

Caspar Ehlers

Mit Tunnelblick durch Europas Wissenslandschaft*

Um es gleich vorweg zu sagen: Wer diesen Band bei seinem Titel nimmt, wird enttäuscht sein. Das slawische Europa kommt ebenso wenig vor wie das islamische (von Erwähnungen in zwei Beiträgen abgesehen), und auch Byzanz wird nur von einem Artikel berührt. Das titelgebende Europa wird ganz aus der christlichen (mithin: meist katholischen) und jüdischen Tradition (immerhin drei Essays von insgesamt 19) heraus definiert. Ein solcher »Tunnelblick« überrascht schon. Europa von den Pyrenäen bis an die Oder und ohne den Balkan und Griechenland unter dem Aspekt des Wissens zu betrachten, erfordert schon ... Ja, was eigentlich?

Mit seiner gediegenen Ausstattung und im *coffee table book*-Format ist der Band durchaus ansprechend gestaltet, der hohe Preis von 200 Euro dürfte allerdings den Leserkreis begrenzen. Für wen hier geschrieben wurde, wäre demnach die zweite Frage an das Buch.

In der eloquenten »Introduction« von Marcia Kupfer (10–32), die sie mit Nikolaus von Kues eröffnet, findet man eine diskursive Auslegung der Inhalte des Bandes, aber keinen Hinweis, warum sich Astronomie, Mathematik, Medizin und andere *life sciences*, um es modern auszudrücken, ohne »östliches« Wissen hatten entwickeln können. Es ist schließlich hinlänglich bekannt, dass die iberische Halbinsel die Kontaktzone zwischen Arabern, Christen und Juden seit dem Frühmittelalter war; man denke nur an Gerbert von Aurillac, den späteren Papst der Jahrtausendwende Sylvester II. (* um 950, † 1003), dessen von Zeitgenossen – wie Kaiser Otto III. – geschätzte und gepriesene Bildung er nicht zuletzt seinem Aufenthalt jenseits der Pyrenäen zu verdanken hatte, wo er das Astrolabium kennenlernte.

Teil I zur »Visualization between Mind and Hand« wird von Mary Carruthers eröffnet (»Geometries for Thinking Creatively«, 33–44), deren

Überlegungen der unmittelbar folgende Beitrag von Lina Bolzoni zur Seite zu stellen ist (»Visualization of a Universal Knowledge: Images and Rhetorical Machines in Giulio Camillo's Theatre of Memory«, 45–60), da beide jeweils frühmittelalterliche mit frühneuzeitlicher Kognitionslehre verbinden. Jeffrey F. Hamburger spannt einen Bogen von der Karolingerzeit bis in das ausgehende Mittelalter bzw. mit Charles S. Peirce († 1914) gar bis in die Moderne: »Mindmapping: The Diagram Paradigm in Medieval Art – and Beyond« (61–86).

Der zweite Teil über »The Iconicity of Text« wird von Beatrice Kitzinger eröffnet (»Framing the Gospels, c. 1000: Iconicity, Textuality, and Knowledge«, 87–114), die sich mit den bekannten Arkadenhofdarstellungen der Evangelisensynopsen auseinandersetzt. In der graphischen Darstellung durchaus vergleichbar sind die Einbindungen von Glossen in Handschriften und frühen Drucken, die Lesley Smith vorstellt (»Biblical Gloss and Commentary: the Scaffolding of Scripture«, 115–136). Die jüdische Perspektive tritt im Beitrag von David Stern, »The Topography of the Talmudic Page« (137–162) erstmals hinzu, bei dem vor allem die Vergleichbarkeit der Anordnungen von Text und Kommentar in einem offenbar geteilten logischen System hervorsteht.

Gerade auf logische Systeme der Scholastik zielt die Abhandlung von Ayelet Even-Ezra, die mit Diagrammen und Schemata das auf Ordnung der Gedanken ausgerichtete, strenge System verständlich macht (»Seeing the Forest beyond the Trees: A Preliminary Overview of a Scholastic Habit of Visualization«, 163–182). Dem steht korrespondierend eine Einführung in das magische Denken jüdischer Gelehrter gegenüber (Yuval Harari, »Functional Paratexts and the Transmission of Knowledge in Medieval and Early Modern Jewish Manuscripts of Magic«, 183–210).

* MARCIA KUPFER, ADAM S. COHEN, J. H. CHAJES (eds.), *The Visualization of Knowledge in Medieval and Early Modern Europe* (Studies in the Visual Cultures of the Middle Ages 16), Turnhout: Brepols 2020, 520 p., ISBN 978-2-503-58303-7

In die Frühneuzeit führt schließlich A. Mark Smith, »More than Meets the Eye: What Made the Printing Revolution Revolutionary« (211–228), der anhand von Textstellenvergleichen den Übergang vom verbreiteten Manuskript zum frühen Buchdruck aufzeigt.

Nach der Ikonizität stehen im dritten Teil (»Graphic Vehicles of Scientia«) die grafischen Elemente im Vordergrund. Nicht zuletzt in diesem Abschnitt kommt die hervorragende Bildreproduktion des Bandes zu voller Blüte, wenn es um die Vorstellungen vom Universum oder des Raumes und der Zeit geht, denen sich jeweils ein Beitrag widmet: Barbara Obrist, »The Idea of a Spherical Universe and its Visualization in the Earlier Middle Ages (Seventh–Twelfth Centuries)« (229–258), Marcia Kupfer, »The Rhetoric of World Maps in Late Antiquity and the Middle Ages« (259–290) bzw. Faith Wallis, »Visualizing Knowledge in Medieval Calendar Science: a Twelfth-Century Family of 'Graphic Glosses' on Bede's *De temporum ratione*« (291–326).

Mit den Bereichen der Musik (John Haines, »The Visualization of Music in the Middle Ages: Three Case Studies«, 327–340) und der Medizin (Peter Murray Jones, »Visualization in Medicine between Script and Print, c. 1375–1550«, 341–360) wird die Übersicht der Disziplinen der »Scientia« beschlossen, der sich freilich nur wenig an den sieben freien Künsten des Mittelalters orientiert.

Teil IV., »Diagrammatic Traditions«, enthält den einzigen Byzanz gewidmeten Beitrag von Linda Safran, »A Prolegomenon to Byzantine Diagrams« (361–382). Der Überblick aus der Feder von Adam S. Cohen, (»Diagramming the Diagrammatic: Twelfth-Century Europe«, 383–404) widmet sich dem Wandel der diagrammatischen Visualisierung von Texten zum Diagramm, von dort über das *imaginistic diagram* und dem *diagrammatic image* zum Bild anhand zahlreicher Beispiele und deren phantastischer Reproduktion. Madeline H. Caviness, »Templates for Knowledge: Geometric Ordering of the Built Environment, Monumental Decoration, and Illuminated Page« (405–428) zeichnet den Weg von der Vorlage zum monumentalen Glasfenster am Beispiel der Kathedrale von Canterbury und Vergleichen dazu nach. Hier – und nur hier – wird der Übergang der Visualisierung von Bedeutungen von einem Medium auf ein anderes angesprochen. Die Nutzung einer im weitesten Sinne diagrammatischen Darstellung zur Unterweisung im hochmittelalterlichen christ-

lichen Glauben ist Gegenstand von Lucy Freeman Sander's Essay zu »Religious Instruction and Devotional Study. The Pictorial and the Textual in Gothic Diagrams« (429–448), der sehr eindrücklich um Beispiele der jüdischen Kabbala erweitert wird (J. H. Chajes, »The Kabbalistic Tree«, 449–473).

Es sind gerade diese beiden letzten Beispiele, die die Ausrichtung des Sammelbandes exemplifizieren. Es geht nicht um Europa als geographischen Kontinent, sondern um eine europäische Tradition aus jüdischen und christlichen Wurzeln. Arabische Einflüsse werden nur im Zusammenhang mit der mittelalterlichen Vorstellung eines sphärischen Universums – das Astrolabium wurde oben schon genannt – im Beitrag von Barbara Obrist thematisiert und visualisiert, was an dieser Stelle zu unterlassen auch sehr seltsam gewesen wäre. Eine Erwähnung finden die arabischen Wissenschaften ferner bei A. Mark Smith, der das Buch der Optik von Ibn al-Haytham (um 1030) zitiert (211).

Auch Marcia Kupfers bereits genannte Einleitung bringt keine Erklärung für diese Auswahl der Themen und Beiträge. Sie verortet den Sammelband in die Spitze der ideengeschichtlichen Forschung, bezieht sich auf die Berliner Philosophin Sybille Krämer (11 f.) und andere Referenzen, erläutert anschließend die vier Teile des zu besprechenden Buches, enthält sich aber einer Zusammenfassung. Immerhin kommt in der Einleitung einmal der arabische Einfluss zur Sprache (»lateinische Übersetzungen arabischer Texte«, 21).

Hier hätte man sich mehr Beispiele für den Wissenstransfer gewünscht, zumal sich ja Europa im Mittelalter gerade dafür angeboten hätte. Dennoch ist lobend festzuhalten, dass der Sammelband gehaltvolle Darstellungen bietet, die Beiträge hohen Ansprüchen gerecht werden und durch die Fülle und Qualität der Abbildungen kaum Wünsche offenbleiben. Dass das Recht nicht eigens thematisiert wurde, ist anhand der methodischen Leitfragen nicht zu kritisieren. Rechtshistorisch Interessierte werden genügend Aspekte ihrer Disziplin angesprochen finden, die zur weiteren Reflexion über Wissensregime und normsetzende Praktiken einladen.

Ein Literaturverzeichnis, bedauerlicherweise aber kein Register, schließen das aufwendige und mit den angegebenen Einschränkungen sehr gelungene Sammelwerk ab.



Jesús Vallejo

Las leyes sabias del Rey Sabio*

Una parte considerable de lo que el autor ofrece en el primer tercio de este libro (capítulos 2–6) tiene origen en su obra *The Learned King. The Reign of Alfonso X of Castile*, publicada en 1993 por la Universidad de Pensilvania y cuya traducción española, a cargo del acreditado especialista Manuel González Jiménez, fue editada por la Universidad de Sevilla en 1999. Ahí están ya los elementos básicos de la visión de nuestro sabio autor sobre el entendimiento que el rey Sabio tuvo de su situación dinástica, de la posición que ocupaba bajo su Dios y sobre su pueblo, de su condición de hacedor de leyes y de las demás potestades que le correspondían para *regere recte* la extensa Corona que heredó de su padre, entendimiento cuya efectiva actuación convirtió su reinado en una creciente cadena de conflictos familiares y estamentales que aquí se abordan, sobre todo, desde la perspectiva que ofrece su obra legislativa.

Al lector de estas páginas le interesará saber que el autor mantiene y reitera su particular hipótesis acerca de la formación de los tres principales *libri legales* alfonsinos, que difiere de lo que se puede considerar estado general de la cuestión tanto en las exposiciones de conjunto de la historia jurídica peninsular como en las más específicas de la bajo-medieval castellana. La pieza central de la explicación de O'Callaghan es el Espéculo, origen, según declara, tanto del Fuero Real como de las Partidas. Contrariamente a lo que han defendido voces tan autorizadas como la de Aquilino Iglesia, el autor afirma que el Espéculo se terminó, lo que da por probado en virtud de la reproducción, bien conocida, de pasajes de sus leyes en diversas decisiones regias en torno a 1260. Esas citas proceden de la parte conservada de la obra (libros I–V), claro está, con lo cual su poder probatorio acerca de su finalización completa solo puede estar sustentada por la suposición – tan tenida por cierta en las páginas que reseñamos que ni siquiera se expresa en ellas – de que únicamente de una compilación

terminada y formalmente promulgada (en Cortes de 1254, según el autor) cabría esperar una utilización como esa.

Y sin embargo, si atendemos a las concepciones vigentes por entonces sobre la elaboración de las leyes, tal suposición es difícil de sostener. Otro obstáculo considerable para dar tanta relevancia histórica al Espéculo es su paupérrima tradición manuscrita, centrada apenas en un solo códice muy tardío e ignorado durante siglos. Nuestro autor supera el escollo mediante su ingeniosa interpretación de un fragmento del prólogo del Espéculo: »damos ende libro en cada villa sseellado con nuestro sseello de plomo e touiemos este scripto en nuestra corte, de que sson ssacados todos los otros que diemos por las villas«; este pasaje se referiría, según O'Callaghan, a dos libros y no a uno: el sellado con el sello de plomo (Fuero Real) y el que quedaba en la corte (Espéculo). Pero no es muy convincente que se elabore un modelo para extraer de él obras distintas al mismo, todas además iguales entre sí, y que ese modelo se conserve precisamente para que »sse acaesçiere dubda ssobre los entendimientos de las leys [...] que sse libre la dubda en nuestra corte por este libro«. Las constatables diferencias de regulación entre Fuero Real y Espéculo (imaginemos, por poner un ejemplo sencillo y plausible, la posible incertidumbre sobre días feriados a efectos procesales) harían imposible aclarar o enmendar en todos los casos el uno por el otro. O'Callaghan liga además, como es habitual, la elaboración de las Partidas (las considera fruto de la revisión del Espéculo) al *fecho de imperio*, que, arrancando en 1256, no puede ser causa del propio Espéculo. Este queda así sin objeto inicial preciso, situado entre un vivo Fuero Real que el rey extendía mediante concesiones particulares y unas Partidas que enfatizaban »his new imperial status« (13).

Hay preocupación, según se ve, por la cronología relativa de estas obras y por su proceso de

* JOSEPH F. O'CALLAGHAN, Alfonso X, the Justinian of His Age. Law and Justice in Thirteenth-Century Castile, Ithaca / London: Cornell University Press 2019, 374 p., ISBN 978-1-5017-3589-9

formación, pero no mucha por la posible identificación de las finalidades que con cada una de ellas el rey pudo perseguir. Esa desatención no me parece especialmente problemática teniendo en cuenta lo que O'Callaghan pretende en este libro. Independientemente del empeño que pone en el posible problema de la promulgación de estas obras, las tiene por expresión de la voluntad del monarca, y eso es lo que más importa: asumiendo la particularizada vigencia del Fuero Real y la estrecha vinculación entre Espéculo y Partidas, O'Callaghan hace ver, muy pertinentemente, hasta qué punto el propio texto de estas últimas muestra que el rey las quiso leyes (16–17).

Ello permite considerar en conjunto estos tres »Codes«, lo que posibilita el propósito del libro que reseñamos: valorar el impacto que la obra legislativa del monarca castellano tuvo en su tiempo (para lo cual el autor pone en juego una extensa panoplia de fuentes complementarias, normativas, documentales y literarias) y, en un didáctico ejercicio de notable ambición, exponer los contenidos de sus leyes en todo el amplísimo universo de cuestiones que regularon, no dejando al margen de la indagación ni el señalamiento de las posibles fuentes de las normas regias ni los problemas de su aplicación efectiva.

Esto último no es siempre posible, desde luego, pero ha de reconocerse que el autor administra con maestría su excelente conocimiento de las fuentes documentales pertinentes. Me parece destacable el cuidado con el que aborda la pluralidad jurisdiccional en los capítulos referidos a ordenación judicial y proceso (7 y 8, respectivamente), asunto tan conflictivo y complejo en la Castilla de entonces como difícil de valorar desde la perspectiva parcial de las leyes regias.

Desde las páginas iniciales del libro, la obra legislativa de Alfonso X se sitúa en la órbita del *ius commune*, lo que no deja de remacharse con precisas alusiones a ambos *corpora iuris* a lo largo de los ya aludidos capítulos en los que se presenta al rey como *princeps* y en los que vemos desenvolverse su labor como hacedor y mantenedor de la justicia en su reino. En todo lo relativo a tales cuestiones, tratadas en la primera mitad de este volumen, la coherencia entre los tres libros de leyes alfonsinos es alta y posibilita su integrada comprensión dentro de los parámetros propios del derecho común.

En los capítulos siguientes, que se enfrentan a las que podríamos identificar como cuestiones de derecho privado, esto es, materia matrimonial y

sucesoria, de estado de las personas y de propiedad y obligaciones (capítulos 9–12), la exposición habría de variar necesariamente y distanciarse de ese compacto enfoque hasta aquí dominante. No hay ya posibilidad de atender a las leyes del Espéculo (pues la regulación pertinente estaría en los libros VI y siguientes, perdidos o nunca redactados), y las de Fuero Real y Partidas presentan divergencias de concepción y regulación que constituyen en sí mismas una de las más características notas de la historia bajomedieval del derecho de Castilla; son divergencias que no se resolvieron del todo ni siquiera en las Leyes de Toro de 1505, directamente enfrentadas a ese problema, y por tanto se proyectaron también a los siglos posteriores.

