limitations of civil and political rights, as well as to surveillance by local authorities. In this chapter, Alejos Grau demonstrates that the Mexican episcopate adopted different strategies to confront these measures, some discreet, others more visible. Among the latter, one of the most important was the publication of a protest by the exiled bishops in April 1917, before the constitution's coming into effect. This act would later find support in letters from Pope Benedict XV himself.

More circumspect actions can be observed in the circulation of pastoral instructions from exiled bishops to the clergy and laity under their (former) jurisdiction, as well as in practices of tacit conciliation between ecclesiastical and secular local powers, allowing the maintenance of normal diocesan administration in parallel with the new constitutional ideas. This was the case of the bishop of Oaxaca, who refused to include his name in formal protests in order to preserve diocesan peace. Discretion was also observed when the Mexican episcopate sent *dubia* to the Holy See in search of safe criteria for the application of the new laws. In 1917, the AAEES received questions regarding the nationalization of temples, the payment of corresponding fees, the oath (*protesta*) of Catholic citizens to the new constitution, the disclosure of religious inventories to secular authorities, and the civil surveillance of priests. The beginning of Chapter 5 shows the cautious response of the Holy See in 1918. Recognizing the instability of a nation in the midst of revolution, the AAEES left most issues pending (*dilata*), responding to only one of them, the one concerning the citizens' oath, which it forbade unless the constitution was changed.

Chapters 3 and 5 are both dedicated to the return of exiled bishops to Mexico. Chapter 3 concentrates on premature – and ultimately unsuccessful – attempts. Such was the situation of the archbishop of Guadalajara and the bishop of Zacatecas, who, despite having successfully crossed the border in 1916, were eventually imprisoned; the news then spread that they were to be sentenced to death. The underlying reasons for their arrest were rumors of the bishops' conspiracy against the government and even financial support for Pancho Villa. The arrest triggered intense diplomatic mobilization, led by Bonzano. The United States and Britain were the countries that had a decisive influence on the outcomes of the case, through the

involvement of high-level bureaucrats, members of embassies and bishops. Representatives from Germany and Japan also participated in the process. The Vatican protested vigorously, albeit belatedly, with telegrams sent by Pope Benedict XV to Carranza and to U.S. President Woodrow Wilson. As a result, the bishops were released – and sent back to the United States. Alejos Grau's exposition of this risky attempt to return is particularly engaging given the diversity of viewpoints she covers, including from the diplomatic corps and the prisoners themselves.

Chapter 5, in turn, shows that from mid-1917 until 1919, the return of the exiled clergy to Mexico became easier, as demonstrated in the negotiations with the Mexican border control. In addition, the Carrancist regime in general seemed to display more tolerant tones. There are reports that Carranza was about to propose a revision of the constitution's »infamous« articles. The episcopate, however, remained on guard, a posture that proved correct in view of the violent *cristiada* that unfolded in the 1920s.

By comparing different sources and perspectives, Alejos Grau points to the complexity of historical figures. Thus Carranza's anticlericalism is nuanced by his willingness to establish diplomatic relations with the Holy See from the beginning of his mandate. Another example is the controversial figure of Antonio Paredes, vicar general of the archdiocese of Mexico and the central figure in Chapter 4. Becoming the head of the archdiocese's ecclesiastical administration after the archbishop's flight, Paredes behaved in an adaptive manner throughout the 1910s. Before the official press and revolutionary elites, he criticized the conduct of the bishops in exile, appointed Carrancist priests, and affirmed that freedom of conscience in Mexico did not depend so much on the laws themselves, but on how they were applied. The Holy See, however, had access to letters from Paredes in which he explained his procedure as a covert attempt to protect the diocese from the government and third parties. Despite the distrust of the exiled clergy, Paredes did help prevent the Mexican Church from adopting schismatic positions. An example of this was when he suppressed the activity of the charlatan Gennaro Riendo, an alleged Neapolitan priest who proclaimed himself the »future Pope of the Mexican Catholic Church«. In that case, Paredes acted in accordance with instructions from the Holy See.

In general, Alejos Grau's book appears as a striking example of the transnational character of topics that scholars have usually treated as national. Although created with nationalistic intentions, the Mexican »diabolical Constitution« exemplifies the broader, global problem of Church and state relations during the 19th and 20th centuries, the age of secularization. Alejos Grau's work allows us to perceive that secular laws regulating the relations between state and Church are by no means unilateral. They are the product of several processes, sometimes conflicting, sometimes converging with

canon law and the clergy's point of view. These perspectives are in constant interaction, on many levels. The book also leaves ample room for comparative studies; after all, in referring to Mexico, the Holy See's agents at times drew connections with »the Colombian case« and the »Brazilian case«. Finally, Alejos Grau's book should be praised for the huge annex of unpublished sources, amounting to more than half of the total of 600 pages. Her close attention to historical documents confers richness and precision to her work. ■

Rahela Khorakiwala

The Historicity of Law in India*

Studies in the legal history of India have developed over time, going through different phases. Mitra Sharafi documented this well in her 2015 survey of South Asian legal history.¹ She traces its development from its beginnings in the 1960s to the important phase of the late 1990s, and explores the future directions it is taking now. Since 2009, there has been a welcome change to this landscape, with legal historical work being done by both historians and lawyers. The edited volume *Iterations of Law: Legal Histories from India* contains nine such essays that define the new wave of literature on Indian legal history from the perspective of South Asian lawyers and historians.

The main premise of the book is to bring together studies by different authors that span different themes but also provide a pan-Indian focus. Early literature in this field was mostly produced by sociologists, anthropologists and political scientists,² a fact acknowledged and explained by the editors of this volume. The underlying question that ties all the essays together is how situated and

everyday practices of law have attempted to transform South Asian legal history. Importantly, the authors highlight how the non-elite engaged with the law in fascinating ways, rewriting the colonial discourse of our shared histories. Each essay documents examples from the field and opens colonial archives that provide a rich text for a new understanding of our engagement with colonial law.

The editors' introduction helps contextualise and connect the volume's nine different studies by grouping the essays into four different thematic clusters – law and convention, law and violence, law and inscription, and law and fiscalism. This thematic classification is useful when reading the essays that cover a vast subject range.

The first two essays fall under the theme of law and convention. Janaki Nair observes the everyday life of law through a »present history« of *Matha* courts in contemporary southern India, and Rashmi Pant looks at how the laws of property inheritance were influenced by a duty to care for the elders in the first half of the 20th century. Both

* APARNA BALACHANDRAN, BHAVANI RASHMI PANT (eds.), *Iterations of Law: Legal Histories from India*, New Delhi: Oxford University Press 2018, 302 p., ISBN 978-0-19-947779-1

1 MITRA SHARAFI, South Asian Legal History, in: *Annual Review of Law and Social Science* 11 (2015) 309–336.

2 See BERNARD S. COHN, *Colonialism and its Forms of Knowledge: The*

British in India, Princeton/NJ 1996; MARC GALANTER, Introduction: The Study of the Indian Legal Profession, in: *Law and Society Review* 3 (1968) 201–217; and SHARAFI 2015.

these essays address the issue of customary law and obligations that arise out of hybrid legal concepts that form part of the legal pluralism that existed throughout the colonial era. Nair describes the performance of justice in the *Matha* courts where there is a dual source of power – one from the moral-ethical presence of the community leader and the other from the trappings of state power. This highlights the need and importance of understanding legal pluralism in such societies. Pant, albeit in a different context, emphasises the same point through her mention of the »ethico-normative« nature of legal contestation when it came to the act of caregiving. Borrowing a term of Fauzia Sheriff's, Pant reveals the »interlegality« of these situations.³ Both essays are replete with examples as observed and archived in their respective fields.

In the next thematic cluster on law and violence, Neeladri Bhattacharya details the everyday violence of colonialism through the language of the law as seen in cases of *begar* (unpaid forced labour), and Bhavani Raman explores how laws on counter-insurgency were a tool of colonial occupation, an example of the »subsumption of law by governmentality« that made law into a vehicle for targeted oppression. Both authors focus on the interplay of formal and informal modes of violence, illustrated in the context of conflicts between »rebellious« labour and the political class. This is well documented by Bhattacharya when he notes that colonial officials classified *begar* as a precolonial practice and that, in fact, most Europeans claimed a right to *begar*. The petitions of the labourers highlight the profound sense of humiliation they felt. Bhattacharya therefore shows how *begar* was in effect an experience of violence on a daily basis and a metaphor for injustice and oppression. The colony then always becomes a space of exception – where the colonisers made an illegal practice legal in order to justify their use of it. This form of violence operates within the framework of law, and thus, in reality, the »violence is enacted through the law«. Raman develops the same argument by showing how in the region she studied (Wayanad in southern India) the law was neither in

suspension nor in place. Raman refers to this as »hyperlegality«, a term used by Nasser Hussain,⁴ to capture how the colonisers fragmented the legal process and added so many classifications that there was a whole system of law enforcement running parallel to the ordinary courts of law. In this way, both authors trace the oscillations in the coercive powers enforced by formal statutory law *versus* the informal powers exercised in special circumstances.

Law and inscription is the theme that runs through the next four essays by Aparna Balachandran, Nandita Sahai, Philip J. Stern and Shrimoyee Ghosh. Balachandran and Stern show how in the port towns of Madras and Bombay, respectively, documents played a crucial role in the legitimisation of colonial rule. The presence of multiracial merchant populations in these towns created heterogeneous legal situations. Balachandran therefore raises the important point that colonial law co-existed with local legal customs, an argument that counters the literature stating that the British ruined the existing legal systems in India, and indeed utterly failed to understand them. Stern and Balachandran are both able to highlight how the petition was used as a tool in colonial governance and thus one of the most widespread and approved forms of political activity by civil society. Sahai traces how law became inscribed in the emerging documentary legal culture in western Rajasthan, where certain castes began acquiring scribal skills in order to be able to participate in basic legal activities, leading to the transformation of the existing legal culture. For Ghosh, the stamp paper is a documentary artefact through which she discusses how materiality matters to the histories of law. In this context, Ghosh demonstrates how the »visual modalities« of a stamp paper were tied to its authenticity. There was a ceremonial value to this visual document that exceeded its »revenue or real value«. These four authors throw light on how colonial subjects were able to articulate colonial power through the law.

The last essay, by Eleanor Newbiggin, discusses law and fiscalism through an examination of re-

3 FAUZIA SHERIFF, *Harmony Ideology Revisited: Spatial Geographies of Hegemony and Disputing Strategies amongst the Santal*, in: *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 45 (2012) 124–143.

4 NASSER HUSSAIN, *Hyperlegality*, in: *New Criminal Law Review* 10 (2007) 514–531.

forms in personal law that occurred in the interwar period. According to Newbiggin, Indians themselves became agents of social change when they became elected legislators after the constitutional reforms of 1919 and 1935. The author's main argument is that India's transformation into a democracy was not only due to political configurations but was also carried forward by economic management. Newbiggin illustrates these concepts through the Hindu joint family's unique position in Indian income tax law, and shows how the economic citizenship granted to women did not reduce the importance given to the HUF (Hindu United Family), which was the primary economic agent. This concept is an elaboration of the work done by Ritu Birla.⁵

The editors have succeeded in putting together an introduction that assists the reader in navigating the book along its varied and complex themes. While the book is extensive in the wide range of topics it covers, it would have also been useful to include authors working on the eastern and central parts of India, to help understand the totality of historical legal cultures from India. Additionally,

the scope of the book could have been expanded by covering more groups of people that interacted with colonial law – not only Hindus, but persons from other religions as well as tribal peoples. This would have offered a holistic view of the legal pluralism that was prevalent across the Indian subcontinent at the time.

This book is an important and necessary contribution to the field of Indian legal history. By covering different subjects and different geographical parts of India, it points out that when law is seen as part of a wider normative field, the various meanings we derive are produced through an amalgamation of social, political and epistemic struggles. The book raises relevant questions regarding currently accepted notions of colonial law and seeks to explain how law at times empowered and created new narratives of history. The bibliography at the end of the book provides an extensive resource for scholars seeking an overview of work done in this and related fields, and is therefore extremely useful.



Marcelo Neves

Constituição de Weimar, presente!*

A Constituição de Weimar, republicana, mas oficialmente denominada »Constituição do »Império« Alemão« [*Verfassung des deutschen Reiches*], foi aprovada pela Assembleia Nacional da Alemanha, no Teatro Nacional Alemão, na cidade de Weimar, em 31 de julho de 1919, tendo sido promulgada em 11 de agosto e entrado em vigor em 14 de agosto de 1919. Teve vida curta, durando menos de 14 anos, pois perdeu a sua vigência, embora nunca formalmente como um todo, com o Ato

de Autorização de 23 de março de 1933, pelo qual o parlamento concedeu plenos poderes a Adolf Hitler, abrindo »juridicamente« o caminho para o Nacional Socialismo como regime totalitário.

Apesar de sua curta duração, a Constituição de Weimar, com o seu ideário social-democrático, influenciou o constitucionalismo tanto da Alemanha quanto de países estrangeiros, tanto no plano da prática quanto da reflexão teórica sobre o constitucionalismo. No nível prático, por exem-

5 RITU BIRLA, *Stages of Capital: Law, Culture and Market Governance in Late Colonial India*, Durham/NC 2009.

* UDO DI FABIO, *Die Weimarer Verfassung: Aufbruch und Scheitern – Eine verfassungstheoretische Analyse*, München: C. H. Beck 2018, 299 p., ISBN 978-3-406-72388-9
HORST DREIER, CHRISTIAN WALD-

HOFF (orgs.), *Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Weimarer Verfassung*, München: C. H. Beck 2018, 424 p., ISBN 978-3-406-72676-7

plo, sua influência sobre a Constituição brasileira de 1934 foi relevante, o que foi recuperado no modelo social-democrático da Constituição brasileira de 1946. No plano da reflexão teórica, o debate weimariano no âmbito da teoria do Estado e da Constituição, envolvendo autores como Carl Schmitt, Hans Kelsen, Hermann Heller e Rudolf Smend, entre outros, tem tido relevância até hoje. É verdade que se pode admitir que o caráter excessivamente compromissário da Constituição de Weimar, em uma sociedade dividida entre liberalismo e socialismo, república e monarquia, democracia e autocracia, unitarismo e federalismo, Estado laico e Estado confessional, «escola comunitária (integrada)» e escola confessional, ao viabilizar não só compromissos autênticos, mas também inautênticos – chamados estes por Carl Schmitt de «fórmulas de compromisso dilatórias» (cf. *Verfassungslehre* [1928], 8ª ed., Berlim, 1993, 31 ss.) –, contribuiu para a erosão constitucional. Mas a Constituição de Weimar não pode ser simplesmente considerada, em seu conteúdo, como fator decisivo ou relevante dessa erosão, tendo deixado muito mais para a história do constitucionalismo do que a análise provinciana de Schmitt poderia antever.