O'Callaghan no cesa, sin embargo, en su pretendida exposición conjunta, que afecta ahora a materias en las que el Fuero Real dejó ver sus más tradicionales raíces castellanas (de lo que el autor es muy consciente, 137) y su vinculación a la tradición teodosiana filtrada a través de la *Lex Visigothorum* y de su versión romanceada o Fuero Juzgo, y en las que los juristas redactores de las Partidas desplegaron su sapiencia en el derecho civil de origen justiniano. No hay tratamiento específico de esta problemática, pero el lector podrá comprobar que, pese al predominio que se otorga a las Partidas en este largo recorrido por el derecho alfonsino, el autor ha de centrarse en significativas ocasiones en el Fuero Real: sucede en materia de arras, por ejemplo (142–143), en la que además se señalan coincidencias con el Fuero Juzgo y se traen a colación otras compilaciones de derecho territorial castellano en relación con la llamada ley del ósculo. Menos problemas de coherencia entre los libros alfonsinos se observan en los dos últimos capítulos sustantivos, el dedicado a delitos y penas y el que expone la legislación específica que afectó a moros y judíos (capítulos 13–14).

El último capítulo, »The Juridical Achievement of Alfonso X«, contiene una llamativa sorpresa. Donde el lector podría esperar una simple recapitulación sobre los logros del rey Sabio, O'Callaghan enumera las que considera »The Lessons of el Rex Magister«. En la corta pero sustanciosa lista encontramos asuntos como la promoción del bien común, la preservación del imperio de la ley, la protección del entorno o la aceptación del otro. ¿Anacronismo? Lo parece, pero léanse esas apasionadas páginas y podrá comprobarse hasta qué punto están movidas por la conciencia ciudadana de un historiador que nos ha llevado de la mano

haciéndonos conocer por sus leyes un rey y un reinado y que nos desvela al final del recorrido la pulsión personal que lo ha guiado en su solitario trayecto previo de aprendizaje. El contraste que va marcando en cada epígrafe con quienes tienen la función de *regere* su propio país, que no lo hacen desde luego *recte* (son páginas escritas y publicadas bajo la presidencia de Donald J. Trump), llega a

convertirse en una verdaderamente emotiva y edificante lectura en los párrafos dedicados a »The Qualities of a Political Leader«. No sé si esas últimas páginas ayudan a conocer a Alfonso X, pero sí a Joseph F. O'Callaghan. Y merece la pena leerlas.



Christoph H. F. Meyer

Was von christlichem Recht und Juristenleben übrigblieb*

Schon seit längerer Zeit spielt das Verhältnis von Recht und Religion in der rechtshistorischen Forschung eine wichtige Rolle. Entsprechend verhält es sich, wenn auch in bescheidenerem Maße, für biographische oder prosopographische Nachschlagewerke. Beide Tendenzen überschneiden sich in dem 2021 erschienenen Sammelband »Law and the Christian Tradition in Italy. The Legacy of the Great Jurists«. Das Buch ist ein Ertrag des Publikationsprojekts *Great Christian Jurists in World History*, das vom *Center for the Study of Law and Religion* der Emory University (Atlanta) unter Leitung von John Witte Jr. koordiniert wird. Das Wirken von ca. 1000 großen christlichen Juristen soll einmal in 50 Bänden dargestellt werden. Bei den bislang erschienenen handelt es sich zumeist um Aufsatzsammlungen, in deren Mittelpunkt ein Land oder eine Region steht.

Das gilt auch für den hier interessierenden Italienband. Auf ein Vorwort von John Witte Jr. (X–XIII) und die Einführung der Herausgeber Orazio Condorelli und Rafael Domingo (1–24) folgen 26 Aufsätze zu 27 Personen. Aus dem Mittelalter finden sich: Irnerius (A. Padovani, 25–40), Gratian (A. Larson, 41–55), Azzo und

Accursius (E. Conte, 56–69), Sinibaldus Fliscus/Innozenz IV. (K. G. Cushing, 70–81), Henricus de Segusio/Hostiensis (K. Pennington, 82–97), Thomas von Aquin (C. J. Reid Jr., 98–127), Cinus de Pistorio (G. Speciale, 128–144), Johannes Andreae (P. D. Clarke, 145–159), Bartolus de Saxoferrato (O. Condorelli, 160–178), Baldus de Ubaldis (J. Kirshner, 179–197), Paulus de Castro (S. Lepsius, 198–215) und Nicolaus Tedeschis/Panormitanus (R. H. Helmholz, 216–229). Die Frühneuzeit ist vertreten durch: Thomas Cajetan (W. Decock, 230–244), Andreas Alciatus (A. Wijffels, 245–265), Robert Bellarmin (L. Sinisi, 266–280), Albericus Gentilis (G. Minnucci, 281–296), Giovanni Battista De Luca (I. Biocchi, 297–310), Giambattista Vico (M. N. Miletti, 311–330) und Cesare Beccaria (M. G. di Renzo Villata, 331–347). Der Moderne schließlich sind zuzuordnen: Pietro Gasparri (A. Lupano, 348–361), Contardo Ferrini (R. Domingo, 362–375), Luigi Sturzo (R. Astorri, 376–390), Francesco Carnelutti (G. Chiodi, 391–406), Alcide De Gasperi (O. Descamps, 407–419), Arturo Carlo Jemolo (C. Fantappiè, 420–431) sowie Giovanni Battista Montini/Paul VI. (J.-P. Schouppe, 432–445). Ein ausführliches Register (446–468)

* Law and the Christian Tradition in Italy. The Legacy of the Great Jurists, hrsg. von ORAZIO CONDORELLI, RAFAEL DOMINGO (Law and Religion), London/New York: Routledge 2021, xiii, 468 p., ISBN: 978-0-367-85710-3

zu Personennamen, Werkstiteln und ausgewählten Sachbegriffen beschließt den Band.

Die dieser Auswahl zugrundeliegenden Schwerpunktsetzungen ergeben sich aus Überlegungen der Herausgeber, über die sie in der Einführung Auskunft geben. Im Mittelpunkt des Erkenntnisinteresses steht die Bedeutung christlicher Werte für die Ausprägung westlicher Rechtstradition und die Rolle der Juristen dabei (1–2). Deren Leistungen beleuchten die Gesamtentwicklung in Richtung einer wechselseitigen Durchdringung von christlichem Glauben und Rechtsdenken (4). Die Kategorie des Juristen wird so gefasst, dass sie auch Personen einschließt, die zwar nicht die »soziale Rolle des Juristen im engeren Sinne« innehatten, wohl aber »einen wesentlichen Beitrag zu der Interpretation und der Entwicklung des Rechts im weitesten Sinne des Wortes« (3) geleistet haben: »In our book, in short, we have included personalities who, beyond the specific social role of the jurist in the strict sense, in our opinion have made a significant contribution to the interpretation and development of the law in the broadest sense of the term.« (3) Diese Weichenstellungen sind nicht nur bedeutsam in Hinblick auf den Kreis der berücksichtigten Personen, sondern auch für den zeitlichen Schwerpunkt des Bandes, der in der Vormoderne liegt. Der entsprechende Fokus erklärt sich den Herausgebern zufolge (4) daraus, dass sich Europa im 12.–18. Jahrhundert durch eine tief im Christentum verwurzelte Kultur auszeichnete, die auch im Recht Niederschlag fand, während in der Moderne eine vergleichbare Wirksamkeit christlicher Vorstellungen schwerer erkennbar ist.

Die einzelnen Beiträge stammen fast alle von einschlägig ausgewiesenen Autoren, deren Darstellungen sich auf der Höhe aktueller Forschung bewegen. Die Artikel folgen einem einheitlichen Schema. Nach Leben und Werk(en) oder Tätigkeit der betreffenden Person kommen ausgewählte Schwerpunkte in den Blick, die sich in ihren Schriften zeigen oder in den Aktivitäten erkennbar sind. Erwartungsgemäß finden sich bei Juristen (im engeren Sinne) oft, aber nicht immer Beobachtungen, die einen Bezug zu Religion, Theologie

oder (katholischer) Kirche haben, während bei Nichtjuristen rechtlich-normativen Fragen besondere Aufmerksamkeit zuteil wird. Der einzige Artikel, der etwas aus dem Rahmen fällt, ist Charles J. Reids Aufsatz zu Thomas von Aquin. Der Verfasser nimmt für seine Darstellung zwar den mit Abstand größten Raum in Anspruch, enthält dem Leser aber wesentliche Informationen vor. Das gilt nicht nur für das Leben des Aquinaten und sein Gesamtwerk, sondern auch für so grundlegende bibliographische Angaben wie die vom Verfasser benutzten Editionen.

Es wäre verlockend, einige Beiträge etwas genauer zu betrachten, doch fordern die Gesamtkonzeption des Sammelbandes und die Frage nach dem christlichen Einfluss in ungleich stärkerem Maße zu einer Vergewisserung heraus. Diese setzt beim Kreis der berücksichtigten Personen an, der bemerkenswerte Akzente erkennen lässt. Denn wenngleich die Herausgeber auf das große Reservoir von 2159 Einträgen im *Dizionario biografico dei giuristi italiani* verweisen (3–4),¹ sucht man eine Reihe der behandelten Personen in diesem Nachschlagewerk vergebens. Das gilt nicht für die recht gut vertretenen Kanonisten, wohl aber für die Theologen Thomas von Aquin, Cajetan und Bellarmine sowie für einzelne Personen, die nach einer juristischen Ausbildung (vornehmlich) im außerrechtlichen Bereich tätig waren (Luigi Sturzo, Alcide De Gasperi, Giovanni Battista Montini/Paul VI.). Die Gründe für die Berücksichtigung dieser beiden, aus gängigen rechtshistorischen Rastern fallenden Gruppen werden womöglich etwas klarer, wenn man die übrigen Personen genauer in Augenschein nimmt.

Von Interesse sind in diesem Zusammenhang zunächst die Vertreter des Mittelalters und der Frühneuzeit. Sie sind in erster Linie als Gelehrte anzusprechen. Nur der Kanonist Sinibaldus Fliscus könnte, wenn man sich auf sein Wirken als Papst Innozenz IV. konzentriert, auch als Mann der Praxis durchgehen. Betrachtet man die chronologische Abfolge der behandelten Personen, dann fällt auf, dass abgesehen von den erwähnten drei Theologen und dem fachfremd tätigen Vico durch-

1 *Dizionario biografico dei giuristi italiani* (XII–XX secolo), hg. von ITALO BIROCCI, ENNIO CORTESE, ANTONELLO MATTONE, MARCO NICOLA MILETTI, 2 Bde., Bologna 2013.

gänglich bekannte Namen der italienischen Rechtsgeschichte, insbesondere des *ius commune* versammelt sind, die in ihrer Anordnung für bestimmte Epochen oder Strömungen innerhalb der Rechtsentwicklung stehen. Die Vermutung liegt nahe, dass die Auswahl der vormodernen Juristen entlang einzelner großer Linien der italienischen Rechtsgeschichte erfolgte und man so zu berühmten Vertretern des weltlichen und kirchlichen Rechts gelangte.

Wie verhält es sich nun mit dem christlichen Einfluss in den Werken oder der Tätigkeit dieser Rechtsgelehrten? Ein Blick in die entsprechenden Einträge vermittelt ein uneinheitliches Bild. Die theoretische und praktische Bedeutung der Kanonisten (Gratian, Sinibaldus Fliscus/Innozenz IV., Hostiensis, Johannes Andreae, Panormitanus und De Luca) für die christliche Rechtskultur Italiens ist offensichtlich. Nicht ganz so klar ist das Bild, das sich aus den Artikeln zu Vertretern des weltlichen Rechts ergibt. In den Darstellungen zu Innerius, Bartolus, Baldus, Paulus de Castro und Albericus Gentilis finden sich längere Passagen, aus denen deutlich hervorgeht, dass sich der betreffende Jurist auch mit Fragen beschäftigt hat, die man dem Themenbereich Religion bzw. Kirche zuordnen kann. Ob dagegen entsprechende Belege auch für Azzo, Accursius, Cinus, Vico und Beccaria existieren, lässt sich aufgrund der jeweiligen Artikel kaum beurteilen. Die spärlichen einschlägigen Hinweise, die sich darin finden, lassen sich schwerlich als Beleg für eine eingehendere Beschäftigung mit den fraglichen Themen deuten, zumal gerade im Mittelalter ein Recht ganz ohne christliche bzw. kirchliche Bezüge praktisch undenkbar war, so dass auch in den Schriften der Legisten entsprechende Bezugnahmen keine Seltenheit sind.

Im Vergleich zur Vormoderne vermitteln die Aufsätze zu den Juristen des 19. und 20. Jahrhunderts einen etwas anderen Eindruck. Abgesehen von vier mehr oder weniger bekannten Vertretern der Kanonistik und der weltlichen Rechtswissenschaft, von denen einer (Ferrini) in der katholischen Kirche als Heiliger verehrt wird, finden sich drei fachfremd tätige Juristen, darunter der 2018 heiliggesprochene Giovanni Battista Montini/Paul VI. Gerade mit Blick auf diese drei Personen zeichnet sich ein Unterschied zur Vormoderne ab, waren doch vier der sieben Vertreter der Moderne (Gasparri, Sturzo, De Gasperi, Montini/Paul VI.) primär in der rechtlichen bzw. außerrechtlichen Praxis tätig – sei es, dass sie in der Politik oder der

Kirchenleitung eine zentrale Position innehatten, oder sei es, dass sie bei der Kodifikation des kanonischen Rechts oder der konziliaren Normgebung eine wesentliche Rolle spielten.

Die gerade skizzierten Beobachtungen führen zu der Frage, inwieweit die Personenauswahl den allgemeinen Darstellungszielen des Buchs gerecht wird. Es gelingt den Herausgebern, vielfältige biographische Einblicke in zentrale Aspekte christlichen Normdenkens und kirchlicher Rechtskultur zu eröffnen. Voraussetzung dafür ist die vergleichsweise starke Präsenz von Kanonisten sowie von fachfremd tätigen Juristen und Theologen. Durch die Einbeziehung der beiden letztgenannten Gruppen werden deutliche Akzente gesetzt in Richtung einer stärkeren Berücksichtigung theologisch geprägter Traditionen normativen Denkens und einer außerrechtlichen Praxis, die mit Arbeit im Dienste der Kirche oder christlicher Gerechtigkeitsvorstellungen in Verbindung stand. Die so erreichte Weitung der Perspektive ist gerade aus Sicht einer Rechtshistorie, die sich stärker kulturgeschichtlich verortet, von erheblichem Gewinn.

Nicht so deutlich erkennbar sind die Hintergründe dieser Weichenstellung. Ins Auge fällt zunächst die sehr weit gefasste Kategorie des Juristen. Dass diese nicht unproblematisch ist, sich dem Vorwurf einer Verwässerung oder Inflation des Juristenbegriffs (Thomas von Aquin als Jurist?) aussetzt, war den Herausgebern sicherlich klar. Auf sachlicher Ebene versuchen sie, die Erweiterung mit den Bedürfnissen interdisziplinärer Analyse zu begründen (3). Das vermag nicht sonderlich zu überzeugen. Aufgrund ihrer oben zitierten diesbezüglichen Bemerkung könnte man allerdings auch zu dem Schluss gelangen, dass die sehr weit gefasste Kategorie des Juristen auf einem erweiterten Rechtsbegriff beruht. Das wäre theoretisch etwa im Sinne von Multinormativität oder Rechtspluralismus durchaus begründbar, doch sucht man entsprechende Hinweise vergeblich. Vielleicht spielen aber noch andere Gesichtspunkte eine Rolle, die mit der Darstellungsökonomie des Sammelbandes zusammenhängen.

Möglicherweise haben die Herausgeber hier aus einer Not eine Tugend gemacht. Das Problem ist unschwer erkennbar. Wer nach dem Einfluss des Christentums auf das Recht fragt, hat dabei zumeist das weltliche Recht vor Augen, denn dass das Christentum für die Entstehung des Kirchenrechts eine *conditio sine qua non* war, ist selbstverständlich. Was nun die christliche Durchdringung des welt-

lichen Rechts angeht, so steht außer Frage, dass Kanonisten und Theologen dazu Wichtiges beigetragen haben. Entscheidend für die Rechtsentwicklung war jedoch letztlich der Beitrag der Juristen des weltlichen Rechts. Damit rücken noch einmal die Sammelbandartikel zu den vormodernen Legisten in den Blick. Wer sie liest, könnte den Eindruck gewinnen, dass durch die Berücksichtigung gerade der Theologen das – vorsichtig ausgedrückt – lückenhafte Bild ergänzt wird, das einige Aufsätze zu Vertretern der Profanjurisdiktion vom Einfluss von Christentum und Kirche vermitteln. Hier zeigen sich Defizite, die sich nicht allein aus einem möglichen Desinteresse der Bearbeiter erklären, sondern zumindest teilweise auch daraus resultieren, dass die fraglichen Aspekte im Werk der betreffenden Juristen nur eine untergeordnete Rolle spielen.

Dass die Rechtsgelehrten dennoch ausgewählt wurden, dürfte nicht zuletzt auf eine Vorliebe für bekannte oder »große« Juristen zurückzuführen sein, die wiederum in engem Zusammenhang steht mit einem starken Interesse an der Rechtskultur des *ius commune*, in der aus Sicht der Herausgeber die christliche Kultur des vormodernen Europa ihren (wichtigsten) juridischen Ausdruck gefunden hat (4). Der Rückgriff auf das Gemeine Recht gleichsam als Modell christlichen Einflusses auf das weltliche Recht des Mittelalters und der Frühneuzeit ist jedoch nicht nur in sachlicher, sondern auch in methodischer Hinsicht von Bedeutung. Das Paradigma des *ius commune*, in dem alles (scheinbar) seinen Platz hatte, begünstigt ein kleinteiliges, vergleichsweise harmonisches und teilweise statisches Bild. Die Verzahnung von christlichen Normen und weltlichem Recht in der Vormoderne erscheint dann weniger als ein dynamisches Verhältnis und eher als eine variationsfähige Konstante, die, wenn schon nicht gott-, so doch vorgegeben ist. Angesichts der außerwissenschaftlichen Implikationen von Teilen der *Ius*

Commune-Geschichtsschreibung² und dem recht emphatischen Bekenntnis, das die Herausgeber zum christlichen Charakter der westlichen Welt abgeben (1), könnte hier bei dem einen oder anderen Leser der (unbegründete) Verdacht aufkommen, der Sammelband transponiere unausgesprochen eine essentialistische Botschaft oder verfolge gar eine ideologische Agenda.

Nicht zuletzt in diese Richtung geht eine grundsätzliche Kritik, die Oliver Lepsius unlängst am gesamten *Great Christian Jurists*-Projekt geübt hat.³ Er hält eine Suche nach großen christlichen Juristen für »fehlgeleitet«⁴ und die entsprechende Fragestellung wohl nicht nur in Hinblick auf den von ihm besprochenen USA-Band für sinnlos, wenn nicht gar gefährlich. Ob Lepsius damit dem Vorhaben gerecht wird, erscheint schon deshalb zweifelhaft, weil der Gesamtertrag des Projekts noch gar nicht überschaubar ist und seine Kritik größtenteils auf Mutmaßungen und Bewertungen beruht. Dennoch sind Lepsius' Überlegungen anregend, und zwar nicht zuletzt *ex negativo*, wenn man sich mit Blick auf den Italienband fragt, wie sich das christlich-kirchliche Element vielleicht noch etwas stärker herausarbeiten und der mögliche Eindruck einer gleichsam apriorischen Harmonie von Recht und Glaube zugunsten eines eher dynamischen Verständnisses korrigieren ließe. Vor diesem Hintergrund fällt vor allem der von Lepsius betonte Gegensatz von Recht und Religion ins Auge, der es ihm fragwürdig erscheinen lässt, mit Blick auf Juristen das Attribut »groß« nicht nur auf die fachlichen Fähigkeiten, sondern auch auf den christlichen Glauben zu beziehen.

Solche Zweifel sind kein Proprium der Moderne. Das zeigt das alte Wort »Juristen böse Christen«.⁵ Jenseits ihrer historischen Hintergründe verweist die Sentenz auf ein Spannungsverhältnis zwischen der Tätigkeit des Juristen und seinem christlichen Glauben bzw. Leben. Interessant daran ist hier nicht so sehr das persönliche Fehl-

2 SUSANNE LEPSIUS, *Ius Commune*, in: HRG, Bd. 2, 2. Aufl., Berlin 2012, Sp. 1333–1336, Sp. 1335–1336.

3 OLIVER LEPSIUS, Rez. zu: *Great Christian Jurists in American History*, hg. von DANIEL L. DREISBACH, MARK DAVID HALL (Cambridge Studies in Law and Christianity), Cambridge 2019, in: ZRG KA 106 (2020) 466–482, insbesondere 466–470.

4 Ebd., 482.

5 MICHAEL STOLLEIS, Juristenbeschimpfung, oder: Juristen, böse Christen, in: *Politik – Bildung – Religion*. Hans Maier zum 65. Geburtstag, hrsg. von THEO STAMMEN, HEINRICH OBERREUTER, PAUL MIKAT, Paderborn u. a. 1996, 163–170; ROLF LIEBERWIRTH, Juristen, böse Christen, in: HRG, Bd. 2, Berlin,

2. Aufl., Berlin 2012, Sp. 1426–1429. Vgl. auch COURTNEY KENNY, Bonus jurista, malus Christa, in: *Law Quarterly Review* 19 (1903) 326–334.

verhalten, sondern der in der oder mit der Person des Juristen ausgetragene potentielle Konflikt zwischen dem weltlichen Recht auf der einen und christlichen Rechts- und Moralvorstellungen auf der anderen Seite.⁶ Erinnert sei nur an den im Sammelband nicht berücksichtigten Gregor VII., den Investiturstreit und die damit einhergehenden rechtlich-kulturellen Veränderungen, denen nicht erst seit Harold Berman wesentliche Bedeutung für die europäische Rechtsgeschichte zugestanden wird. Wer wissen will, welchen rechtlichen Niederschlag dieses innerhalb einer grundsätzlichen Gemeinsamkeit von weltlicher und geistlicher Gewalt sich vollziehende Ringen um Normen im Spätmittelalter und zum Teil noch in der Frühneuzeit

gefunden hat, muss nur einen Blick in die Differenzienliteratur werfen.⁷ Sie und andere gelehrte Quellen könnten als Ausgangspunkte für weitere, vielleicht etwas »konfliktfreudigere« Erkundungen von Recht und christlicher Tradition im Spiegel von Juristenbiographien dienen. Einzelne Ansätze dafür finden sich bereits in vorliegenden Sammelband, wenn man etwa an die Darstellung zu Robert Bellarmin und seiner Lehre von der *potestas indirecta* denkt (272–274). Auf den Fundamenten, die von Condorelli, Domingo und ihren Autoren für Italien gelegt worden sind, ließe sich so weiter aufbauen.



Manuela Bragagnolo

Early Modern Books and Their Laws: Privileges of Print in Renaissance Italy*

Within the »vastissimum oceanum« of early modern privileges, which individualized law for individuals, groups or local and regional areas,¹ privileges of print are normative sources of particular interest that can be analysed from different perspectives.

An interesting outcome of the ERC funded *Early Modern Book Trade* project, led by Angela Nuovo,

the collective volume *Privilegi librari nell'Italia del Rinascimento* looks at the privileges of print intertwining with book history and economic history approaches.

The book has the merit of gathering some of the most recent and cutting-edge research on early modern privileges of print. The six contributions in the volume, which opens with an introduction by

6 RUDOLF VON SCHERER, Handbuch des Kirchenrechtes, Bd. 1, Graz 1886, 2.

7 ALPHONSE VAN HOVE, Prolegomena (Commentarium Lovaniense in Codicem Iuris Canonici, Vol. 1,1), Mechelen/Rom, 2. Aufl. 1945, 569–570; JEAN PORTEMER, Recherches sur les »Differentiae juris civilis et canonici« au temps du Droit classique de l'Eglise. L'expression des »Differentiae«, Diss., Paris 1946; HELMUT SCHNIZER, Differentienliteratur zum kanonischen Recht. Eine unbekannte Literaturgattung als Beleg zur dialektischen Kraft des kanonischen Rechts in der Privatrechtsentwicklung der Neuzeit, in: DERS., Rechtssubjekt, rechtswirksames Handeln und Organisationsstrukturen. Ausgewählte

Aufsätze aus Kirchenrecht, Rechtsgeschichte und Staatskirchenrecht (Freiburger Veröffentlichungen aus dem Gebiete von Kirche und Staat, Bd. 42), Freiburg i. Ü. 1995, 138–157; MARIO ASCHERI, Le »Differentiae inter ius canonicum et ius civile«, in: Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, Bd. 1: Zivil- und Zivilprozessrecht, hrsg. von ORAZIO CONDORELLI, FRANCK ROUMY, MATHIAS SCHMOECKEL (Norm und Struktur, Bd. 37,1), Köln u. a. 2009, 67–73. Vgl. auch UDO WOLTER, Ius canonicum in iure civili. Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 23), Köln/Wien 1975.

* ERIKA SQUASSINA, ANDREA OTTONE (eds.), Privilegi librari nell'Italia del Rinascimento, Milano: Franco Angeli 2019, 410 p., ISBN 978-88-917-9725-4, Open access: http://ojs.francoangeli.it/_omp/index.php/oa/catalog/book/430

1 HEINZ MOHNHAUPT, Privileg, neuzeitlich, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, ed. by ALBRECHT CORDES et al., vol. IV, 2nd ed., Berlin 2018, col. 821–828.

Angela Nuovo (*Introduzione. Le politiche legislative sulla stampa in età moderna*), look at privileges of print as a system born in Venice but that then spread all over Europe. Amongst the crucial objects of investigation are the ways in which the request and granting of privileges of print, which excluded everyone else from printing, importing and selling a book, within a specific geographical context, became a common practice for all the actors involved in book production and trade in the early modern period. Nuovo stresses the great interest of studying privileges of print, not only as a crucial key to access to the understanding of the early modern book market. Systematic studies of privileges of print could also shed new light on other so-far-unexplored historical dimensions, such as the crucial role of privileges in the definition of the nature and function of the author in the editorial system (13).

More generally, the book not only offers a comparative analysis of different systems in early modern Italian states. The contribution of economic history is fundamental for clarifying, in a decisive way, the significance of the institution of the book privilege (14).

In this vein, the first two contributions of the book propose an economic history examination of the institution of the privilege as an instrument of economic policy for promoting innovation.

Francesco Ammannati (*I privilegi come strumento di politica economica nell'Italia della prima età moderna*) provides a general framework of the early modern privilege system from an economic history perspective. In particular, he focuses on privileges as a fundamental component of the new regulations that spread throughout Europe after the original Venetian one, introduced in 1474, aiming at protecting the innovation, perceived as crucial for the economic growth. Three kinds of inventions were protected: technical procedures, machines and consumers goods. The *iter* for requesting a privilege was similar everywhere, based on the inventor's supplication showing the two main characteristics required to obtain a privilege: innovation and public utility. The adoption of the Venetian system as a model contributed to the use of the privilege in similar forms in all the European states, thus »laying the bases for an European market of the invention« (35).

Stefano Comino, Alberto Galasso, and Clara Graziano's chapter (*Brevetti e limitazioni alla concorrenza nei corpi di mestiere della Repubblica id*

Venezia) is dedicated to the 1474 Venetian law, which was the first formalized regulation for the concession of patents. Studying the use of patents in Renaissance Venice after the approval of the regulation, it sheds new light on the factors determining the rapid success of the new institution. In particular, the chapter points out the important and active role played by Venetian corporations, especially those with fewer connections to political power, in the consolidation and use of the patent system, and in the promotion of innovation.

After this introductory section on privileges and patents for new inventions, the following core part of the volume is dedicated to the privilege of print system, originally related to the introduction of the technology of print in Italy (namely in Venice), and then applied to the production of single books. Great attention is paid to the two most important centres of book production in Italy (and also, to a certain extent, in Europe): Venice and Rome, highlighting the specific, different logics and aims which stood behind their privilege of print systems (for Venice it was the promotion of the innovation and of the local book industry, while Rome cared more about the doctrinal correctness and orthodoxy of the printed texts), as well as the conflicts between the two powers, especially around the publication of religious books. But the interesting and less explored context of the privilege of print system in Milan is also taken into account.

Angela Nuovo and Paola Arrigoni (*Privilegi librari nello Stato di Milano (sec. XV–XVI)*) precisely analyse the introduction and first decades of the privilege system in Milan, concurrent with the introduction of the technology of print. Although it remained a much smaller centre of book production compared to Venice, Milan introduced the technology of print very early. The chapter analyses the development of the book privileges in Milan, highlighting the evolution of commercial and authorial privileges, as well as privileges granted to foreign printers for the purpose of pure administrative revenue. It also provides some first very interesting quantitative analysis of the privileges requested and granted in connection with book production in Milan.

Jane C. Ginsburg (*Proto-proprietà letteraria ed artistica: I privilegi di stampa papali nel XVI secolo*) focuses on the specificities of the system of papal privileges of print as a form of »proto-property in

literary and artistic work». In particular she focuses on the author's role in this process: in fact, differently from other States in which the privileges were granted to printers, editors and authors, papal privileges were mostly granted to authors.

Based on an impressive study of about 500 unpublished documents (privileges and petitions), preserved at the Vatican Apostolic Archives in Rome, the author explains how the papal privilege system worked, highlighting the procedure, the beneficiaries, the protected works (mainly religious and legal books), the geographic area and the enforcement of the privilege. Particularly interesting is the analysis of the motivations that stood behind the granting of a privilege, which makes the Papal privilege system different from the others: together with the protection of the petitioner's economic investment and the public utility, papal privileges expressly aimed at rewarding the author (or, less often, the printer) in maintaining high quality standards of the work's accuracy and conformity to Church doctrine. This is the reason why derivative products, such as translations, compendia, and the apparatus of glosses, could also be protected by a papal privilege. A rich table (141–284) published as an appendix to the chapter, collects and catalogues the Papal printing privileges and related documents preserved at the Vatican Apostolic Archives, also identifying the work for which the privilege was granted (often providing a bibliographic cross-reference).

Andrea Ottone (*Il privilegio del Messale riformato. Roma e Venezia fra censura espurgatoria e tensioni commerciali*) explores the conflicts between Rome and Venice around the publication, supervised by specific commissions, of the new editions of liturgical and doctrinal books after the Council of Trent. Originally, texts such as the new *Roman Catechism*, the *Breviary*, the *Missal*, or *Corpus Iuris Canonici* were planned to be printed in Rome, and covered by the papal privilege, in order to guarantee direct control from the Papacy in the passage from the manuscript to print. But this generated a tension between Rome and the Venetian book industry. Ottone's chapter focuses on a specific phase of this conflict, between 1601 and 1603, around the publication of the *Roman Missal*. In this conflict, Rome used the instrument of the expurgatory censorship to guarantee the correctness of both the textual form and the doctrine mobilized in the book, thus trying to put into practice its claims of authorial control on canonical

texts. The chapter analyses the rich documentation now available, and stresses, in an innovative way, the economical and juridical aspects more related to the production and commercialization of the religious book.

Based on the attentive cataloguing and analysis of a remarkable documental corpus, organized in a fully accessible online database, Erika Squassina's chapter (*I privilegi librari a Venezia, 1496–1545*) finally focuses on the Venetian privilege system from its beginning to the Council of Trent. The author shows how, from a privilege *pro arte introducenda* for the introduction of the new technology of print in Venice, the privilege system was then transferred to the book production, considering each edition an innovation. It soon became the only system printers had to protect themselves and their economic effort from a competition perceived as unfair.

The chapter provides an overview of the use and abuse of the privilege of print in Venice, as well as of the legislation through which Venice, in the first half of the 16th century, tried to regulate and improve the system. It also offers an interesting analysis of the typologies of applicants (authors but most of all printers), of the objects of legal protection (typographical innovations but most of all printing and selling of literary works), and of the business strategies behind obtaining a Venetian privilege, which allowed for the control of the entire Italian market, due to the crucial role of Venice not only in the book production but also in the book trade.

The chapter ends with the presentation of the database of early modern Venetian privileges, entitled *Early Modern Privileges in Venice*, which is one of the most impressive results of the *EMoBookTrade* Project, and is fully accessible online (<http://emo-booktrade.unimi.it>). The database, which is unique in its genre, currently contains the privileges granted by the Republic of Venice up to 1553, but will reach to 1603. It comprises 460 transcriptions, testifying the granting of privileges by the magistrates in charge. A list of the Venetian privileges of prints granted to authors is printed as an appendix to the chapter.

In conclusion, this volume is a fundamental reference work for the investigation of the early modern privilege system in Italy. But a better knowledge of the privilege of print system could serve research of even broader scope. Books were objects that, more than others, stored and mobi-

lized knowledge in the early modern period. A better understanding of the regulation that stood behind the book production and trade, and of the way in which the protagonists of the early modern book world made use of the privilege

system, could therefore, for instance, shed new light on not yet explored aspects of early modern knowledge production.



Marek Starý

Rechts- und Sprachtransfer in Mittel- und Osteuropa*

Es dürfte kaum zu bestreiten sein, dass das sächsisch-magdeburgische Recht über Jahrhunderte grundlegend die Entfaltung des Rechts in Ost- und Mitteleuropa beeinflusst hat. Dem Transfer dieses Teiles der Rechtskultur aus Magdeburg gen Osten ist die Bücherreihe »Ius Saxonico-Maideburgense in Oriente« gewidmet, deren fünfter Band die Anwendung des sächsischen Stadtrechtes auf dem Gebiet von zwei slawischen Nachbarstaaten in den Blick nimmt, nämlich Tschechien und der Slowakei.

Die Vernunfttheirat, welche die Tschechen mit den Slowaken seit 1918 für ein dreiviertel Jahrhundert in einem Staat zusammenschloss (wobei diese Rolle zuvor der Herrscher erfüllte), kann kaum etwas am Tatbestand ändern, dass die böhmischen Länder im Mittelalter und in der frühen Neuzeit – trotz gegenseitiger Kontakte und Einflussnahmen – eine etwas andere Entwicklung als das Gebiet der künftigen Slowakei genommen haben. Daher stellt die sehr sinnvolle gemeinsame Untersuchung der tschechisch-slowakischen Problematik in einem Band keine Selbstverständlichkeit dar.