Neste ano de 2019, em que se comemoram os cem anos da Constituição de Weimar, dois livros testemunham o significado que ainda tem a experiência constitucional weimariana: Udo Di Fabio nos oferece o seu magistral trabalho *Die Weimarer Verfassung: Aufbruch und Scheitern – Eine verfassungstheoretische Analyse* (traduzindo livremente: *A Constituição de Weimar: advento e fracasso – uma análise teórico-constitucional*); Horst Dreier e Christian Waldhoff nos brindam com uma coletânea de artigos por eles organizada sob o título *Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Weimarer Verfassung* (traduzindo livremente: *A ousadia da democracia: uma anatomia da Constituição de Weimar*). Ambos os livros são indispensáveis para estudiosos que pretendam se aprofundar no constitucionalismo e na história constitucional. O tema é atual e os livros mereceriam uma tradução para o português.

Udo Di Fabio divide o seu livro em nove partes, além da introdução: 1. «O surgimento da Constituição entre revolução e continuidade»; 2. «Forças ideais incisivas e correntes culturais da República»; 3. «O Presidente do »Império« (da República)» [*Der Reichspräsident*]; 4. «Economia como destino da democracia»; 5. «Parlamento, partidos, opinião pública»; 6. «O papel do Exército »Imperial«

[*Reichswehr*]; 7. «O caminho declinante: queda do governo de Müller e do governo de Brüning»; 8. «Deformada por cima, enfraquecida por baixo: o fracasso da democracia constitucional»; 9. «Percepções e linhas de desenvolvimento no presente». Dessa ampla análise, cabe considerar, nesta oportunidade, alguns argumentos fundamentais do autor.

Algumas questões que Udo Di Fabio levanta no início do trabalho servem à linha de raciocínio que guia a sua argumentação teórico-constitucional de base histórica (16): teria sido a posição do Presidente do »Império« na Constituição, especialmente o seu poder de governar com decretos de emergência, responsável pelo fracasso da República de Weimar? Ou teriam sido os plebiscitos, considerados por Theodor Heuss um »prêmio para demagogos«? Ou estaria a falha no sistema eleitoral proporcional sem cláusula de barreira? Udo Di Fabio admite que tais »falhas« foram superadas pela Lei Fundamental de Bonn (16–17, 247), mas não atribui a queda da República de Weimar simplesmente a dispositivos do diploma constitucional. Ele vai além.

Ao considerar, nos diversos capítulos do livro, as principais instituições democrático-constitucionais da República de Weimar, Di Fabio é dirigido pela ideia central de que elas não puderam sobreviver à medida que, no âmbito das comunicações relevantes da sociedade, desenvolveram-se condições contrárias à democracia e ao constitucionalismo tanto no plano da estrutura material quando no nível das ideias (20–21). Daí por que ele pondera que »o destino da Constituição de Weimar oferece rico material ilustrativo para *insights* que são exortação e advertência« (21).

Em sua análise, Di Fabio argui que, nas condições históricas da Alemanha entre 1918 e 1933, »em uma nação que, arrancada dos sonhos, encontrou uma realidade sombria que não deixava espaço para paz«, a »República de Weimar sofreu, quase permanentemente, crises de força considerável« (248). Ele chega então à seguinte tese: »Qualquer ordem constitucional, nessas condições, estaria sob pressão e provavelmente seria deformada« (*ibidem*). Nessa perspectiva, ele se afasta das narrativas tradicionais ao sustentar que a participação da Constituição na queda da República de Weimar foi diminuta, considerando que muitas das instituições criticadas, como a competência do Presidente de decretar o estado de emergência, poderia, em outro contexto, ter sido utilizada para a autoafirmação da democracia (248 ss.).

Por fim, Udo Di Fabio rejeita a tese simplista do »fim da história«, disseminada por Francis Fukuyama (247–248), sem negar a fórmula muito citada »Bonn não é Weimar«, título de uma obra publicada por Fritz René Allemann em 1956. Nessa linha, sustenta que »o fundamento da democracia também poderá erodir novamente« se não houver os cuidados necessários para a manutenção das »bases socioculturais e naturais de vida da sociedade ocidental« nas atuais condições críticas em que o extremismo de direita se apresenta como alternativa, inclusive na Alemanha sob a Lei Fundamental (257). Nesse contexto, a experiência de Weimar pode servir como advertência e lição para que se busquem caminhos que evitem um novo desastre que arruíne a democracia na Alemanha e em outros Estados constitucionais.

O livro organizado por Horst Dreier e Christian Waldhoff, apesar de contar com artigos de diversos autores em diferentes perspectivas, oferece uma »anatomia« da Constituição de Weimar que também se afasta da tese tradicional de atribuir simples ou predominantemente ao diploma constitucional a responsabilidade pela queda da República weimariana, enfatizando o contexto social adverso à »ousadia« democrática de Weimar. O livro contém tanto análises do conteúdo da Constituição de Weimar – como o seu conceito de democracia (Gertrude Lübke-Wolff, 111–149), os seus símbolos estatais (Marcus Llanque, 87–110), os direitos fundamentais por ela protagonizados (Horst Dreier, 175–194), o seu programa social (Michael Stolleis, 195–218), o Presidente do »Império« (da República) (Peter Graf Kielmansegg, 219–240) e o contexto internacional (Ewald Wiederin, 45–64) – quanto do seu contexto social e político – como seu momento histórico (Oliver F. R. Haardt / Christopher M. Clark, 9–44), o discurso intelectual alemão em torno dela (Friedrich Wilhelm Graf, 65–85), a luta pelo direito à igualdade como pressuposto da República (Pascale Cancik, 151–174) e »as velhas elites na nova República« (Monika Wienfort, 241–262). Além disso, o volume inclui uma análise sobre o fim e o ocaso da República de Weimar, de autoria de Dieter Grimm (263–287), bem como considerações sobre as consequências, as lições e as recepções da Constituição weimariana, por Christian Waldhoff, que se refere à »pós-vida da obra constitucional weimariana« (289–315).

Todo o livro é perpassado pela ideia, expressa pelos organizadores, de que »a República de Weimar caiu devido a numerosos fatores entrelaçados e

a difíceis circunstâncias: às crises econômicas e às tentativas políticas de golpe, à complicada situação política externa, ao ônus do Tratado de Versalhes, à falta de suporte de um ideário republicano e democrático nas camadas dirigentes – mas com certeza não devido à sua Constituição, *até hoje irradiante*« (7 – grifei). Nesse sentido, aponta-se para o caráter democrático e inovador da Constituição, que, mesmo em comparação internacional, se destacava, por exemplo, no estabelecimento do direito de voto da mulher e, em geral, na regulação detalhada e em grande parte pioneira dos direitos e deveres fundamentais, assim como no programa de estado social, que não apenas serviram de modelo à Lei Fundamental de Bonn, mas exerceram influência sobre diversas constituições do pós-guerra (*ibidem*). Nessa perspectiva, o quadro negativo da Constituição de Weimar é rejeitado, para que ela seja »apreciada e historicizada como um desempenho autônomo da história democrática alemã« (Christian Waldhoff, 312).