Es überrascht aber, wie unterschiedlich die Aussagen, welche jeweils die böhmischen Länder und die Slowakei betreffen, verfasst sind. Diese Unterschiedlichkeit wird bereits im Vorwort wie auch an anderen Textstellen erwähnt. Begründet wird sie u. a. mit der »Rücksicht auf die nicht vergleichbare

Quellenlage« (1) oder dem Verweis auf die Tatsache, dass »die Rezeptionssituation in beiden Untersuchungsgebieten trotz vieler Gemeinsamkeiten aus rechtshistorischer Perspektive nicht homogen erscheint« (517) – zweifellos bedeutende Aspekte. Andererseits wäre es in praktischer Hinsicht noch nützlicher, wenn die Bearbeitung beider Regionen möglichst viele Vergleiche enthalten würden.

Unterschiedliche Ansätze werden gleich im ersten Kapitel sichtbar, das dem Rechtstransfer gewidmet ist. Der den böhmischen Ländern gewidmete Teil beginnt mit einer kurzen Skizze der Entwicklung der Verwaltung und der Rechtsprechung dieses Gebiets (11–25). Dabei war die Herausforderung für die Verfasserin Katalin Gönczi sehr groß, eine so umfangreiche Problematik auf einer begrenzten Zahl von Seiten zusammenzufassen. Diese anspruchsvolle Aufgabe ist ihr gut gelungen, auch wenn darüber diskutiert werden kann, welcher Raum der Entwicklung des Landrechtes gewidmet werden sollte, das durch die Einflüsse des magdeburgischen Rechtes höchstens am Rande berührt war. Es überrascht auch der Umstand, dass in der Rekapitulation der territorialen Zusammensetzung der böhmischen Krone die sog. *feuda extra curtem* kaum behandelt wurden: relativ umfangreiche deutsche Enklaven, auf die sich auch die Lehnsoberhoheit der böhmischen Könige bezog.

* INGE BILY, WIELAND CARLS, KATALIN GÖNCZI, MARIJA LAZAR, Sächsisch-magdeburgisches Recht in Tschechien und in der Slowakei, Berlin / Boston: De Gruyter 2021, 685 S., ISBN 978-3-11-044402-5

Behandelt werden zudem der Landesausbau und die Stadtentwicklung (25–34), auswärtige Rechtseinflüsse (34–47) und kurz auch die Transferwege zwischen den böhmischen Ländern und Magdeburg (47–48). Im reichhaltigen Anmerkungsapparat wird bedauerlicherweise die tschechische rechtshistorische Literatur relativ wenig reflektiert; häufiger als spezialisierten Studien begegnen wir handbuchartigen Kompendien sowie im Ausland veröffentlichten Studien tschechischer Autoren.

Der »slowakische Teil« dieses Kapitels verzichtet erstaunlicherweise völlig auf jegliche Einführung in die Problematik der Geschichte und Rechtsorganisation von Oberungarn, wenn wir von der etwa einseitigen Zusammenfassung der Berichte aus der Zeit des Großmährischen Reiches und Anmerkungen zu den Kircheninstitutionen, welche ihren Einfluss hier geltend gemacht haben, absehen (48–49). Dem Bereich Landesausbau und Stadtentwicklung ist lediglich ein kurzes Unterkapitel gewidmet (49–50), ergänzt um die knappe Darlegung der königlichen Unterstützung durch Stadtprivilegien (51–52) und einigermaßen umfangreichere Passagen über die Blütezeit der Städte insbesondere im 14. Jahrhundert (52–56). Gründlicher ist die Frage des Rechtstransfers bearbeitet: also der Wege, auf denen das magdeburgische Recht in dieses Gebiet gelangte (56–72). Besonders interessant ist hier, dass die Herkunft des Silleiner Stadtrechtes ihren Ursprung im schlesischen Teschen hatte, was die Existenz der Bindungen von böhmischen Ländern zu den benachbarten Gebieten des Königreiches Ungarn bestätigt. Ein kurzer Ausblick zu weiteren Einflüssen auf das Stadtrecht auf dem Gebiet der heutigen Slowakei beendet das Kapitel.

Am augenscheinlichsten kommt der Unterschied zwischen beiden so konzipierten Teilen der Veröffentlichung in den historisch-linguistischen Passagen zum Ausdruck, welche zweifelsohne den Kern und wichtigsten »Mehrwert« der Veröffentlichung bilden. Als Ausgangspunkt für den Sprachvergleich wurde, zumindest was die deutschen Texte anbelangt, das Sächsische Weichbild als grundlegende repräsentative Sammlung von Normen des magdeburgischen Rechtes gewählt, welche sich intensiv außerhalb der Grenzen von Sachsen verbreitete, wovon viele erhaltene Abschriften und auch spätere Übersetzungen zeugen. In Böhmen ist eine solche Übersetzung in einem Manuskript erhalten, das in der zweiten

Hälfte des 15. Jahrhunderts entstanden ist und den vielsagenden Titel »Práva saszká« (Sächsisches Recht) trug. Die anders gelagerte Situation in der Slowakei war auch der Grund, warum hier das Silleiner Rechtsbuch zum Ausgangspunkt geworden ist, welches auf Deutsch 1378 niedergeschrieben und 1473 ins slowakisierte Tschechisch übersetzt wurde. Zudem ist die Sammlung Zipser Willkür berücksichtigt, deren älteste Abschrift der Mitte des 15. Jahrhunderts entstammt.

Während die teilweise unterschiedlichen Ausgangspunkte nachvollziehbar sind, können die bereits auf den ersten Blick inkommensurablen Ansätze Fragen aufwerfen. So legt Inge Bily für die böhmischen Länder eine minutiöse deutsch-tschechische kontrastive Wortanalyse vor (135–396), deren Bestandteil ein umfangreicher rechtsrelevanter Wortschatz im frühneuhochdeutsch-alttschechischen Vergleich ist (169–343). Dagegen stellt das von Marija Lazar verfasste Pendant für das slowakische Milieu nur einen relativ spärlichen Text über linguistische Forschungen zum sächsisch-magdeburgischen Recht in der Slowakei dar (457–516), obwohl er interessante Aspekte und auch methodische Anregungen enthält.

Man könnte fragen, ob in diesem Fall nicht die Gelegenheit verpasst wurde, zum Zwecke weiterer linguistischer Erforschung das Material nebeneinander zu behandeln. Auf diese Weise hätte man klären können, in welchem Maße das mittelalterliche und frühneuzeitliche Tschechisch in den böhmischen Ländern und das slowakisierte Tschechisch in Oberungarn im Bereich der Rechtsterminologie einander ähnelten oder sich vielmehr voneinander unterschieden. Denn das erwähnte Lexikon beruht auf der deutsch-tschechisch-polnischen Trichotomie, wobei das Deutsche die Grundlage bildet und jedem deutschen Terminus auch ein tschechischer und polnischer hinzugefügt wird. Die tschechischen Begriffe werden dann in eine alphabetische Liste geordnet, die auf die entsprechenden Stichwörter unter dem deutschen Äquivalent verweisen.

Die Einbeziehung polnischer Termini als Ergebnis der vorangehenden Forschungen ist sicherlich sinnvoll (vgl. 171). Inwieweit dies praktikabel ist, ist natürlich eine ganz andere Frage. In linguistischer Hinsicht ergibt es für Allgemeinhistoriker, nicht nur für Rechtshistoriker vielleicht mehr Sinn, dass die lateinische Begrifflichkeit (zumindest in den Grundkonturen) aus den lateinischen Übersetzungen des Sächsischen Weichbildes extra-

hiert werden konnte. Auf jeden Fall würden es aber Forscher aus der tschechisch-slowakischen Region schätzen, wenn in dieses Wörterbuch auch die Äquivalente aus dem Sillescu Rechtsbuch, ggf. aus der Zipser Willkür miteinbezogen würden; denn damit könnte gezeigt werden, in welchem Maße die Entwicklung der Rechtssprache in der Slowakei andere Wege als im tschechischen Staatsgebiet nahm. Ebenso hilfreich wäre die Erarbeitung eines selbstständigen Wörterbuchs auf Grundlage der deutschen und tschechischen Fassung des Sillescu Rechtsbuchs.

Der tschechisch-deutsch-polnische Wortschatz ist gründlich bearbeitet, und zwar auf der Grundlage methodischer Ausgangspunkte (131–132, insbes. 169–175). Der dreisprachigen Übersetzung folgt eine kurzgefasste Definition des Rechtsbegriffs (logischerweise nur auf Deutsch). Danach werden verschiedene Wortverwendungen des einschlägigen Terminus ergänzt, die aber nur ins Tschechische übersetzt sind. Deren reale Verwendung im Kontext des Rechtstextes wird durch die entsprechenden Abschnitte aus der deutschen und tschechischen Fassung des Sächsischen Rechtes dokumentiert. Der beigelegte Kommentar hat im Grunde ein linguistisches, kein rechtshistorisches Gepräge, wobei darin (möglicherweise überflüssig) wieder polnische Äquivalente angegeben werden. Jedem Stichwort sind verkürzte Literaturverweise beigelegt.

In Bezug auf die Zahl der gründlich ausgewählten Stichworte fallen nur geringfügige Unzulänglichkeiten auf. So findet man z. B. das Stichwort »(Fron-)Bote« (215–216), worauf ein weiteres Stichwort »Boten« (216–217) folgt. Der Logik der Sache angemessener wäre es, beide gemeinsam zu behandeln und, falls die alphabetische Einordnung unter dem Buchstaben F gewählt wurde, einen entsprechenden Verweis hinter dem Begriff »Bote« zu setzen.

Beim deutschen Begriff »Gericht« wird als zweites tschechisches Äquivalent der Begriff »právo« angegeben (224–225). Während in historischer Hinsicht diese Übersetzung richtig (und mit einschlägigen Textabschnitten aus den Quellen belegt) ist, wäre es nützlich zu betonen, dass der Begriff »právo« hier nicht die gleiche Bedeutung wie in der modernen Sprache hat (nämlich »das Recht«), sondern dass es sich um die alte, institutionelle übertragene Bedeutung handelt, welche dem gegenwärtigen tschechischen Äquivalent des Begriffes »Gericht« entspricht (»soud«). Auf jeden Fall

sollte der Verweis auf das Stichwort »Gericht« beim tschechischen Begriff »právo« angeboten werden (272). Einer ähnlichen Uneindeutigkeit begegnet man auch beim Begriff »Recht« (275–280). Denn auch hier gilt, dass in manchen Fällen (Wortwendung Nr. II, IV) unter »Recht« die Rechtsinstanz verstanden wird, für die die betreffende Person zuständig ist, was nicht ausreichend betont wird.

Das Verb »vererben« (322) wird in dem einzigen angebotenen Textabschnitt ins Tschechische als »dědit« übersetzt. Das Problem besteht aber darin, dass in dem deutschen Text nicht das Verb »vererben«, sondern nur »erben« verwendet wurde (»sy erbit ir teil«). Dieses Stichwort sollte logischerweise unter dem Buchstaben E eingeordnet werden. Die tschechische Übersetzung spiegelt konsequent das deutsche Originalmuster (»ta žena dědi svoj diel«) wider, somit entsprechen weder sie noch das deutsche Original der geläufigen zeitgenössischen Rechtsterminologie. Denn hinsichtlich seiner Bedeutung wird damit in der Tat »vererben«, im Tschechischen »odkázat« gemeint.

Unter dem Terminus »Vormund« (326–327) werden als tschechische Entsprechungen die Begriffe »poručník«, »ručitel« und »opatrovník« erwähnt. Den letztgenannten findet man aber nicht in der Stichwortliste, und er kommt auch in keinem der zitierten tschechischen Textabschnitte vor. Während »opatrovník« zumindest hinsichtlich seiner Bedeutung angemessen ist, entspricht der Begriff »ručitel« (alttschechisch »rukojmě« oder »jistec«) vielmehr dem deutschen Begriff des Bürgen.

Schließlich bietet das Substantiv »Wergeld« (333–334) in der Kopfzeile als alttschechisches Äquivalent das übernommene »vergelt«. In der Tat belegen aber auch die beigelegten Textbeispiele für das tschechische Gebiet die Verwendung des möglicherweise geläufigeren lokalen Begriffes »odklad«, der allerdings in der Begriffsliste fehlt (siehe 268).

Bei allen genannten Beispielen handelt es sich naturgemäß um Marginalien, welche keinesfalls die Qualität der geleisteten Arbeit mindern. Solche Hinweise könnten eher für den Fall vom Nutzen sein, dass das ganze Corpus noch weiter aktualisiert wird.

Neben den überaus interessanten Erkenntnissen aus dem Bereich von linguistischen und rechtshistorischen Kontexten bietet das Buch eine Reihe von Übersichtskapiteln (Teile), welche als Aus-

gangspunkt für die weitere Forschung dienen können. Auf das historische Lexikon folgt das dreisprachige Wörterverzeichnis der Rechtstermini (403–445), woran die deutsch-tschechisch-polnische Übersicht der Titel relevanter Quellen des magdeburgischen Rechtes anschließt (446–456). Ebenfalls nützlich ist der Forschungsüberblick zu den Untersuchungsgebieten Tschechien und Slowakei (77–97); auch wenn sich hier die Frage stellt, ob man nicht neben der chronologischen Gliederung die Veröffentlichungen, welche sich auf die böhmischen Länder und die Slowakei beziehen bzw. solche Arbeiten, die auf dem Boden dieser Länder entstanden, klarer von derjenigen, die in Deutschland (also »von jenseits der Grenze«) verfasst wurden, getrennt werden sollten. Nicht minder wichtig sind das Verzeichnis der erhaltenen Handschriften bzw. der Drucke von grundlegen-

den Quellen (99–126) sowie die grundlegende geographische Übersicht (527–533) und das umfangreiche Quellen- und Literaturverzeichnis; danach folgen noch die Hilfsregister.

Trotz der genannten kleineren Einwände, welche lediglich den subjektiven Blick eines tschechischen Nutzers repräsentieren, besteht kein Zweifel daran, dass hinter dem Buch ein großes Pensum beachtlicher Arbeit steht und dass dieses Buch einen prinzipiellen Beitrag zur Erkenntnis der Verbreitung des magdeburgischen Rechtes in die böhmischen Länder und in den Raum der künftigen Slowakei darstellt. Es bleibt also nur zu bedauern, dass ein ähnliches Werk nicht bereits früher an tschechischen rechtshistorischen bzw. historisch-linguistischen Arbeitsstellen entstanden ist.



Daniel S. Allemann

The School of Salamanca Under Scrutiny*

Teaching evaluations, research assessments, and quality management reviews are part and parcel of academic life in the 21st century. Such processes are propelled by magic words like »excellence«, »output«, or »impact«. And they are often portrayed as features of a broader transformation of the university landscape in recent decades.¹ Yet it is worth remembering that instruments for assessing academics and their work are not a novel phenomenon. As early as the 16th and 17th centuries, members of the famous School of Salamanca regularly came under scrutiny. Several times a year, the university's president examined whether the chairs under his aegis lectured and taught in ways

that corresponded to their professorial obligations. The historian of philosophy José Barrientos García has recovered the records of these disciplinary visitations. In his latest book, he offers fresh insights into the inner workings of the Faculty of Theology at Salamanca between 1560 and 1641.

This time frame is noteworthy, for it only begins after the School of Salamanca's celebrated heyday during Francisco de Vitoria's and Domingo de Soto's lifetimes. The vast majority of modern scholarship, not just in legal history, turns to emerging centers of scholastic learning elsewhere after the 1550s.² This trend continues in light of recent endeavors to place the School of Salamanca in a

* JOSÉ BARRIENTOS GARCÍA, *La Facultad de Teología de la Universidad de Salamanca a través de los libros de visitas de cátedras (1560–1641)*, Madrid: Editorial Sinderesis 2018, 1148 p., ISBN 978-84-16262-30-4

1 See e. g. KATHLEEN LYNCH, *Neo-Liberalism and Marketisation: The Implications for Higher Education*,

in: *European Educational Research Journal* 5,1 (2006) 1–17.

2 For an excellent bibliographical study of recent scholarship on the School of Salamanca, see CELIA ALEJANDRA RAMÍREZ SANTOS, JOSÉ LUIS EGÍO, *Conceptos, autores, instituciones: Revisión crítica de la investigación reciente sobre la Escuela de Salaman-*

ca (2008–19) y bibliografía multidisciplinar, con prefacio de THOMAS DUVE, Madrid 2020. Available online: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/30100>.

global context.³ Barrientos García, by contrast, swims against the current and takes a closer look at Salamanca at a time that is conventionally side-stepped in the stories that we tell about the theologians of its »school«.⁴ The rationale for this choice is due to the nature of Barrientos García's principal sources: the so-called »books of the visitations of chairs« (*libros de visitas de cátedras*) that are preserved in the university's archive only cover the period after 1560. We know that such inspections also took place before, but no earlier records have been preserved (13).