Os dois livros ora resenhados apontam para o legado positivo da Constituição de Weimar, considerando o seu conteúdo de vanguarda, e para as condições históricas, culturais, políticas e socioeconômicas de sua perda de vigência prática com a tomada de poder por Adolf Hitler e a emergência do Nacional Socialismo. Ante aquelas condições, não se pode sustentar a tese de que o principal fator do ocaso da República de Weimar tenha sido o conteúdo do seu diploma constitucional. Ao contrário, é possível afirmar que a experiência weimariana sugere mais um tipo de »crença no poder transfigurador das fórmulas escritas«, nos termos de Oliveira Vianna (*O idealismo da Constituição*, 2ª ed., São Paulo [entre outras], 1939, 91). Retirado aqui o caráter conservador e autoritário que Vianna atribui a essa constatação no contexto brasileiro, não há dúvida que qualquer Constituição precisa de um suporte não só na semântica da sociedade (no ideário), mas também nas estruturas sociais. E não há dúvida que, sem uma autêntica revolução de um modelo oligárquico da monarquia até então existente para um modelo constitucional democrático, não estavam presentes as bases institucionais para que esse último modelo pudesse impor-se. Ou seja, faltaram ou fracassaram, com caráter republicano e democrático, as instituições no sentido de Niklas Luhmann (*Grundrechte als Institution*, Berlin, 1965, 13), entendidas como formadoras da »estrutura dos sistemas sociais«, a saber, expectativas de comportamento estabilizadas e generali-

zadas nas dimensões temporal, social e material. A então dominante estrutura dos sistemas sociais não correspondia, em grande parte, ao modelo textual da Constituição de Weimar.

Entretanto, não se devem esquecer o legado da Constituição de Weimar nem as lições da experiência weimariana. No caso brasileiro, em que, desde a Constituição de 1934, o modelo constitucional social-democrático de Weimar tem exercido forte influência, devem-se levar em conta as lições da experiência de Weimar neste momento em que a Constituição de 1988 passa por uma difícil prova de sobrevivência em virtude de um governo popu-

lista de extrema direita. Dessa maneira, a favor da manutenção do modelo social-democrático da Constituição de 1988 e contra a tendência autoritária dominante, cabe bradar hoje no Brasil, em relação à Constituição de Weimar, aquele grito que, na América Latina, brada-se nas manifestações políticas, em memória da/os militantes, artistas, cientistas, trabalhadora/es e política/os que lutaram contra as ditaduras das décadas de 1970 a 1980 e foram assassinada/os pelos seus agentes: *Constituição de Weimar, presente!*



Stefan Kroll

Does the Present Matter?*

The relationship between past and present has been the subject of controversial debates in historical research time and again. In 2013, to give a prominent example, Philip Alston in a review essay discussed the issue of »Does the past matter?« with regard to a debate on the origins of human rights. The debate was dedicated to the controversial question of »[h]ow far back can we trace the genealogy of today's international human rights system«. ¹ In this review, I would like to rephrase this question to ask instead to what degree the present matters for historical writing. Other than in the work of Alston, this is not meant as a question on the contingency and path-dependence of history, but rather as a reflection on how historians describe and evaluate the past and what role knowledge of the present may have in this context.

In his outstanding book on the conclusion of peace after the First World War, Marcus M. Payk describes how international law globally diffused und successfully formalized international relations during the second half of the 19th and the first half

of the 20th centuries. In the book's final section, Payk states that the international order in the second half of the 20th century was without alternative, the universality of international law was not questioned, and the exclusive position of states was being shifting in favor of international organizations (665). Until recently, it would have been easy to agree with such an analysis. But as the present is marked by profound attacks on international institutions and international law, I wonder to what extent this could have an impact also on the analysis of the history of international law in this book.

With regard to violations of international law, Payk argues – and I find this generally convincing – that international law is not fundamentally endangered by its violations as long as the latter are justified by arguments based on international law (45). Payk names China and Russia as current world powers that may be contesting and adapting international norms, but are unlikely to break with this order in the foreseeable future (666). I do

* MARCUS M. PAYK, *Frieden durch Recht? Der Aufstieg des modernen Völkerrechts und der Friedensschluss nach dem Ersten Weltkrieg*, Berlin: De Gruyter Oldenbourg 2018, 793 p., ISBN 978-3-11-057845-4

1 PHILIP ALSTON, *Does the past matter? On the origins of human rights*, in: *Harvard Law Review* 126 (2013) 2043–2081.

wonder however whether the instrumentalization of international law in the case of the annexation of Crimea has crossed a line beyond which the normative integrity of international law has been considerably damaged after all. Not every use of arguments drawn from international law strengthens the order – especially if the arguments are made in bad faith. A further example would be the United States under President Donald Trump, which could not be considered in the book, but must be mentioned when thinking about the contemporary robustness of international law. When intervening in Syria, to give just one example, the Trump administration has not yet found it even necessary to justify the use of force in the terms of international law.

I refer to these current examples in order to illustrate that some of Payk's conclusions of international law being successful in formalizing and equalizing international relations throughout the 20th century sound different today, against the background of most recent developments in international politics, than they might have in 2016 when Payk finished work on his *Habilitation*. This observation is therefore not intended as a criticism of his work, which I admire, but as a reflection on how fast the world of international politics has changed in the most recent past.

To turn this into something productive, the background of the current crisis of the liberal world order, which is particularly evident in the ongoing crisis of multilateralism and international institutions, could be an opportunity to re-evaluate the paths of the formation of this order as it is described in this book by Payk. And this possibly leads to observations that do not draw the genesis of the international order quite as progressively as it is read in some passages of the book.

This shall be illustrated by at least one example. A central theme of the book is the question of sovereign equality, which became more and more established through the formalization of international relations. While Payk is aware of the role of international law in justifying European imperialism, he seems too optimistic with regard to the extent to which this has been overcome by the

developments of the 20th century. Did the early 20th century truly mark the beginning of the end of Europe's dominant position in the international system (100)? Or does »such a gloss«, to quote Jennifer Pitts, »disregard the fact that Europeans fought during much of the 20th century to constrict the legal rights in standing of non-European states [...] so that the admission on equal terms never in fact occurred«?² And is a limitation of sovereignty in the name of a responsibility to protect not also at risk of evoking colonial references (666)?

However, these observations concern only the periphery of Payk's book, it is otherwise an excellent analysis of the juridification of international politics using the case study of the Paris peace negotiations. Payk shows that not only was the war itself waged in the name of international law (82), but that the peace that followed was also shaped by it and its independent logic (10 and 659). International law called for a formalization of the negotiations, which was not welcomed by everyone, but was subsequently difficult to undermine (201). Payk describes this with reference to the concept of a depoliticization of negotiations, in which legal and procedural considerations complement the balancing of political interests (e. g. 282). Payk also makes clear, however – and this is a strength of his analysis – that it is not a question of a mutually exclusive opposition of law and politics. On the contrary, his work contributes to a much better understanding of the complex interrelationship between normative expectations, justifications under international law, and political constraints (4).

In this context, the book focuses not only on the role of law, but above all on the importance of legal experts. According to Payk, the key role played by the profession is often not taken into account in historical research (220), but is clearly of the utmost importance for understanding the processes of the juridification of the international order. The diplomatic process is professionalized by academic experts (242) who meet at the level of their expertise and form what has been dubbed an

2 JENNIFER PITTS, *Boundaries of the International. Law and Empire*, Cambridge: Harvard University Press 2018, 13–14; the book is reviewed in this issue of Rg, 384–385.

»epistemic community« (244). The sociology of the profession has dealt with these questions for a long time, as has the discipline of International Relations in the recent past.³ This book is a very informed historical contribution to these debates.

The forced formalization of the negotiations was also linked to the epistemic authority of jurists, which, although not always respected, nevertheless became effective within the framework of the peace process. A question that arises is to what extent this also led lawyers to express a shared identity that transcended the different interests of the countries they represented. Payk decides to describe the legal experts and their work separately according to different nations and national traditions. This reinforces the impression that these experts were, in the end, primarily representatives of country interests and not of a legal profession. An internationalist (281) class of legal experts became only visible to a limited extent, but this is probably also due to the subject of peace negotiations.

Finally, the book is convincing in that it looks at important episodes in the juridification of inter-

national relations that have developed over a longer period of time. A central example for this, which should not be missing in a legal historian review of Payk's book, are his remarks on the formation of international arbitral tribunals and courts. In the introductory chapters, Payk describes in detail the discussions on international arbitration in the context of the Hague Peace Conferences (62). At the end of the book he picks up on this theme – which is essential for a study on »Peace through Law« – and illustrates how the discussions at the beginning of the 20th century continued in the debates within the framework of the League of Nations (577).

In sum, Payk's excellent monograph treats its immediate subject, the Paris Peace negotiations of 1919–20, with the greatest meticulousness and accuracy. The work takes into account current theoretical and methodological discussions and highlights the role of law and the legal profession – thus ultimately filling an important research lacuna in this field.



Hendrik Simon

Das Alte in der neuen Ordnung*

In ihrer Dankesrede für den Friedenspreis des Deutschen Buchhandels argumentierte Susan Sonntag 2003, der Gegensatz zwischen »alt« und »neu« stehe im Zentrum dessen, was wir unter Erfahrung verstünden. Mehr noch: »Alt« und »neu« seien die ewigen, unumstößlichen Pole aller Wahrnehmung und Orientierung in der Welt. Ohne das Alte kämen wir nicht aus, weil sich mit ihm unsere ganze Vergangenheit, unsere Weisheit, unsere Erinnerungen, unsere Traurigkeit, unser Realitäts-sinn verbinde. Ohne den Glauben an das Neue

wiederum kämen wir nicht aus, weil sich mit dem Neuen unsere Tatkraft, unsere Fähigkeit zum Optimismus, unser blindes biologisches Sehnen, unsere Fähigkeit zu vergessen verbinde – diese heilsame Fähigkeit, ohne die Versöhnung nicht möglich sei. Mit anderen Worten: Erst eine noch so unpräzise und temporal begrenzte Unterscheidung zwischen »alt« und »neu« gestattet es uns, soziopolitische Phänomene historisch zu vergleichen, zu ordnen, zu periodisieren, und sie schließlich als Geschichte(n) zu erzählen. »Alt« und »neu« – diese mit dem

3 See e. g. OLE JACOB SENDING, *The Politics of Expertise: Competing for Authority in Global Governance*, Ann Arbor: University of Michigan Press 2015.

* OONA A. HATHAWAY, SCOTT J. SHAPIRO, *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*, New York: Simon & Schuster 2017, 608 S., ISBN 978-1-5011-0986-7

Konzept des »Fortschritts« eng verbundene Dichotomie ist grundlegend nicht nur für Kants kosmopolitische Teleologie, für Hegels Dialektik, für den »alten« und »neuen« Marxismus, sondern auch für moderne Völker-Rechtsgeschichte(n). Das zeigt auch das gut lesbare und pointierte Buch von Oona A. Hathaway und Scott J. Shapiro. Und umso interessanter sind die teleologischen Verkürzungen, die die Autoren vornehmen, um ihr Narrativ vom Neuen zu bedienen.

Die beiden in Yale lehrenden Völkerrechtler stellen die für die Disziplin grundlegende Frage nach Vergangenheit, Transformation und Genese der modernen normativen Ordnung zwischenstaatlicher Gewalt. Im Zentrum von *The Internationalists* steht die These, dass der Briand-Kellogg-Pakt vom 27. August 1928 mit der erstmaligen weltweiten Kriegsächtung »eines der revolutionärsten Ereignisse der Menschheitsgeschichte« sei – ein Ereignis, »das unsere Welt letztlich friedlicher« gemacht habe (xiii). Die Autoren behaupten, dass der Pakt in Forschung und kollektiver Erinnerung bislang wenig beachtet oder aber als gescheitert angesehen wurde. Das stimmt zwar für die zeitgenössische Rezeption, scheint angesichts jüngerer Forschungen hingegen nicht mehr zutreffend.¹ Dennoch ist die normative Bedeutung des Briand-Kellogg-Pakts in weiterer historischer Perspektive, also mit Blick auf seine Genese und Wirkung, weiterhin erforschungswürdig, wie nicht zuletzt die breite und geradezu euphorische öffentliche Rezeption des Buchs von Hathaway und Shapiro beweist. Es besteht offenbar Interesse an völkerrechtshistorischen Studien zum (vor-)modernen Kriegsdiskurs, zumal, wenn sie sprachlich so ansprechend verfasst sind.

Dabei handelt es sich bei *The Internationalists* – allen postkolonialen Impulsen in der jüngeren Völkerrechtsgeschichte zum Trotz – um eine »klassische« völkerrechtliche Fortschrittsgeschichte westlich-liberaler Provenienz:² Die Autoren sind überzeugt, dass ein rechtliches Verbot des Krieges – also ein Mehr an Recht – zugleich auch zu einem Mehr an Frieden geführt hat. Um aber überhaupt einen solchen normativen Fortschritt in historischer Per-

spektive konzipieren zu können, bedarf es wiederum eines Rückgriffs auf den eben angesprochenen Gegensatz zwischen »alt« und »neu«. So wirke die »neue Weltordnung« geradezu wie ein »photographisches Negativ« (vii) antagonistisch zur »alten Ordnung« vor 1928: Während in der alten Ordnung Krieg als Sanktion eines Rechtsbruchs legal gewesen sei, sei er in der neuen Ordnung illegal. Während in der alten Ordnung Eroberungen, Gewaltandrohungen und Tötungen im Krieg stets legitim, ökonomische Sanktionen hingegen illegitim gewesen seien, seien Eroberungen und Gewaltandrohungen in der neuen Ordnung illegitim, ökonomische Sanktionen und die strafrechtliche Ahndung von Kriegsverbrechen hingegen legitim. Die Autoren gehen so weit zu behaupten, dass, während in der alten Ordnung Macht und Recht identisch gewesen seien (xv), der Briand-Kellogg-Pakt von 1928 die Herausbildung einer »besseren« (422), weil friedlicheren Ordnung in Gang gesetzt habe. *The Internationalists* stellt damit auch ein Plädoyer für die Verteidigung der internationalen Rechtsordnung angesichts aktueller Herausforderungen dar – gedacht werden darf etwa an den Krieg in Syrien, ISIS, die Ukraine-Krise, oder den weltweiten Aufstieg von Populismus, Chauvinismus und Nationalismus (419). Zur empirischen Unterfütterung ihrer These, dass die neue Ordnung friedlicher sei als die alte, haben Hathaway und Shapiro eine Vielzahl an Dokumenten und empirischen Daten herangezogen.

In erster Linie ist ihr Buch allerdings eine völkerrechtliche Ideen- und Wissenschaftsgeschichte: Die Weltordnung ist den Autoren zufolge vorwiegend durch die Herausbildung rechtspazifistischer Ideen transformiert worden. Diese rechtstheoretische Diskursgeschichte ist wiederum spiegelbildlich konzipiert. Auf der einen Seite drängen die Protagonisten der neuen Ordnung voran, eine vergleichsweise homogene Gruppe anglo-amerikanischer »Internationalisten«, darunter zwei miteinander konkurrierende Friedensaktivisten, der Jurist Salmon Levinson und der Historiker James T. Shotwell, zudem US-Diplomat Sumner Welles sowie der Völkerrechtler Hersch Lauter-

1 Siehe an einschlägigen Monographien etwa EVA BUCHHEIT, Der Briand-Kellogg-Pakt von 1928 – Machtpolitik oder Friedensstreben? Münster 1998; BERNHARD ROSCHER, Der Briand-Kellogg-Pakt von 1928:

Der »Verzicht auf den Krieg als Mittel nationaler Politik« im völkerrechtlichen Denken der Zwischenkriegszeit, Baden-Baden 2004.