Barrientos García's voluminous book is conceived as a reference work. At its core we find detailed information on each of the theology professorships at Salamanca in this period. In strictly chronological order, Barrientos García discusses the scope and holders of these chairs before delving into the *libros de visita*, which provide accounts of the professors' teaching methods and of whether the materials they covered corresponded to the official study plans (14). Three to five times a year, the principal and his secretary (sometimes also accompanied by the most senior professor) visited each academic during class and picked two pupils who were asked to evaluate their teacher (155–156). Barrientos García admits that most of the takes from students were benevolent and formulaic. But he rightly underscores that the visitation books provide a unique window into the theology curriculum at Salamanca.

Before we turn to this in more detail, it is worth commenting on the book's ample and intriguing introduction. In 147 pages, Barrientos García showcases the fruits of four decades of research on the Faculty of Theology at Salamanca in the 16th and 17th centuries.⁵ We learn, for instance, that the academic schedule consisted of 7.5 hours of daily lectures (except Sundays and holidays) and a break that only lasted from early September to mid-October. Yet students were solely required to attend six months of coursework to pass an academic year (17–18). And merely the lectures of the

two most prestigious professorships were mandatory: those of the prime chair, the first hour and a half each morning, and those of the vespers chair in the afternoon (24, 310, 1088). To graduate with a bachelor's degree, five annual courses were required and, from 1594, the degree was reduced to four years (65).

Students not only had an important role in evaluating their professors. What may sound surprising to our ears is that they also played a decisive role in professorial appointment procedures. In fact, it was the student body alone that decided which candidate obtained a given chair, while the university's president and his council of non-professorial academics solely oversaw the process (80–81). While this might seem like an appealing system, it suffered from serious problems. Before the age of photo IDs, it was often difficult to verify whether those enrolled as students were the same as those who were present to cast their vote (84). Moreover, since it was possible to enroll for courses throughout the academic year, it routinely occurred that monks from convents elsewhere matriculated at the University of Salamanca for the sole purpose of participating in the appointment process (106). Dirty dealings and corruption were the order of the day – and Barrientos García does not shy away from drawing parallels to his own experience within the (Spanish) university sector today (120).

He also expounds why questions about the teaching style of professors featured so prominently in the visitation books. Francisco de Vitoria had introduced dictation for note-taking as a lecturing method during his time in Salamanca, but this practice was formally prohibited within the whole university in 1561 (35–37). Three years later, Juan Pérez de Cubillas, a professor of medicine, explained in the Faculty Assembly that having students take notes prevented them from actually understanding the subject matter, for it meant that they solely studied their scratch pads instead of actual books. Worst of all, Pérez suggested,

3 THOMAS DUVE, JOSÉ LUIS EGÍO, CHRISTIANE BIRR (eds.), *The School of Salamanca: A Case of Global Knowledge Production*, Leiden 2021.

4 An important exception is JUAN BELDA PLANS, *La Escuela de Salamanca y la renovación de la teología en el siglo XIV*, Madrid 2000.

5 Among his many publications are academic monographs as well as editions of primary texts. See e. g. JOSÉ BARRIENTOS GARCÍA, *Lucha por el poder y por la libertad de enseñanza en Salamanca: Estatuto y juramento de la universidad (1627)*, Salamanca 1990; and LUIS DE LEÓN, *Tratado*

sobre la ley, ed. by JOSÉ BARRIENTOS GARCÍA, transl. by EMILIANO FERNÁNDEZ VALLINA, El Escorial 2005.

students did not even set foot in the lecture halls and sent their servants instead (40–41). Despite such critical voices and official rules, dictation remained a tolerated practice within the Faculty of Theology and was admitted again in 1575 (62).

At the heart of Barrientos García's book are detailed discussions of each chair within the Faculty of Theology. Only three of those were permanent positions: the prime and vespers chairs (chapters 2 and 3) as well as the Bible chair (chapter 7). While the latter was dedicated to lectures on the Latin Vulgate, the former centered on the exegesis of Thomas Aquinas's *Summa theologiae*. The other professorships within the Faculty of Theology were less prestigious, badly paid, and, in most cases, restricted to fixed-term contracts of four years (78). All of them were devoted to readings of scholastic luminaries: there was a chair of Duns Scotus (chapter 5), a professorship of Durand de Saint Pourçain (chapter 6), and one of Aquinas (chapter 4) – a remnant from before Vitoria had exchanged the *Summa* for Peter Lombard's *Sentences* as the main teaching book for the prime and vespers chairs (121–128, 135–142). But importantly, in the period under consideration, all these professorships, except the Bible chair, were focused on Aquinas. Even the teachings of Scotus and Durand were approached through the lens of Saint Thomas's interpretations.

In the chapters that constitute the book's core, then, Barrientos García essentially reconstructs which questions of the *Summa theologiae* were treated by which chairholder in what year. As such, the reference work is not only informative for those interested in the history of the Faculty of

Theology. It also serves as handy guide for scholars working with published texts of Salamancan theologians who are now in a position to quickly and easily look up when a given thinker first touched upon matters that later appeared in print.

For Barrientos García, however, the visitation books he has uncovered are above all a testament to the deterioration of the theological formation at Salamanca. If the gradual replacement of the *Sentences* with the *Summa* marks the inception of the »golden age« of Salamancan theology for most scholars, Barrientos García argues that it was also that which ultimately led to the School of Salamanca's demise.⁶ In his eyes, the hegemonic status of Aquinas's works pushed all other scholastic texts to the margins, significantly narrowing the intellectual breadth and depth of theological education. More than that, Barrientos García laments that due to a mix of changes in the university statutes and professors' unwillingness to comply with study plans, students no longer worked through all the central passages of the *Summa* during their degree (1089–1093). Fundamental questions of law, justice, right, or the morality of commerce that were at the heart of the theological debates of the time were almost completely sidestepped in the Salamancan lecture halls after Domingo de Soto's death in 1560 (306–307, 438–439, 560–561, 676). Even though Barrientos García fails to engage with recent scholarship on Iberian scholasticism, the overarching thesis of his book nevertheless constitutes a thought-provoking contribution to recent debates about the nature and scope of the School of Salamanca.



6 On the *Sentences* in early modern Salamanca and beyond, see LIDIA LANZA, MARCO TOSTE, *The Sentences in Sixteenth-Century Iberian Scholasticism*, in: PHILIPP W. ROSEMAN (ed.), *Medieval Commentaries on the Sentences of Peter Lombard*, vol. 3, Leiden 2015, 416–503.

Vincenzo Lavenia

Teologia della restituzione nell'America spagnola*

Il volume mette a disposizione dei lettori, in traduzione castigliana e nella versione originale in latino (*Controversia de restitutione necessaria pro iniuriis et damnis in omnibus humanorum bonorum generibus*), un testo inedito oggi conservato alla Biblioteca Nacional de Colombia come parte del manoscritto 95. Si tratta della traccia di un corso di teologia morale tenuto nel 1668 alla Universidad Javeriana Colonial da un gesuita, Martín de Eusa (1631–1693), che non ha lasciato una consistente produzione a stampa come altri padri della Compagnia a lui contemporanei. Trascritto dal maestro ausiliare di Eusa, Marcos del Campo, il corso non si segnala certo per la novità delle posizioni difese dall'autore, ma costituisce una preziosa fonte per la storia della filosofia e dell'insegnamento della teologia morale nelle Indie occidentali, che attende ancora una trattazione complessiva.

Infatti, se non mancano edizioni di testi e singole ricerche, nonché una storia della teologia in America Latina, in più volumi, curata da J. I. Saranyana e altri, sarebbe utile comprendere meglio e in modo critico fino a che punto il trapianto dei modelli di insegnamento della teologia cattolica pre- e post-tridentina nel mondo coloniale abbia costituito una semplice imitazione dei corsi universitari impartiti nel Vecchio Continente o se abbia invece affrontato materie più attinenti alle questioni di ortodossia e di ortoprassi, di etica e di casistica che investirono i fedeli e il clero nel Nuovo Mondo, nell'epoca della Seconda Scolastica e più avanti, quando trionfò la corrente probabilista. In ogni modo, i curatori forniscono informazioni non solo sulla biografia dell'autore, ma anche sulla storia della Universidad Javeriana, assai importante per il territorio del futuro vicereame di Nueva Granada, nata dal collegio gesuitico di Santafé (1604) e nel corso del Seicento riconosciuta come uno *Studium* abilitato, in concorrenza con quello domenicano, a rilasciare i titoli accademici

sia dal papato sia dalla monarchia spagnola, anche nell'ambito della teologia. Inoltre nell'introduzione Carlos Arturo Arias spiega bene come si articolasse il metodo di insegnamento scolastico e lo schema di formazione previsto dalla *Ratio studiorum* adottata in tutti i collegi della Compagnia di Gesù alla fine del XVI secolo. Secondo quel piano di studi, se la filosofia veniva impartita nella facoltà delle Arti, il corso di teologia doveva snodarsi in quattro anni, e già nel primo prevedere lezioni sulla teologia morale e sulle materie *de iustitia et iure*, senza contare altri insegnamenti di casistica e di teologia «economica» previsti negli anni seguenti. Testo di partenza era ovviamente la *Summa* di Tommaso d'Aquino, che veniva commentata secondo i modelli inventati nel Collegio Romano da Juan Azor alla fine del Cinquecento.

Come sappiamo, i numerosi trattati *de iustitia et iure* e i corsi di teologia morale, non solo gesuitici, traevano ispirazione soprattutto dalle pagine della *Secundae Secundae*, dove la materia della giustizia e dell'obbligo morale di restituzione era affrontata nelle questioni 58–62. Anche il corso di Eusa parte da quelle pagine, avendo tuttavia alle spalle oltre un secolo di trattati e di commenti dedicati in modo specifico all'argomento: da quelli del frate minore Juan de Medina e del frate predicatore Domingo de Soto a quello di Pedro de Navarra, senza contare le opere dei gesuiti Luis de Molina, Lenaert Lessius e Juan de Lugo (1642), quest'ultimo, secondo Arias, la fonte principale su cui si basò il corso di Eusa.

Ma la riflessione sul precetto della *restitutio* – è bene ricordarlo – aveva alle spalle una storia ben più lunga, che risaliva a un episodio evangelico (quello del pubblicano Zaccheo che si pente e restituisce i beni che ha frodato in Lc, 19,2–10) e ad altri passi della Scrittura, come Dt 22,28–29, dove si sanziona lo *stuprum* (o deflorazione di una vergine), obbligando il colpevole a riparare sposan-

* MARTÍN DE EUSA, *Controversia sobre la obligación de reparar las injusticias y los daños causados contra cualquier clase de bienes humanos*. Estudio introductorio de CARLOS ARTURO ARIAS, transcripción de ERIKA TANÁCS, traducción de FERNANDO MUÑOZ,

MANUEL DOMÍNGUEZ MIRANDA y CARLOS ARTURO ARIAS (Biblioteca Virtual del Pensamiento Filosófico en Colombia), Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana 2020, 264 p., ISBN 978-958-781-461-3

do la vittima e risarcendo la famiglia per il danno inflitto al «capitale sociale» dell'onore. Più tardi Agostino nell'epistola 153 formalizzò il precetto *non remittetur peccatum nisi restituatur ablatum* (confluito nel *Decretum*) e dopo il XIII secolo quel dovere morale venne analizzato da quanti si occuparono della confessione auricolare e dei peccati. La *restitutio*, in sostanza, fu definita come un *actus commutativae iustitiae* che estendeva al foro esterno, ai singoli e alla comunità i benefici derivanti dal perdono e della soddisfazione sacramentale prevista nel foro interno per un danno originato da alcune specie di peccato o crimine. Così, sin dal tardo medioevo, quando nei manuali per i confessori e nei corsi di teologia si trattava della restituzione, si finì per affrontare soprattutto materie economiche come i guadagni illeciti derivanti dalla simonia, dall'usura, dai cambi, dagli investimenti sul debito pubblico, da contratti di dubbia liceità, dal gioco d'azzardo, dal contrabbando e dalla frode dei tributi.

Inoltre, a partire dal Quattrocento e soprattutto dal Cinquecento, l'evoluzione dei contratti economici, la crescita della fiscalità statale e gli scambi mondiali (non ultimo quello degli schiavi) che videro coinvolti gli imperi iberici alimentarono la dottrina teologico-giuridica sulla *restitutio*, che si estendeva su materie come la riparazione di un danno fisico o della buona reputazione (la *restitutio famae*, che meritò un intero trattato stilato dal frate Antonio de Córdoba nel 1553). Quando occorreva risarcire la persona o l'istituzione danneggiata, con quali strumenti, in che misura? E quando si incorreva nel peccato non assolvendo al precetto di restituire o riparare un danno? Occuparsi di restituzione, a partire dal XVI secolo, significò affrontare materie come quella del *dominium*, del giusto prezzo, del vincolo in coscienza della legge umana positiva, anche se con il tempo la teologia morale rinunciò a intervenire sulle materie di foro esterno (come i doveri fiscali) per concentrarsi sul tema del peccato.

Si può considerare Eusa come un vero e proprio autore, si chiede Arias nella sua introduzione? O si tratta semplicemente di un mero epitomatore di opinioni riprese da altri e più illustri teologi? La risposta è che si tratta dello schema di un corso

universitario di teologia morale come tanti ne esistettero. Divisa in sette dispute, la *Controversia* definiva l'argomento della restituzione (1) e poi affrontava in modo ordinato le questioni derivanti dai danni spirituali (2), da quelli corporali (3), dall'omicidio (4), dallo *stuprum* (5), dall'adulterio (6) e dalla violazione dei beni materiali altrui (7). Di particolare interesse è la terza disputa, dove si discute pure del suicidio, della liceità di uccidere la donna adultera, della strage di innocenti nel corso di operazioni di guerra e dell'aborto procurato per salvare una partoriente in pericolo di vita. Si tratta di materie in cui Eusa non si limitò a riprendere Lugo (la cui opera risaliva al 1642), ma aggiornò la discussione fino a riportare il dibattito recente sul momento dell'animazione dei feti e i primi pronunciamenti ufficiali del Sant'Uffizio romano contro il cosiddetto «lassismo» (1665). Il testo si interrompe alla disputa settima, che avrebbe dovuto trattare del furto e dei beni ingiustamente posseduti, ed è un peccato, se si pensa che un secolo prima, sfruttando il precetto della *restitutio*, fray Bartolomé de las Casas aveva provato a costringere gli *encomenderos* in punto di morte a restituire i beni ingiustamente sottratti ai fedeli indigeni per guadagnare il paradiso e compiere un'operazione di giustizia. Ma il testo di Eusa non mostra alcuna sensibilità per le questioni più spinose che toccavano la vita morale e la giustizia nei domini spagnoli del Nuovo Mondo. La *Controversia* è un testo scolastico che suscita interesse proprio in quanto opera di ricompilazione.

Pochi appunti si possono muovere ai curatori del volume, per esempio il fatto che la parola *restitutio* venga tradotta a volte con il lemma *restitución* e più spesso con quello di *reparación*, che attenua la connotazione teologica presente nel termine latino. Ma forse basterà concludere dicendo che per collocare storicamente il problema affrontato l'edizione del testo avrebbe guadagnato dal confronto con i rilevanti studi di Paolo Prodi, Wim Decock, Daniel Schwartz, Jean-Pascal Gay, Nicole Reinhardt, Ruth Hill, David M. Lantigua, solo per citare alcuni dei migliori interpreti della teologia economica e morale cattolica della prima epoca moderna.



José Luis Egío García

Los conceptos de *aequitas* y *epieikeia* en la modernidad temprana*

Recientemente publicado por la editorial Brill, el libro *Equity in Early Modern Scholarship* de Lorenzo Maniscalco constituye un sólido ejercicio de historia conceptual acerca de las nociones de *aequitas* y *epieikeia*, cuyos contextos de uso y diversas acepciones en el medievo tardío y la primera modernidad son no sólo rastreadas, sino contrastadas y problematizadas. Por las páginas del libro desfilan las interpretaciones del concepto de *aequitas* y las notables contribuciones a su carga semántica que realizaron autores tardo-medievales como Bartolo, Baldo, Aquino o Gerson y una pléyade de figuras de la modernidad temprana, inscritas tanto en el humanismo jurídico (Budé, Melancthon, Oldendorp, Salamonijs, Connan, Douaren, Doneau, por mencionar sólo a algunos nombres ilustres) como en la segunda escolástica (prestando Maniscalco un interés equivalente a teólogos como Soto, Molina o Suárez y a canonistas como Azpilcueta, Covarrubias o Mendoza).