2 Dieser Aspekt wird vertieft diskutiert bei CHARLIE PEEVERS, Liberal Inter-

nationalism, Radical Transformation and the Making of World Orders, in: European Journal of International Law 29,1 (2018) 303–322, online: <http://www.ejil.org/pdfs/29/1/2853.pdf>.

pacht. Auf der anderen Seite verharrt eine zeitlich und geographisch höchst diverse Gruppe von »Interventionisten«, die zu den Protagonisten der alten Ordnung stilisiert werden: der vermeintliche »Vater des Völkerrechts«, Hugo Grotius, der berühmte-berühmte deutsche Staatsrechtler Carl Schmitt, der japanische Philosoph Nishi Amane sowie der ägyptische Islamist Sayyid Qutb.

Interessant sind dabei insbesondere die Bezüge zwischen diesen Denkern und den jeweils politisch Mächtigen: Levinson und Shotwell publizierten nicht im luftleeren Raum des akademischen Elfenbeinturms gegen den Krieg, sie suchten vielmehr seit 1918 hartnäckig den öffentlichen und politischen Diskurs direkt zu beeinflussen. Von Levinsons Pamphlet »The Legal Status of War« (1918) wurden innerhalb von sechs Monaten mehr als 350.000 Exemplare gedruckt. Briand bezog sich unmittelbar auf ein Memorandum von Shotwell, Kellogg wiederum war mit Levinsons Pamphlet »The Outlawry of War« vertraut und korrespondierte mit dem Juristen, auch wenn sich Kellogg 1929 an Salmon Levinsons Vornamen nicht mehr erinnern konnte (oder wollte), womöglich, weil Kellogg erfahren hatte, dass neben ihm auch Levinson für den Friedensnobelpreis nominiert worden war (der schließlich aber Kellogg zugesprochen wurde). Ein anderes zentrales Beispiel für das Wechselspiel zwischen Politik und Recht sind Grotius' Traktate zur Legitimität von Krieg. So ist Grotius für Hathaway und Shapiro denn auch in erster Linie ein »herausragender Philosoph des Krieges«, der die legitimen Mittel im Kriege zwar in gewissem Rahmen begrenzt sehen wollte, dem es allerdings vorrangig darum gegangen sei, passende Kriegslegitimationen für seine niederländischen Auftraggeber herauszuarbeiten, wie Kant später kritisieren sollte. Wenngleich die Behauptung der Autoren, Grotius habe Recht und Macht letztlich gleichgesetzt, kaum überzeugt, verweisen Hathaway und Shapiro anhand der Helden und Anti-Helden ihrer Geschichte anschaulich auf die Politisierbarkeit vermeintlich »objektiver« Juristen – im Positiven wie im Negativen.

Allerdings scheinen Hathaway und Shapiro die normative Bedeutung von Juristen in Kriegsdiskursen insgesamt doch zu überschätzen. Gerade die Ausführungen zu Grotius erwecken den Eindruck, der Meisterjurist habe nicht nur Recht als diskursives Vokabular und Argument systematisiert, sondern damit vielmehr selbst Völkerrecht gesetzt. Einen Beweis hierfür bleiben die Autoren allerdings schuldig. Die jüngere politische Geschichtsforschung hat hingegen argumentiert, dass Grotius zwar durchaus von Mächtigen seiner Zeit, etwa von Gustav II. Adolf, rezipiert wurde, er allerdings keineswegs als allgemein verbindliche rechtliche Autorität angesehen wurde.³ Während juristische Ideen bei Hathaway und Shapiro besondere Aufmerksamkeit genießen, werden andere normative Quellen einseitig ausgewertet: Belegen die über 400 von Hathaway und Shapiro analysierten Kriegserklärungen im Zeitraum zwischen 1492 und 1945 wirklich, dass Recht und Macht in der alten Ordnung identisch waren? Oder verweist die historisch konstante Rechtfertigungsbedürftigkeit von Krieg nicht vielmehr gerade darauf, dass Gewalt in der Außenpolitik auch schon vor 1928 als problematisch angesehen wurde?

Für Letzteres – und gegen die von Hathaway und Shapiro entwickelte Dichotomie von alter und neuer Ordnung, die sie um das Jahr 1928 herum konstruieren – scheint aus Sicht des Rezensenten durchaus einiges zu sprechen: Denn der »radikale Plan«, Krieg als Mittel der Politik einzuschränken oder gar zu verbieten, findet sich keineswegs erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts, wie von den Autoren behauptet. Ein besonders prominenter Vordenker der pazifizierenden Kraft des Völkerrechts, Immanuel Kant, erhält im vorliegenden Band erstaunlich wenig Aufmerksamkeit. Auf ihn sollte sich im »langen 19. Jahrhundert« jedoch ein Großteil der sich nun professionalisierenden Disziplin des Völkerrechts beziehen. So forderte Johann Caspar Bluntschli unter Bezug auf Kant – und ausdrücklich gegen das Konzept des Krieges als Instrument der Politik im Sinne des Carl von Clausewitz gewandt – eine moralische und recht-

3 ANUSCHKA TISCHER, *Offizielle Kriegsbegründungen in der Frühen Neuzeit: Herrscherkommunikation in Europa zwischen Souveränität und korporativem Selbstverständnis*, Münster 2012.

liche Kriegsächtung. Ebenso wenig wie diese rechtstheoretischen Vordenker der »Internationalisten« des 20. Jahrhunderts werden Versuche einer Institutionalisierung und Verrechtlichung der internationalen Beziehungen in der politischen Praxis des 19. Jahrhunderts von Hathaway und Shapiro berücksichtigt. Dabei entwarf das Konzert der europäischen Großmächte – dieser Begriff fällt im Band an keiner Stelle – eine internationale Friedensarchitektur, die auf machtvолlem Zwang, zugleich aber auch auf Normen basierte. Letztere oszillierten zwischen Recht und Macht, ohne dass beide Begriffe einander gleichzusetzen waren. Aggressionskriege wurden seit dem Wiener Kongress geächtet, Interventionen hochkontrovers diskutiert (und immer nur als Ausnahme gutgeheißen), erste Einschränkungen des »Rechts zum Krieg« normiert. Mit anderen Worten: Der »radikale Plan«, Krieg als Mittel der Politik einzuschränken oder gar zu verbieten, findet sich, wenn auch mangels Kriegsverbot noch in feinen Konturen, bereits im 19. Jahrhundert.⁴ Allerdings kommt das 19. Jahrhundert im Band von Hathaway und Shapiro als eigenständige Ära überhaupt nicht vor. Es wird – das hat in der Völkerrechtsgeschichte eine gewisse Tradition – unter die »alte Weltordnung« von ca. 1600 bis 1928 subsumiert.

Nun schmälert dieser Befund, der sich freilich ebenfalls aus jüngerer Forschung ergibt, die oben genannten Vorzüge von *The Internationalists* nicht entscheidend. Es handelt sich dennoch um ein lesenswertes Buch. Besonders die Kapitel zum Diskurs der Kriegsächtung zwischen 1918 und 1928 betonen die potenziell hohe Bedeutung der Zivilgesellschaft in politischen Prozessen der Verrechtlichung – gerade in Zeiten von Unilateralisten wie Trump ein wichtiger rechtspolitischer Appell. Dennoch offenbart die viel beachtete Monographie eine grundlegende Problematik der für die Historiographie vielleicht notwendigen, aber eben auch unterkomplexen Dichotomie von »alt« und »neu«: (Auch) für die Völkerrechtsgeschichte ist diese Dichotomie so schwierig, weil radikale Umbrüche selten sind (zu denken wäre vielleicht an die Völkerrechtsdiskurse in der Französischen Revolution), Innovationen häufig vorgedacht wurden und sich meist in längerfristigen Entwicklungen ankündigen. »Alt« und »neu« mögen, mit Susan Sontag, die unverzichtbaren Pole aller Wahrnehmung und aller Orientierung in der Welt sein. Sie sollten aber nicht dazu verleiten, die Zwischen- und Grautöne, die sich dieser einfachen Dichotomie entziehen, zu überdecken.



Jasper Kunstreich

Against Theory?*

This is not a biography. Rather, Felix Lange focuses on Hermann Mosler's specific contribution to post-war international law in Germany and Europe. Mosler's contribution was both methodological and theoretical, as indicated in the book's title. It took shape, step by step, over the decades of

a long life as an academic and jurist. The attempt to reconstruct this side of Mosler's life, which Felix Lange achieves almost in passing, becomes a prism through which to observe post-war German and international debates on foreign policy, Europe and the post-war world order. Felix Lange thus

4 HENDRIK SIMON, *The Myth of *Liberalus ad Bellum*: Justifying War in 19th-Century Legal Theory and Political Practice*, in: *European Journal of International Law* 29,1 (2018) 113–136, online: <https://academic.oup.com/ejil/article/29/1/113/4993231>.

* FELIX LANGE, *Praxisorientierung und Gemeinschaftskonzeption: Hermann Mosler als Wegbereiter der westdeutschen Völkerrechtswissenschaft nach 1945* (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 262), Berlin: Springer 2017, 405 p., ISBN 978-3-662-54217-0

combines the history of science and of ideas with legal history and contemporary history. Writing as an international lawyer himself, Lange deploys a particular analytical acuity and writes his book in an excellent style: poignant, diverting, and never jargonized.

That the book assumes a hybrid nature is conceded right at the beginning, when Lange attempts to position his study in between different approaches to writing the history of international law. According to Lange, his study owes much to a *wissenschaftsgeschichtlichen* approach à la Michael Stolleis; and yet he aspires to integrate other approaches – most notably the contextualizing approach – to overcome the typically employed dichotomy of »life« and »work«. This works well. The reader is thrown right into the great *Weimarer Methodenstreit*, a fundamental debate that would shape public legal scholarship in interwar Germany. The book opens with the circumstances leading to the establishment of the Kaiser Wilhelm Institute (KWI) for international and public law, the predecessor of the current Max Planck Institute in Heidelberg. In Lange's narrative, Mosler's academic life thus starts with the foundation of the KWI some time before it would become an academic home for Mosler himself. Once this backdrop has been drawn, the hero himself may enter the stage. Chapters three and four focus on Mosler's socialization in a Catholic milieu, his academic apprenticeship at the KWI and on his career after 1945.

The question of Mosler's attitude towards National Socialism and how (far) he served the regime cannot be avoided. Felix Lange manages to paint an ambivalent and differentiated picture. He shows that Mosler inherited a sort of natural skepticism towards the Nazi ideology because of his upbringing in the Catholic Rhineland. Yet this did not prevent him from pursuing a career as a lawyer under the particular training requirements that had been established by the Nazis. He even joined the SA for a time. On the other hand, he allegedly had close contact with members involved in the attempted *coup d'état* on 20 July 1944, notably James Graf von Moltke and Berthold von Stauffenberg. Lange emphasizes that all we know about Mosler's activities at that time derives from his own testimony written with hindsight; the sources thus need to be treated with great caution. What can be established from Mosler's academic publications and his work at the KWI, though, is that

he successfully resisted adopting an ideologically tainted approach to international law.

After 1945, Mosler worked at the law faculties in Bonn and Frankfurt, where he also started his career as a legal and policy advisor. Lange describes the expert opinions that Mosler wrote for the lawyers defending Alfried Krupp in one of the Nuremberg trials. Mosler viewed the trials as a chance for international law, as they confirmed his deeply held conviction that international law consisted of binding and enforceable rules. International law was also a guideline and instrument to respond to Allied policies in occupied Germany, notably to counter Allied demolition plans. Mosler eventually took part in the negotiations for the so-called »Schuman-Plan« with Walter Hallstein and joined the German foreign office. Again, international law was both an instrument and a guide for realizing Germany's integration into the Western states, a strategy that he vehemently defended at the cost of permanently breaking off collaboration with his East German colleagues. Mosler had been directly involved in establishing Europe's first supranational organization, the European Coal and Steel Community. He would eventually make organizational questions in international law one of his main research interests as director of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law in Heidelberg. That Mosler was not keen on practicing legal studies as *l'art pour l'art* in the academic ivory tower is evident from his subsequent service as a judge at the European Court of Human Rights and the UN's International Court of Justice.

By way of these and other examples, Lange demonstrates the cornerstone of Mosler's methodology, the practice-oriented approach. Mosler's method proceeded in two steps: firstly, by collecting facts about state practices in an empirical and scientific fashion; secondly, by interpreting the findings from a humanities and jurisprudential point of view. This second step was vital lest the researcher remained in the anemic stage of merely collecting instead of moving on to systematization and theoretical conceptions. And this is how Mosler ultimately derived his grand conception of the international society as a legal community that he outlined during the *Cours général* at the *Académie de droit international* in The Hague in 1974. Felix Lange puts this lecture at the heart of the book's second part and portrays it as a synthesis and outcome of Mosler's experience as a lawyer, policy

advisor, and judge. Mosler's key proposition was that states cannot derogate supreme principles of the international legal community because these have constitutional character. At the same time, he emphasized the importance of sovereign states as key actors of this legal community.

Lange presents the lecture as a key text in international legal scholarship and provides us with an impressive commentary that contextualizes the text, traces ideas back to their roots and first discussions, embeds it in the current academic framework, and juxtaposes it with other contemporary ideas about the international order. The chapter on Mosler's lecture is beautifully framed by two other chapters. The first of these focuses on the alternative and equally prominent approaches by other German jurists at the time, which, however, eventually did not come to yield the same influence. Felix Lange avoids the biographical illusion of hindsight when he acknowledges that, at the time that Mosler was writing, it was by no means clear that his conception and his scholarly work would ultimately exert such influence and

win out over alternative approaches. Chapter eleven goes back to examining Mosler's personality behind the text, his convictions and normative beliefs, and his socialization derived from both his Catholic upbringing and a deep engagement with natural law theories.

Felix Lange has written an impressive account of Mosler's life and work that is simultaneously a grand tour through international legal scholarship in the post-war world. He has unearthed a great amount of previously unstudied archival material that enables him to analyze and contextualize Mosler's work at a depth that is eye-opening. His book takes a biographical and historical approach; it earned him the award that carries his protagonist's name (the *Hermann-Mosler-Preis*), awarded by the German Society for International Law in 2017. The award recognizes that Lange's book has the potential to serve as a reference point for both future scholars of modern international law as well as legal historians.



Thomas Clausen

From Prussia to the People's Court*

On 21 December 1944, two former *Staatssekretäre* met in the main chamber of the National Socialist People's Court (*Volksgeschichtshof*) in Berlin. Apart from having served the German state as senior civil servants, both were men in their fifties, both had earned doctorates in jurisprudence, and both had served as part of the XI Corps on the Western and Eastern front during the First World War. In any other respect, they could not have been more different. One man sat in the judge's chair – Roland Freisler, one of the most notorious jurists of the »Third Reich«. The other man – Hermann Pünder – was the former head of the Reich Chan-

cellery where he had served three different Chancellors between 1926 and 1932. Now he stood in the dock, accused of having committed high treason in the wake of the failed military coup of 20 July 1944.