Se trata de un sistematismo y grado de profundidad analítica sin precedentes en anteriores acercamientos al concepto de equidad, como el propio Maniscalco apunta con lucidez en la «Introducción» y «Conclusiones» de su estudio. En estas secciones el autor pasa revista, de forma brillante, a una historiografía jurídica sobre el concepto que, o bien se había perdido en la misma gran diversidad de matices que la noción de *aequitas* presenta en los escritos jurídicos y teológicos analizados, o bien había tendido a formular hipótesis generalizadoras a partir de una serie de lecturas mucho más restringida y artificialmente limitada a partir de criterios geográficos, gremiales o confesionales. En este sentido, frente a buena parte de la literatura académica precedente, que había marcado una escisión abrupta entre los desarrollos del concepto de *aequitas* provenientes de los ámbitos jurídico y teológico-moral en la modernidad temprana, Maniscalco muestra cómo esta hipotética frontera, que aún se mantenía sólidamente pergeñada en

el período tardomedieval, se fue diluyendo progresivamente hasta desaparecer, prácticamente, conforme avanzaba la modernidad. Como subraya el autor del libro, merced, en buena parte, a la popularización de los comentarios escolásticos *De iustitia et iure* y *De lege* en el ámbito ibérico, se fue generalizando en toda Europa un tipo de acercamiento híbrido tanto al concepto de *aequitas* como a otros conceptos centrales para la historia de las normatividades. De esta forma, hacia principios del siglo XVII resultaba ya difícil distinguir si un determinado estudio o reflexión en torno al concepto de *aequitas* provenía del ámbito de la teología moral o del estrictamente jurídico, como acertadamente hace notar Maniscalco, ofreciendo síntesis de obras de este período como el *Libello Singulari de Aequitate, Indulgentia et Facilitate* de Hugo Grocio.

El punto de mayor convergencia de los enfoques teológicos que, inspirados en algunas cuestiones de la *Summa theologiae* de Aquino, tendían a rescatar el concepto aristotélico de *epieikeia* y a definir la misma como una necesaria intervención correctiva sobre el texto de la ley, y los enfoques jurídicos en torno a la equidad como uno de los principios de interpretación de la ley y la intención del legislador, lo encuentra Maniscalco en el *Tractatus de legibus ac deo legislatore* de Francisco Suárez. Para el autor del libro, éste supone el intento más logrado por exponer, a la vez que conciliar, ambas perspectivas sobre las distintas dimensiones normativas del concepto de *aequitas*. De acuerdo también a Maniscalco, ningún otro autor antes de Suárez habría logrado conceptualizar con un nivel semejante de claridad las características específicas que presentaba la equidad entre los diversos tipos de interpretación, razones que convirtieron rápidamente a su *Tractatus de legibus* en una referencia insoslayable también para los juristas, haciendo que su análisis fuera seguido y hasta reproducido por numerosos autores desde las primeras décadas del siglo XVII (teólogos como Lessius, Bonacina o

* LORENZO MANISCALCO, *Equity in Early Modern Legal Scholarship*, Leiden/Boston: Brill Nijhoff 2020, 243 p., ISBN 978-90-04-40480-9

Laymann y canonistas como Streinius o Reiffenstuel, entre otros muchos).

A la vez que acerca a la teología y el derecho de la primera edad moderna – apuntalando una tendencia historiográfica a la que otros volúmenes publicados en esta misma colección *Legal History Library* de Brill ya habían contribuido enormemente, en especial la influyente obra de Wim Decock, *Theologians and Contract Law* –, Maniscalco se distancia en su análisis de la literatura académica que dio por hecho acríticamente la existencia de un hipotético «telón de acero» entre autores católicos y protestantes. Como queda claro en su perspectiva de conjunto sobre los usos del concepto de *aequitas* en la primera modernidad, este límite o barrera confesional se habría caracterizado por su gran porosidad y permeabilidad, no determinando en absoluto, pese a una serie de silencios obligados sobre algunas de las autoridades consultadas, el contenido de los desarrollos doctrinales en torno a la equidad y otros conceptos. Identificar este tipo de afinidades en el tratamiento y uso de conceptos como el de equidad requiere, eso sí, de una lectura atenta y en profundidad de las fuentes, algo que Maniscalco hace, por ejemplo, con los *Comentarii de iure civili* del calvinista Hugues Doneau. Como las obras de otros correligionarios se trata, en opinión de Maniscalco, de unos comentarios que, pese a carecer de cualquier referencia explícita a autores católicos, estarían muy influidos por las perspectivas de teólogos escolásticos como Cayetano y Domingo de Soto, partidarios de limitar la labor correctiva del ideal de equidad a la restricción de normas generales cuya aplicación en ciertos casos podía resultar injusta y problemática.

Tanto la estructura de *Equity in Early Modern Scholarship* como los aportes concretos que supone para la historiografía acerca del concepto de equidad y los aspectos que merecerían ser objeto de investigaciones posteriores son apuntadas con gran clarividencia por el propio autor de la obra en su «Introducción» y «Conclusión». Ello hace que, en realidad, sea sea prácticamente innecesario un trabajo de reseña al uso. El lector apreciará que el libro es resultado de un cuidado extremo puesto por Maniscalco no sólo en estas secciones introductorias y conclusivas, sino en la totalidad de los capítulos. Las distintas secciones y subsecciones se abren siempre, por ejemplo, con unos cuantos párrafos de transición que explican la necesidad y motivos que llevaron al autor a atender a un determinado autor u obra y la relación existente

entre esta determinada fuente y las previamente analizadas. Asimismo, al cerrar la sección dedicada a los desarrollos doctrinales de cada autor o período, Maniscalco ofrece, por lo general, resúmenes muy atinados de los contenidos y problemáticas abordadas. Gracias a la meticulosidad y esmero con los que el autor pone en práctica de forma sistemática estos procedimientos de redacción, lo que hubiera podido ser un engorroso e indigesto acercamiento a una multitud de fuentes (unos 150 tratados tardo-medievales y modernos, sin contar en este elenco los grandes corpus jurídicos y fuentes antiguas como los escritos de Aristóteles, Cicerón o Quintiliano, también tenidas en cuenta por Maniscalco) se convierte en un producto muy acabado, cuya lectura no sólo resulta instructiva sino placentera.

Como decíamos, desde un alto grado de autoconciencia de los límites de su propia investigación, su autor es capaz de identificar los temas y fuentes que, por diversas razones, han debido quedar fuera de su estudio. Maniscalco se excusa, en especial, por haberse visto obligado a prescindir de todo un mundo de fuentes archivísticas y géneros impresos como los de los *consilia* y las *decisiones*. Es consciente de que este tipo de textos le hubieran permitido investigar los posibles usos del concepto de *aequitas* en la práctica jurídica de la modernidad temprana y dirimir si el rescate del ideal aristotélico de la *epieikeia* tuvo alguna influencia en el trabajo diario de jueces y abogados.

Pasando a mencionar ahora algunos aspectos que, en nuestra opinión, hubieran podido recibir un tratamiento diferente y elementos que Maniscalco ni integra ni menciona él mismo como limitaciones de su propio trabajo, de modo que la reseña del libro vaya más allá de lo que, con agudo autocrítico, apunta su mismo autor, nos parece problemático, en primer lugar, que la reflexión sobre las metodologías de la historia conceptual esté totalmente ausente en la misma. En este sentido, mientras que Maniscalco abunda en su introducción en reflexiones sobre las tendencias y características de la historiografía previa, la utilidad y ventajas derivadas del empleo de las metodologías propias de la historia conceptual, que son las que, en nuestra opinión, subyacen realmente a la mejora sustantiva de su aporte sistemático, no se tematizan en absoluto. No se trata de un asunto menor en la medida en que, al prescindir de la reflexión sobre las pautas metodológicas que inspiraron y fueron puestas en práctica en la redacción

de la obra, el mismo análisis historiográfico que el autor lleva a cabo en los primeros compases de la misma resulta afectado, perdiendo una parte importante de la profundidad analítica que hubiera podido tener. No encontramos en *Equity in Early Modern Legal Scholarship* ningún tipo de paralelismo con las obras que, en fecha reciente, han reconstruido los cambios sustanciales en los sentidos de otros conceptos fundamentales para la historia de las normatividades y el derecho, ni una teorización más amplia sobre la interrelación que, en el plano formal y metodológico, guardan estos nuevos trabajos. La investigación pierde también el enorme potencial que su autor hubiera podido extraer de la misma en tanto que modelo de escritura acerca de temas y conceptos esenciales para la historia del derecho.

En contraste también con la historiografía precedente, uno de los *atouts* de la obra de Maniscalco es que no se limita a estudiar las obras y perspectivas sobre la equidad de los grandes tratadistas, sino que dedica también una atención importante a diccionarios jurídicos y epítomes. En *Lexica iuris* como los elaborados por Spiegel, Oldendorp, Schard, Kahl o Duprat encuentra el autor de *Equity in Early Modern Legal Scholarship* importantes indicios de la «popularización» del concepto moderno de equidad como *epieikeia*. Pese a superar, merced a este aporte clave, a trabajos anteriores, al tratarse de un estudio limitado casi por completo a obras jurídicas y teológicas que se imprimieron en los siglos XVI y XVII, quedan fuera del mismo importantes fuentes manuscritas o rescatadas e impresas sólo en fecha contemporánea. En el caso de algunos de los círculos intelectuales a los que se acerca Maniscalco, la atención a este último tipo de fuentes resulta, sin embargo, imprescindible para poder comprender y explicar bien desde una perspectiva histórico-conceptual la génesis y desarrollo de las discusiones en torno a la equidad.

Por ejemplo, en su perspectiva de conjunto sobre las aportaciones de los tomistas ibéricos del siglo XVI, que Maniscalco presenta con acierto como comentarios y debates en torno a ciertas *quaestiones* de la *Summa theologiae* (*Ia–IIae*, q. 96, a. 6; *Ila–IIae*, q. 120), llama poderosamente la atención que los razonamientos pioneros de Francisco de Vitoria – muy influyentes para escolásticos posteriores, así quedaran en forma manuscrita y no fueran publicados hasta el siglo XX – sobre una equidad entendida como *epieikeia* y en torno a la reconducción práctica de la ley en los casos en los

que la aplicación estricta de la letra de la misma atentaba contra el bien común, hayan sido totalmente obviados. Hay, sin embargo, varios trabajos clave sobre Vitoria y la *epieikeia* en la literatura académica en castellano – publicaciones de Cruz Cruz o Zorroza – que, de haber sido tomados en cuenta, hubieran podido ayudar a Maniscalco a situar con mayor precisión el origen de varias de las ideas recurrentes en la escolástica ibérica. Como muestran los autores citados, la *epieikeia* es, de hecho, un concepto y mundo particular de debates que Vitoria no sólo abordó de forma pionera, sino con gran detenimiento en sus clases en Salamanca, abarcando sus análisis una cuádruple vertiente filológica, filosófica, moral y jurídica.

Las publicaciones de Cruz o Zorroza hubieran podido servir también como útil orientación para contrastar con mayor rigor una de las tesis más contundentes defendidas en la obra de Maniscalco, a saber, la identificación de los escritos de Suárez como el punto de convergencia más sistemático de los debates en torno a la equidad como interpretación o como corrección de la ley y como la perspectiva más influyente en los siglos XVII y XVIII. Se trata de una tesis interesante y verosímil, pero cuya prueba exhaustiva requiere, en nuestra opinión, poner en la balanza otros aportes sistemáticos y realizados con la misma pretensión de exhaustividad en el ámbito escolástico ibérico. Pensamos, en especial, en los detallados comentarios a la *Summa* de Domingo Báñez, que sintetizan la tradición de comentarios salmantinos precedente, o en aportes como los realizados por Francisco de Araujo a mediados del siglo XVII.

Junto a los desarrollos doctrinales elaborados por teólogos como Vitoria, Báñez o Araujo, también queda fuera de la obra reseñada las reflexiones sobre *aequitas* y *epieikeia* que realizaron los civilistas salmantinos. Al no comparecer, de hecho, en el estudio de Maniscalco, ningún civilista salmantino o ibérico, se desprende indirectamente del mismo la errada impresión de un mundo intelectual poblado en exclusiva por teólogos y canonistas. Por no mencionar más que a una referencia insoslayable, ya Seelmann o Carpintero apuntaron a la importancia de las reflexiones de Fernando Vázquez de Menchaca sobre esta temática. Hubiera sido importante, sin duda alguna, traerlas de nuevo a colación en esta perspectiva general, un ejercicio que hubiera podido iluminar tanto la alegada singularidad de Menchaca como ayudar a determinar si el impacto de las perspectivas teológicas entre

los civilistas europeos, tan bien estudiado por Maniscalco en los escritos de Bolognetti, Grozio o Doneau, se produjo así mismo – y, quizás, con anterioridad – entre los civilistas salmantinos.

Las ausencias o lagunas mencionadas, imposibles de evitar, prácticamente, en una perspectiva de conjunto como la elaborada por Maniscalco, no oscurecen el hecho de que las páginas que dedica al tratamiento de la equidad en la Escuela de Salamanca sean algunas de las más agudas elaboradas hasta la fecha sobre este importante tema. Maniscalco sintetiza con gran acierto tanto las tendencias generales de la argumentación salmantina como los ricos matices específicos aportados a los debates de su tiempo por autores como Soto, quien en su *De iustitia et iure* se mostró, por ejemplo, a favor de extender la labor correctiva de la *epieikeia* incluso a aquellos casos en los que la injusticia que podía resultar de la aplicación de la ley fuera tan sólo probable, posición en la que el dominico se singularizó frente a la tradición precedente y la opinión mayoritaria entre sus coetáneos. Evita Maniscalco continuamente, con su mirada directa y sin prejuicios a las fuentes, la falsa impresión de continuidad y homogeneidad cuasi absoluta transmitida por trabajos anteriores sobre la *epieikeia* en la escolástica ibérica. Como bien muestra Maniscalco, aun compartiendo con Soto, Juan de Salas, Bartolomé de Medina, Gabriel Vázquez y otros colegas del *studium* salmantino una serie de inquietudes y referencias comunes a Aristóteles o Tomás de Aquino, canonistas como Azpilcueta o Covarrubias, e incluso teólogos como Luis de Molina, se mantuvieron mucho más apegados al enfoque humanista de la *epieikeia* como interpretación de la ley acorde a la *mens legislatoris* que a la perspectiva netamente tomista de Soto y compañía. En la medida en que muestra en su gran complejidad de matices un ejemplo del tipo de diferencias doctrinales existentes entre los teólogos y juristas salmantinos, el análisis de Maniscalco apuntala la idea de una Escuela de Salamanca a entender más como una comunidad de producción de conocimiento normativo caracterizada por el empleo de un *ars inveniendi* específico y el recurso a un patrimonio común de *auctoritates*, que como un equipo de celosos guardianes de una serie de doctrinas o dogmas.

A pesar de constituir el estudio más amplio realizado hasta la fecha sobre el concepto de *aequitas*, se echa, por último, de menos su problematización en contextos extraeuropeos. En la medida en que el espacio cultural europeo de los siglos XVI

y XVII, al menos en lo tocante a los imperios ibéricos, no se limitó al marco geográfico estrecho del continente europeo, sino que se extendió a las Universidades, colegios e instituciones de administración y gobierno creadas en sus dominios americanos y asiáticos, dejar fuera de antemano a autores y tratados escritos en estos contextos de ultramar supone renunciar a todo un «nuevo mundo» de reflexiones en torno a la *aequitas*.

Pensando, precisamente, en que el amplio patrimonio de regulaciones normativas recogido en el *ius commune* y el derecho castellano tuvo que ser adaptado e interpretado en contextos inéditos y no previstos por los legisladores originarios; considerando también que la imposibilidad de consultar al legislador para que esclareciera el texto de la ley o lo complementara era un problema que se hacía especialmente grave en los contextos ultramarinos y que, además, en estos contextos se producía, por ver primera y de forma inédita en la historia, el encuentro entre un sinfín de leyes y códigos creados en Europa y una serie de pueblos e individuos con costumbres y tradiciones normativas muy diversas y cuyos peculiares estatutos jurídicos y teológicos podían ser vulnerados en el caso de una aplicación estricta de las leyes de los conquistadores, los ideales correctivos y moderadores recogidos en los conceptos clásicos de *aequitas* y *epieikeia* ocuparon un lugar fundamental en las reflexiones de los principales juristas y teólogos indianos. Se trata de una línea de investigación que, aunque insuficientemente desarrollada, ha sido ya explorada en valiosos trabajos de especialistas como Víctor Tau Anzoátegui, Francisco Cuenca Boy, Miguel Anxo Pena o Sebastián Terráneo acerca de los razonamientos en torno a la equidad y la *epieikeia* de importantes figuras del derecho y la teología moral indianas (Alonso de la Peña Montenegro, Diego de Avendaño, Juan de Zapata y Sandoval, Casimiro Díaz, entre otros). Aunque se trate, ciertamente, de personajes desconocidos para la comunidad académica internacional y de figuras al margen del canon de grandes juristas occidentales asentado en la historiografía, nos parece que un acercamiento a sus obras y a los debates y matices inéditos que términos como los de *aequitas* y *epieikeia* suscitaron en su traducción cultural a los contextos americano o asiático, resulta hoy en día insoslayable en cualquier estudio que se pretenda exhaustivo. ■

François Jankowiak

Les cardinaux dans tous leurs états à l'âge moderne*

Prenant place dans la précieuse série des guides ou «compagnons» publiée sous l'égide des éditions Brill, cet ouvrage, disons-le d'emblée, offre une approche à la fois systématique et didactique, particulièrement convaincante, de la figure des *porporati* et des fonctions cardinalices à la période moderne. Les trente-cinq contributions formant ce volume, réparties en huit vastes chapitres thématiques, en restituent le caractère multiforme à la lumière de l'historiographie la plus récente, celle ayant notamment bénéficié de l'ouverture aux apports des sciences sociales et d'une perspective d'analyse globale.