In den Fängen des NS-Staates (»in the clutches of the Nazi state«) is an account of Pünder's trial and the immediate context. What makes this trial noteworthy is not merely its verdict – Pünder was acquitted while his co-defendant, Eugen Bolz, was sentenced to death – but also its aftermath. Despite the acquittal, Pünder was seized again by the Gestapo and handed over to the SS, surviving

* TILMAN PÜNDER, *In den Fängen des NS-Staates*. Staatssekretär Dr. Hermann Pünder 1944/45, Münster: Aschendorff 2018, 224 p., ISBN 978-3-402-13310-1

the war only by hair's breadth. After his liberation, Pünder was appointed Lord Mayor of Cologne and Director of the Bizonal Economic Council by the British before joining the first West German *Bundestag* in 1949. Given Pünder's significant role in German twentieth-century history, it is not surprising that he has already been the subject of two major biographical studies by Hildegard Wehrmann and Philipp Gatzka, respectively. In addition, we have the edited files from the Reich Chancellery as well as Hermann Pünder's own memoirs, *From Prussia to Europe* (1968). In *den Fängen des NS-Staates* differs from these publications not only because of its narrow focus on the previously neglected period of Pünder's life between 1944 and 1945 but also because the author, Tilman Pünder, is the son of the book's subject. Given his familial ties, he is able to draw on a wide range of hitherto untapped sources, including personal correspondence, diaries, and other material from the family archive, in addition to his own recollections of the events as a twelve-year old.

Tilman Pünder has provided a highly readable account of his father's ordeal at the hands of the Nazi dictatorship. Although the book is chiefly aimed at a non-specialist audience, it provides a useful case study of internal competition within the »Third Reich« and the impact of legal and extra-legal terror on one particular family. By showing that the proceedings at the People's Court cannot be isolated from the broader web of terror woven by the various institutions of the Nazi state, the book offers a useful addition to the burgeoning literature on resistance and repression. In combining personal record-keeping with serious scholarship, the book stands out both from highly subjective personal memoirs and from detached historiographical analyses. What sets the book apart, however, is not only the unique filial perspective but also the clarity with which the defining institutions and their representatives are sketched out. Pünder's family, the ever-present Christian Church but also the Wehrmacht constituted important frames of reference and eventually saved his life. At the same time, the Nazified legal system, the Gestapo and the SS, were beholden to their own logic and exerted ever-growing pressure on Pünder.

The book begins with a quick sketch of Hermann Pünder's background and his involuntary retirement in 1933. Tilman Pünder skilfully evokes the predicament of a committed civil servant who

was unwilling to submit to the »complete totality« of the Nazi movement, but also resented having to witness the further development of Germany without any opportunity to wield influence (14). As a surrogate activity, he turned to the army and was eventually called up for military service, working chiefly in military propaganda (15). Pünder's sense of duty did not impede the growing realisation that the terror exercised by the Nazis was there to stay. In fact, two members of his wider family died as a result of Nazi persecution. Erich Klausener, a cousin of Pünder's mother, was murdered during the so-called »Röhm putsch« in 1934, and Leo Statz, his uncle, was sentenced to death by Roland Freisler and executed in 1943 (19). Following the failed attempt on Hitler's life on 20 July 1944, Hermann Pünder himself was repeatedly interrogated by the Gestapo and eventually put into »honourable captivity« (23–37) before being taken to Lehrter Straße Prison in Berlin (38–42).

While Pünder was now at the mercy of the Gestapo, including the notorious SS-Sturmabführer Herbert Lange, his family began to mobilise a substantial network of supporters, including the director general of the Prussian state theatres, Heinz Tietjen (46–78). After weeks of interrogation, it became clear that the Gestapo was primarily concerned with Carl Friedrich Goerdeler's assertion that he had met Pünder at the beginning of 1943 in Münster to discuss a potential intervention »possibly even against the *Führer*« (62–63). Hermann Pünder and his supporters now sought to refute Goerdeler's claims by pointing out inaccuracies and by »painting a picture of [Pünder's] personality as being rooted in patriotism and dedication to the fatherland« (69). Amidst air raids and economic woes, Pünder's family began to send out letters, appealed to sympathetic officers in the Wehrmacht, and planned the defence. They also exchanged secret messages, made publicly available for the first time in this book, in which Roland Freisler was referred to by the codename »Aunt Orlanda«, and Gestapo chief Heinrich Müller became the »mill owner« (82).

Pünder was lucky that his counsel for the defence, Reinhard Neubert, President of the Reich Bar Association, took his job seriously, and that his supporter Tietjen made liberal use of written credentials given to him personally by Hermann Göring for his services to Prussian culture (95). Out of the 156 defendants who stood trial in front of the People's Court in the wake of the 20 July plot,

104 were sentenced to death (including Erwin Planck, the son of Max Planck and Pünder's successor in the Reich Chancellery). Only 19 defendants were acquitted. That Pünder survived his brush with Freisler came down to the »meticulous preparation« of his defence, but also, as Tietjen recalled not without self-interest in 1947, the »blind obedience« of the day. When Freisler saw Göring's letter to Tietjen, »he fell silent immediately« (96), and his reference in the verdict to Pünder's efforts to contribute to the Four Year Plan might well have been an attempt to ingratiate himself with the powerful Reich Marshal (95). It is striking that strictly legal considerations played only a minor role in the entire ordeal. As Neubert conceded, the justification of the indictment was »meagre« to begin with (82) and Freisler's eventual verdict showed »no relation to the relevant legal norms« (93). Instead, what mattered was Pünder's performance within the courtroom in order to make a »clear impression« on Freisler. Special care was taken even regarding the defendant's choice of pocket handkerchief (92). However, his exhilaration at being acquitted was to be short-lived. The Gestapo immediately took Pünder back into *Schutzhaft* (»protective custody«) and sent him off to Ravensbrück concentration camp (104–123). As SS-Obersturmführer Paul Valentin made clear, »the verdict of the People's Court has no bearing on the measures taken by the Gestapo« (120). With reference to Lothar Gruchmann's seminal study of the legal system in the Third Reich, Tilman Pünder

shows that this conflict between judicial authorities and the Gestapo was far from unusual (103, 120).

As the military situation worsened, Pünder's predicament grew ever more precarious. Alongside several other prominent prisoners, including Léon Blum, Friedrich von Rabenau and Dietrich Bonhoeffer, Pünder was ultimately sent further south to Buchenwald and Dachau (124–160). His last stop was the so-called »Alpine Fortress« in South Tyrol, which the SS had chosen as their final holdout. When some of their fellow prisoners, including Bonhoeffer, were murdered, it became clear that the SS was also contemplating executing the remaining captives (161–171). In this perilous situation, the Wehrmacht managed to wrestle control over the prisoners from the SS in a dramatic standoff (171–176). The book concludes with the liberation of the prisoners by the Americans and the chaotic aftermath of the war. After a few months in limbo, Pünder was eventually reunited with his family in Münster (177–196). The final pages contain a brief epilogue, short biographies of the key protagonists, and facsimiles of the key documents. Hermann Pünder concluded his own memoirs by appealing to Prussian virtues, including »incorruptible legal officials« (548), European institutions, and international reconciliation. The book at hand makes clear that they should not be taken for granted.