Sans prétendre ici rendre compte de manière exhaustive de la richesse de cet ensemble, l'examen du plan retenu par les curateurs scientifiques est à lui seul évocateur de ces rôles institutionnels ou symboliques graduellement assumés par les cardinaux, à la confluence de plusieurs domaines ou zones grises, encore imparfaitement délimités et dont la différenciation croissante au long de la période constitue précisément un enjeu capital de la modernité politique comme ecclésiale. Le caractère entrelacé des fonctions assumées au sein de l'Église et, pour nombre de ces «Princes de l'Église», au sein des États, à l'échelon local (Rome, les États pontificaux, la cour et la chapelle pontificales, la Curie romaine) comme universel (ainsi dans le cadre des congrégations romaines ou de l'expansion missionnaire), à la lisière aussi des sphères spirituelle et temporelle et des dimensions publique et privée, dessine progressivement le portrait d'un cardinal de la première modernité. Les coordinateurs du volume admettent l'intérêt d'en dégager un idéaltype, comme un acteur à la fois central et au profil complexe, plus institutionnalisé également qu'à la période médiévale – telle est du moins l'une des hypothèses majeures avan-

cées dans l'introduction (3) – lors même que les réformes du Sacré Collège et de la Curie successivement orchestrées par Sixte-Quint en 1586 et 1588 purent provoquer à moyen et long termes, un déclin de l'influence des cardinaux au sein du gouvernement central de l'Église.

Cette évolution est retracée avec beaucoup de finesse et d'efficacité dès le premier volet de l'ouvrage, consacré à la définition du cardinalat et des fonctions qui lui furent confiées (origines médiévales, Sacré Collège, création et renonciation des cardinaux, conclave, émergence du cardinal neveu), avant que soit exposée la place du cardinal au sein de l'institution ecclésiale (partie 2, offrant des analyses stimulantes sur les rôles et actions des cardinaux au sein de l'Inquisition et de la Pénitencerie apostolique mais aussi sur leur rapport à la théologie), ses relations avec le pouvoir séculier (partie 3, couvrant l'activité des cardinaux légats et des nonces, ainsi que celle des cardinaux de couronne placés, si l'on peut l'écrire ainsi, entre Rome et le monde), l'administration de ses propriétés et de son patrimoine (partie 4, incluant aussi une contribution sur les origines sociales et l'éducation des cardinaux), la dimension romaine (partie 5, comprenant un article sur la vacance du Siège apostolique qui aurait pu tout aussi bien figurer en partie 1), les missions (partie 6, terme ici réducteur car y sont évoquées également les relations avec les mondes non chrétiens et avec les Grecs et les Églises orientales), la littérature et l'historiographie (partie 7, laquelle traite notamment des traités dépeignant l'idéal du cardinal) et enfin les arts visuels (partie 8).

L'historien du droit et des institutions en particulier trouvera nombre d'éclairages et de mises au point synthétiques sur de nombreuses questions liées au gouvernement central et local de l'Église

* MARY HOLLINGSWORTH, MILES PATTENDEN, ARNOLD WITTE (eds.), *A Companion to the Early Modern Cardinal* (Brill's Companions to the Christian Tradition 91), Leiden/Boston: Brill 2020, 705 p., ISBN 978-90-04-31096-4

romaine, aux relations diplomatiques entre le Saint-Siège et les États, au statut et aux prérogatives des cardinaux (même si les sources canoniques, à l'exception des traités de Giovanni Battista De Luca, sont peu sollicitées) et à la gestion de leur patrimoine privé, ainsi que sur des aspects jusqu'à davantage délaissés par l'historiographie mais très stimulants, appelant des approfondissements ultérieurs, à l'exemple des protectorats exercés par les cardinaux sur les confréries et instituts religieux, ou des enjeux liés à la détention du titre – diaconie, église ou évêché suburbicain – qui leur est assigné par le pape en consistoire lors de leur création. Loin d'une représentation, somme toute classique, des cardinaux comme simples «créatures» des papes et leur demeurant subordonnées, cette vaste synthèse – augmentée d'une riche et très utile bibliographie placée en fin de volume (617–686) – dresse un panorama complet des nombreux rôles et fonctions assumés par les cardinaux au sein d'un milieu romain non exclusivement ecclésiastique, au sein d'une société de cour, celle de l'entourage pontifical, au sein d'un appareil gou-

vernemental en voie de profond renouvellement, au sein d'un État pontifical en mutation, et enfin au cœur de rapports de force internationaux et d'activités missionnaires auxquels le Saint-Siège s'efforce de donner des orientations conformes aux principes tridentins.

C'est peut-être ce caractère de visibilité des cardinaux, celle individuelle de Princes de l'Église mais aussi celle institutionnelle de hauts responsables ecclésiastiques – une élite romaine et du monde, saisissable à diverses échelles – marqué et renforcé par le port du chapeau ou de la barrette rouge, qui fait mieux saisir le sens de la fameuse décision adoptée par Urbain VIII en 1630 de leur accorder l'usage du titre d'Éminence, acteurs majeurs et figures centrales d'instances atteignant elles-mêmes, au long de la période considérée, un degré inédit de centralisation. En cela, il est aussi l'un des marqueurs les plus fiables d'une modernité ecclésiale dont les signes et les manifestations – institutionnelles comme symboliques ici – excèdent la seule dynamique posttridentine. ■

**Benedetta Albani, Alexandra Anokhina, Francesco Giuliani,
Anna Clara Lehmann Martins**

Reinterpreting the Counter-Reformation from the Ibero-American Perspective*

The Counter-Reformation is a historiographical category which is associated with the profound changes that took place within the Catholic Church from the 16th century onwards. Since the mid-20th century, European and North American historians have ceased to identify the Counter-Reformation exclusively as a *reaction* of Catholicism against the influxes of Protestantism. The alternative interpretation posed by scholars such as Hubert Jedin (and later on Ronnie Po-Chia Hsia

and John W. O'Malley) is that Catholic reformist impulses ran in parallel to – and even preceded – Luther's Reformation, corresponding to an autonomous, complex movement, with a variety of forms of expression.

With regard to law, the most impactful change related to the Counter-Reformation was the Council of Trent (1545–1563). Among other things, this normative *corpus* established a new disciplinary paradigm for the Catholic clergy and laity that

* MACARENA CORDERO, JORGE CID (eds.), *Contrarreforma católica, implicancias sociales y culturales: Miradas interdisciplinarias*, Santiago de Chile: Editorial Cuarto Propio 2019, 404 p., ISBN 978-956-396-068-6

lasted for over three centuries. Not by chance, the historiography on the Counter-Reformation encompasses a wide range of approaches to the Council of Trent, from the monumental pictures of its genesis to the specific studies on its adaptation to local contexts. The book *Contrarreforma católica, implicancias sociales y culturales: Miradas interdisciplinarias*, edited by Macarena Cordero and Jorge Cid, now joins this historiography. Bringing together articles written mostly by young researchers, this work seeks to offer, in an interdisciplinary fashion, fresh contributions on the Counter-Reformation, the Council of Trent and the heterogeneity of its effects in the Ibero-American territory.

The book is structured in four sections. With the absence of section titles, the reader is invited to put forward her/his own interpretation on the connections (and disconnections) between the articles; this is also what we attempt with this review.

The first section of the book is dedicated to broad aspects of intellectual history: constructing the image of the ideal clergy, the narrative identity approach applied to Biblical reading practices, and early modern political thought. The contribution of Fermín Labarga focuses on 16th-century Spanish priest Fernando Contreras as an exemplary figure. The discussion on post-Tridentine actors as role models (or anti-models) – be they bishops or parish priests, friars or nuns, ecclesiastics or laymen, men or women, some portrayed as embodiments of the Counter-Reformation values, others as negative, deviating examples – interests other authors in the book. For his part, Labarga examines the trajectory of clergyman Contreras, in particular his labor in the rescue of captive Christians and the conversion of Muslims in Africa. The author relies on the testimonies from Algiers, Tétouan and Ceuta that were attached to the canonical process that led Contreras to be entitled venerable by Pope Pius VI in 1786. In the second article, Mike von Treek approaches how the Counter-Reformation established specific conditions for the practice of reading the Scripture, giving room to long-lasting models of more and less »apt readers«. While comparing reading practices in Protestant and Catholic contexts, von Treek recognizes in the Counter-Reformation the origin of problems that became very strong and manifest from the 19th century to present day. Among them is the marginalization of the Biblical readings of the uneducated, the poor, women, indigenous persons, non-

Catholics etc., in sum, of all groups that do not fit in the Counter-Reformist »apt reader model« (an educated, male, European priest). This section closes with an essay by Felipe Schwember, who explores the link between Salmantine political philosophers and modern contractualism. The author focuses on the School of Salamanca's interpretation of the social contract. The views of Salamanca's theologians on Aristotelian and Aquinian thought are at the centre of this text. In particular, the author investigates the role of the concept of natural law in the development of the idea of political freedom.

The book's second section revolves around one of the famous foes of Counter-Reformation: Protestantism. It discusses Protestants' points of view and points of view on Protestantism. The article by Bettine Baader focuses on the latter, more precisely on the relationship between Protestant Reformation and Max Weber's thesis on the *Disenchantment of the World*, a relationship often taken for granted even by present day historians. With a methodologically stimulating text, Baader demonstrates that the *Disenchantment* refers not to the whole Reformation, but to Calvinism – and, in particular, to Weber's own portrait of it, a portrait which, with little support of historical sources and much reliance on intuitive methods, contained generalizations and anachronisms typical of 19th-century progressive views on history. Baader's article stands as a reminder of the relevance of historical context to a proper assessment of the qualities and limits of theories. The next contribution belongs to the category of Protestants' points of view. Diego Melo Carrasco approaches the perspective of Martin Luther on Islam, based on the prologue that the reformist wrote to Bibliander's edition of the Koran. Presenting a topic little explored by historiography, Carrasco's text shows that the horizon of concerns of the Reformation's leaders went beyond the critique of the Catholic Church, challenging, to some extent, the perfect *action/reaction* relationship between Reformation and Counter-Reformation. The section closes with Ana Hontanilla's account of how reports from 18th-century British travelers used to picture Spain as a *barbaric* territory. The connection established in these documents between *barbarism* and Catholic institutions (above all, the Inquisition), besides evoking the liberal context of the travellers (many of them, one may suppose, of Protestant descent), recalls the negative, regressive connotation that Protestant

historians would attach to the category of Counter-Reformation one century later.

If one of the book's aims is to offer an account of the variety of uses and interpretations of the Council of Trent in Ibero-America, going against discourses that address the Counter-Reformation as a homogeneous phenomenon on both sides of the Atlantic, this objective meets an organized – though at times superficial – fulfillment in the book's third section. It is, moreover, a section that displays at its best the interdisciplinary potential of Counter-Reformation as a research field, for its articles present subjects closely related to the arts (painting, literature, music) and, at the same time, offer a rich overview of intertwining elements from politics, ecclesiastical administration and economy. Through the section, the diversity of (cultural) *translations* of the Council of Trent in Ibero-American space is explained by factors such as: (i) the adoption of varied post-Tridentine literature by local actors during the elaboration of local normative *corpora*, as seen in Fernando Guzmán's text about the Tridentine doctrine on sacred images in Ibero-American synods and provincial councils; (ii) the survival and transformation of indigenous elements (*contraconquista* elements) in contexts of evangelization, as allowed by the mimetic potential of Catholicism, as claimed by Luz Ángela Martínez in her analysis of the groundbreaking poetic work of Sor Juana Inés de la Cruz, and as present in Daniel Astorga's account on the process of assimilation of *Mictlan* into Christian Hell in Fray Andrés de Olmos' *Tratado sobre los siete pecados mortales*, both cases from Nueva España; (iii) the persistence of »misunderstandings« about what the Council of Trent actually disposed, in addition to the necessity of adapting Tridentine precepts to local limitations of personnel and material, as pointed by Laura Fahrenkrog, in her text about musical practices in Asunción del Paraguay. This section also includes Jorge Cid's reflections on the formal bridges between the Counter-Reformation *alias* in the arts, the Baroque, and 20th-century Neo-Baroque.

Moving to the fourth and final section, two articles are more closely related to the functioning of ecclesiastical and secular jurisdictions in the late modern age. These are the contributions of Nelson Castro Flores and Macarena Cordero Fernández. The remaining texts, by Mario Prades Vilar and Mariana Labarca Pinto, focus on the so-called actors of the post-Tridentine period. Castro Flores'

work is part of the broad debate on the original adaptations that the Council of Trent received in local context. The author proposes the category of *episcopal reformism* to address the central role of bishops in local reforming processes in the Archbishopric of La Plata during the 18th century, in particular in the field of indigenous evangelization. The main objects of his analysis are the normative efforts of bishops to eradicate superstition and foster intimate, personal forms of devotion among the natives. It is noteworthy that, even though historiography usually emphasizes the conflicts between the papacy and secular powers during this period, Castro Flores claims that Bourbon regalism and Pope Benedict XIV's *renovación cristiana* would have *converged* towards the development of episcopal reformism. Such a bold assertion gives a wider, interconnected, even global flavor to his local-level narrative. Still in the realm of jurisdictions in post-Tridentine times, Macarena Cordero's article focuses on the approach that different *foros de justicia* had towards bigamy in 18th-century Chile. Due to its complex character – encompassing sin, crime and an »open door« to heresy – bigamy was then under the competence of three *foros*: the ecclesiastical court, the secular court, and the Inquisition. While analyzing three paradigmatic cases, Cordero offers a comprehensive and comparative overview of the activity of the three jurisdictions, emphasizing their distinct procedures, solutions and aims. The article of Prades Vilar in turn approaches an unexpected actor among post-Tridentine exemplary figures: the Jesuit model of the Christian soldier. By employing the historiographical category of confessionalization, Prades Vilar expands the borders of classical studies on evangelization, usually limited to the relations between missionaries, evangelizers and indigenous communities. Instead, he analyses the complex process of evangelization of Spanish soldiers by the Society of Jesus in Chile between the 16th and 17th centuries. Finally, in Mariana Labarca Pinto's chapter we meet yet another group of Tridentine actors: the nuns. The author's point of observation is the history of science and medicine. More precisely, Labarca Pinto exposes how physicians interpreted and treated hysterical disorders perceived in Italian convents during the 18th century. Attentive to the changes also in the discourse of the nuns as patients, this text proposes an interesting reflection on how 18th-century medicine connected the roots of psychological disorders not to supernat-

ural causes, but to elements such as violence and sleep deprivation in Catholic convents – arguments that we usually associate with 20th-century psychiatry.

In general, Cid and Cordero's book is successful in displaying many concepts established around the Council of Trent by different research fields. The articles comprise both concepts with a long-standing presence in the history of religions and the history of art (Counter-Reformation, Baroque) and new constructions (*Contraconquista*, episcopal reformism, Neo-Baroque, etc.). This conceptual variety mirrors the diversity of approaches and interpretations present in the work. However, the absence of a common understanding on the meaning of Counter-Reformation among the authors, or perhaps the absence of an introductory discussion on the history of Counter-Reformation as a historiographical category poses many questions to the readers. Through the articles, one often wonders: what is understood as Counter-Reformation by this author? In the period between the Council of Trent and the Vatican Council II, is it accurate to brand every attempt of Catholic reformism as »Tridentine« or »Counter-Reformist«? What are the limits of the historiographical use of this terminology?

Even without explicitly addressing these questions, or without proposing a more or less common assessment on the Counter-Reformation, Cid and Cordero's book undoubtedly constitutes a contribution to the debate. One of the book's major advantages is that of expanding to Ibero-

American territory research issues which for too long seemed to belong only to Europe. It succeeds in demonstrating that the Catholic Reform unfolded on the other side of the Atlantic in a unique fashion. And more: it opens the way for new research questions. To a major extent, such a rich outcome is due to the diverse disciplinary background of the authors. Their areas of expertise encompass history, history of art, literature, music, philosophy and theology. Thus, the reader has the opportunity to appreciate the distinctiveness of each approach. Nevertheless, with distinctiveness comes dissonance. In some articles, the analysis of historical sources lacks elements that would be fundamental from a historian's point of view, such as a review of the historiography available. Besides, there are cases in which an author's use of concepts could be considered by a historian as anachronistic or overgeneralizing. In any case, rather than an occasion for interdisciplinary tension, the book serves as an opportunity to consider the methodological view of the other, in an attitude of, so to speak, methodological empathy.

Overall, the case studies that comprise the book are quite successful in offering a general perspective on long-standing issues of the Counter-Reformation, and they are also accessible to an audience that has little in-depth knowledge on the interpretations and uses of the Council of Trent in Ibero-American territory. It is proof that debates on the Counter-Reformation are the object of constant, fruitful renewal.



Pilar Mejía

Inquisiciones como reacciones intermitentes*

La abundante producción historiográfica sobre las inquisiciones nunca se ha detenido. Por suerte, contamos con mecanismos académicos de actualización como este volumen, que nos ofrece un recorrido por las diversas inquisiciones durante dos milenios y sus recientes tendencias historiográficas.

Y esto es justamente una de sus virtudes: presentar la historia de los modos de proceder contra posibles errores en materia de fe en sus diferentes contextos y desde una perspectiva comparativa amplia. Gracias a ello, su editor Donald S. Prudlo puede afirmar que, más allá de todas las

* DONALD S. PRUDLO (ed.),
A Companion to Heresy Inquisitions,
Leiden / Boston: Brill 2019, 314 p.,
ISBN 978-90-04-36090-7

imágenes historiográficas sobre las inquisiciones, éstas representaban reacciones normativas o respuestas intermitentes ante realidades y desafíos heterodoxos localizados. En una perspectiva de larga duración, sus instrumentos de control social y arrepentimiento no parecieron ser tan efectivos ni duraderos por sí mismos, pero en cambio ayudaron a dar forma a diversas prácticas piadosas laicas, así como toda una serie de transformaciones administrativas eclesíásticas. El libro busca situar estas reacciones localizadas en sus contextos, demostrando una vez más las desmesuradas fijaciones sobre el mito de la inquisición y las dificultades para desvirtuar estas poderosas imágenes.

Dividido en cuatro partes y una introducción, esta compilación ofrece un recorrido cronológico por los orígenes de la *inquisitio hereticae pravitatis*, las inquisiciones medievales, ibéricas e italianas. Si bien pueden leerse como partes independientes, su lectura conjunta ofrece un panorama para entender que los debates teológicos, jurídicos, penales y procedimentales respondían a casos particulares, sobre los cuales se generó una amplia producción normativa.

La introducción nos brinda un recorrido por las historiografías de la inquisición: desde el impacto de las obras literarias en la reproducción de las imágenes de terror, pasando por las compilaciones históricas de autores católicos y protestantes desde el siglo XVI, el surgimiento de una historia secular en el siglo XIX, el interés historiográfico por los judíos desde la postguerra, la aparición en los años 60 de investigaciones socio-económicas y miradas postcoloniales interesadas en las particularidades de las inquisiciones en territorios africanos, asiáticos y americanos. Recientemente, ha surgido el interés por las formas de control social, las religiosidades femeninas, la sexualidad y sus relaciones con los tribunales seculares. Mientras que en todo este recorrido abundan las microhistorias, las historias nacionales y globales, escasean estudios sobre los fundamentos espirituales de las inquisiciones y sus prácticas administrativas en materia de herejía, temáticas que este volumen busca resaltar.

La primera parte analiza los fundamentos histórico-teológicos de las *inquisitiones heretice pravitatis*. Christine Ames (cap. 1) muestra que para entender la mentalidad detrás de cualquier persecución de herejía, es necesario comprender la centralidad de conceptos tales como comunidad, disciplina, autoridad, penitencia y salvación. Destaca la importancia de diferenciar cualquier tipo de investigación

en materia criminal (*inquisitio*), de la formalidad legal que nacía en la alta edad media como *inquisitio hereticae pravitatis*. Particularmente interesante es el análisis que presenta sobre los usos reiterados del pasado bíblico y de otros tiempos o lugares donde no había herejías para justificar su persecución en otros contextos en la alta edad media. Michael Frassetto (cap. 2) refuerza esta idea mostrando que, si bien durante el primer milenio se desarrollan sus fundamentos espirituales, en la antigüedad sólo se presentó un único caso documentado de herejía en Europa. Es sólo hasta el siglo XI y XII cuando encontramos una producción normativa que responde a nuevos debates sobre los peligros de la herejía, su persecución y la pena de muerte. Las autoridades conciliares fueron esenciales en estos debates, aunque sus respuestas no fueron ni sistemáticas ni centralizadas.

En la segunda parte, dedicada al análisis de las inquisiciones medievales, Henry Ansgar Kelly (cap. 3) muestra cómo se fueron adaptando los procedimientos del derecho romano para configurar nuevas formas de proceder ante acusaciones de herejía. Particularmente destaca las transformaciones ocurridas entre diferentes métodos: *purgatio*, *accusatio* e *inquisitio*, sus desventajas prácticas y caída en desuso; así mismo, la importancia del Concilio IV lateranense en el desarrollo de una serie de medidas para la protección de los acusados. Lucy Sackville (cap. 4) muestra cómo la institucionalización de la inquisición pontificia estuvo acompañada de una diversidad de posiciones desde el papado, el episcopado, las órdenes mendicantes y las autoridades seculares, reflejadas en la gran producción normativa ocurrida en el siglo XIII (cartas papales, material conciliar, constituciones, privilegios, *summae*, compilaciones, manuales y tratados). Se trata de un periodo caracterizado por la sofisticación del debate y conocimiento de teólogos y canonistas, hasta el punto en que, como lo muestra Robin Vose (cap. 5), ya en la baja edad media se contaba con una serie de mecanismos burocráticos, gremios profesionalizados, formas de trabajo con las autoridades seculares y un amplio corpus normativo. Sin embargo, se advierte el peligro de sobredimensionar las prácticas inquisitoriales. Ellas eran puntuales para determinados lugares, adquirían matices diferentes en cada reino y no tenían una entidad permanente, mientras que en otros lugares se ejercían otras formas de control. Si para el siglo XV estas inquisiciones

eran puntos de acción focalizados, esto cambiaría con las reformas protestantes y las expansiones imperiales.

La tercera parte se ocupa de las metamorfosis de las inquisiciones ibéricas modernas. Helen Rawlings (cap. 6) destaca su control por parte de las coronas española y portuguesa, las tensiones con Roma y la aparición de nuevas categorías para diferenciar diversos tipos de cristianos. Las persecuciones a los judíos fueron intensas y localizadas, pero sobre todo contribuyeron al desarrollo de la leyenda negra. Sin embargo, señala que los juicios a conversos fueron decreciendo y estos nuevos cristianos, por su importancia económica y comercial, recibían perdones, mientras se prestaba más atención a los protestantes. Werner Thomas (cap. 7) muestra una serie de transformaciones en el siglo XVI: el abandono de tribunales itinerantes y la fijación de oficinas locales, la burocratización y protección de sus miembros y colaboradores, el establecimiento de su independencia económica y el interés de perseguir nuevas herejías. El desarrollo de un sistema de control y promoción social, apoyado por gran parte de la sociedad, permitió que sus actividades sobrevivieran sin ser cuestionadas hasta el siglo XIX. Lucia Castigan (cap. 8) muestra las diversas facetas de la inquisición portuguesa en su fluctuante relación política con la corona española. La migración de judíos y conversos de España a Portugal, luego a Brasil, donde no había tribunales permanentes, y a los Países Bajos, muestra las particularidades logísticas y formas de tolerancia allí desarrolladas. Como lo reconoce el editor, queda un vacío en esta tercera parte, al no contar con un capítulo sobre las inquisiciones en Hispanoamérica; sin embargo, esto es una oportunidad para que la historiografía hispanoamericana se nutra de un contexto más amplio.

Por último, la cuarta parte se ocupa de las inquisiciones italianas. Elena Bonora (cap. 9) des-

taca las características que hicieron de la inquisición romana una institución organizada, cuyas estructuras, procedimientos y red de tribunales, permitieron darle dimensiones globales a sus actividades y relaciones diplomáticas. Destaca también las fluctuantes relaciones con los diferentes cardenales y autoridades civiles. También muestra su ágil transformación en las materias a juzgar, pasando de perseguir herejías a ser más un órgano de control social en el siglo XVII. A diferencia de las otras inquisiciones modernas, esta sobrevivió y en 1965, modificando sus procedimientos, tomó el nombre de Congregación para la doctrina de la fe. Finalmente, Francisco Barberiato (cap. 10) muestra las reconfiguraciones de la inquisición en la República de Venecia en medio de un ambiente de lucha contra la propia Roma. Al ser un centro comercial con población itinerante no católica, y debido a todas las limitaciones de su competencia, sus actividades se enfocaron más en la persecución de defectos del clero y excesos de misticismo.

Con un exhaustivo recorrido histórico, el libro evidencia las diferentes transformaciones y particularidades de los procedimientos inquisitoriales. Su principal conclusión transversal es mostrar el accionar inquisitorial como un amplio panorama de reacciones localizadas y con debatible efectividad contra las herejías mismas. Estas diferentes respuestas intermitentes a las transformaciones de los «errores» de fe, venían acompañadas de periodos de intensa producción normativa, expresada en distintos géneros (cartas, material conciliar, manuales, sermones, *sumae* y compilaciones). Esta larga historia de producción normativa debe entenderse en el marco de diversas acciones inquisitoriales, como reacciones intermitentes, fruto de diferentes focos de debates y no el de una sola institución.



Airton Ribeiro da Silva Jr.

Histórias do saber jurídico a contrapelo*

Tende-se a conceber o direito como um saber que, ao longo dos séculos, foi manejado por um grupo muito restrito do ponto de vista social. Uns poucos profissionais que formaram uma elite letrada e instruída nos herméticos meandros do discurso jurídico. O livro organizado pela historiadora do direito finlandesa Mia Korpiola, no entanto, desestabiliza essa imagem. Ao revelarem práticas de produção e apropriação do saber jurídico às margens do direito erudito, os artigos presentes no livro sugerem que esse grupo que, de alguma maneira, lidava com o direito foi ligeiramente maior do que tradicionalmente se confiou. Cada capítulo desvenda um mundo particular de profissionais e de caminhos para a educação jurídica que não costumam povoar as narrativas sobre o passado jurídico.

O livro oferece ao grande público investigações apresentadas três anos antes em Turku durante o seminário ›*Learning Law by Doing: Exploring Legal Literacy in Premodern Societies*‹. O âmbito geográfico coberto pelos trabalhos é amplo, reunindo várias ›Europas‹. Há tanto experiências ›centrais‹ do Sacro Império Romano-Germânico, França e Itália, quanto da distinta Inglaterra ou mesmo da Suécia e Finlândia nas ›bordas‹ da Europa. Igualmente largo é o arco temporal que se estende do medievo às vésperas do Estado liberal. A despeito dessa variedade espacial e cronológica, os artigos encontram unidade na potente ideia de *letramento jurídico* (*legal literacy*). Com o declarado propósito de ampliar a perspectiva concernente às profissões jurídicas, e os respectivos meios de instrução para alcançá-las, o *letramento jurídico*, compreenderia, conforme adianta Mia Korpiola na introdução, o conhecimento acerca do direito, bem como habilidades jurídicas. Tal definição, por si só, não seria útil não fosse sua apreensão em graus de uma escala entre dois extremos, do completamente letrado ao completamente iletrado, que permite compreender o grau de *letramento jurídico* de qualquer pessoa do passado em contato com o direito.

Os cinco artigos que compõem a primeira parte do livro enfocam na prática como meio de aquisição do saber jurídico, revelando uma quantidade de agentes intermediários que gravitavam no entorno da justiça letrada. Enquanto um período como aprendiz de escrivão, conforme delineado por Kitrina Bevan, poderia capacitar um inglês medieval para exercer a atividade, um estágio no Tribunal da Câmara Imperial, como demonstrou Anette Baumann, conferia conhecimento e distinção suficientes para ser um procurador leigo. Marianne Vasara-Aaltonen nos apresenta uma Suécia do século XVII onde a administração da justiça ainda não havia atingido o grau de profissionalização de outros vizinhos europeus, e até mesmo em altas cortes, a magistratura popular era encontrada. A escassez de juízes letrados, impunha a experiência prática como principal meio para aquisição dos conhecimentos e habilidades necessários à atividade do juiz. No mesmo período, a situação da administração da justiça na Finlândia, que estava sob domínio sueco, não era distinta. Petteri Impola nos ilustra esse contexto com a história de Gabriel Abrahamsson que sem estudos universitários, nem origem nobre, era estimado em sua cidade como procurador leigo. Fechando a unidade, Anna Kuismin, em uma perspectiva *desde baixo*, parte de histórias de pessoas comuns que foram empoderadas pela valorização do finlandês frente a língua sueca, até então oficial na administração e educação. Tais narrativas permitem observar como, no contexto da emergência do nacionalismo na Finlândia do século XIX, a apropriação de *letramento jurídico*, permitiu a ascensão social permitindo o envolvimento com a administração local.

Na segunda parte do livro, o protagonista é o livro jurídico. Não aqueles vários volumes de tratados escritos em latim que porventura formavam o direito erudito, opaco aos não-iniciados, mas o *livro jurídico popular*. Tanto o artigo de Annamaria Monti, que parte de uma perspectiva comparada entre os mundos italiano e anglo-americano, quanto no de Laetitia Guerlain e Nader Hakim, focali-

* MIA KORPIOLA (ed.), *Legal Literacy in Premodern European Societies*, Cham: Palgrave Macmillan 2019, 264 p., ISBN 978-3-319-96862-9

zado no espaço francófono, recuperam esse gênero da literatura. A literatura jurídica *pragmática* vem recebendo maior atenção por parte da historiografia, justamente por conter importantes vestígios sobre o uso do saber jurídico nas dinâmicas da vida cotidiana. Escrita não para juristas treinados, o propósito desse gênero era justamente facilitar o acesso ao conhecimento jurídico. Logo, constituíam-se em um importante meio de aquisição de *letramento jurídico*. Não é fortuito, então, que tais livros pragmáticos estivessem nas prateleiras das bibliotecas privadas de funcionários da administração pública de pequenas cidades finlandesas sob domínio sueco, como aborda Mia Korpiola em seu artigo. Partindo de uma cuidadosa análise de inventários *post-mortem* do século XVIII, a autora rastreia a difusão do livro jurídico de modo a compreender o tipo de livro jurídico que compunha a coleção de diferentes pessoas sem educação jurídica formal.

Como um todo, o que se propõe com o livro em questão é, partindo da categoria *letramento jurídico*, ir além da obviedade do direito erudito e da justiça letrada presente nas altas cortes. Descentrar o olhar, porém, não é tarefa simples. Transparece em vários artigos a dificuldade em encontrar fontes que permitam a análise dessa cultura jurídica não oficial, bem como os limites que as fontes acessíveis apresentam. Anette Baumann, por exemplo, contorna a falta de fontes sobre a *Reichskammergericht* com um escrito autobiográfico, fonte tão valiosa quanto rara. Mia Korpiola mostra-se consciente dos limites impostos pelas fontes ao advertir que os livros listados em inventários não implicam na leitura e manuseio, e podem ainda ter sido incluí-

dos na coleção pouco antes da morte do possuidor. A despeito desses desafios, os autores mostram que é possível escrever uma história do direito mais compreensiva e adequada à compreensão do fenômeno jurídico no descentralizado Antigo Regime.

Nesse ponto, o *letramento jurídico* mostra-se categoria particularmente profícua para a apreensão do direito em contextos periféricos, onde o direito erudito era uma realidade distante e a justiça local se realizava pelas mãos amadoras de juízes leigos, escrivães, rúbulas e meirinhos. Ao historiador do direito que lida com vastos e plurais espaços coloniais – penso aqui, particularmente, nos Impérios Ibéricos – é difícil não encontrar um paralelo com o contexto descrito por Marianne Vasara-Aaltonen. Ou ainda, pensar na importância da literatura jurídica popular e pragmática, descrita por Annamaria Monti, Laetitia Guerlain e Nader Hakim, em lugares – como a América Portuguesa – em que não havia universidades a prover instrução jurídica formal.

Seguindo o legado de Savigny, a historiografia jurídica manteve por muito tempo certa preferência pela história do direito escrito e cultivado pelo seletivo grupo de juristas treinados. As histórias narradas no livro preparado por Mia Korpiola, tomando emprestado a expressão de Walter Benjamin, escovam essa história a contrapelo, revelando que o saber jurídico não era monopólio exclusivo das profissões jurídicas, mas parte das práticas cotidianas de sociedades passadas. *Legal Literacy in Premodern European Societies* fornece algumas ferramentas para quem se propuser a explorar esses mundos.



Bertram Schefold

Die theologischen Quellen von Wirtschaft und Recht bei Lessius*

Leonardus Lessius war ein Theologe von europäischem Rang, dessen Werke bis ins 19. Jahrhundert immer wieder aufgelegt wurden. Im 16. Jahrhundert waren die Niederlande das reichste Gewerbegebiet Europas, aber hier tobten auch die Religionskriege und der Freiheitskampf der Niederlande, die sich zu einem großen Teil mit Lessius' Lebensdaten (1554–1623) überschneiden. Er stammte aus bescheidenen Verhältnissen, hätte ein Handelsmann werden sollen, gelangte aber mit einem Stipendium an die Universität, schloss als Bester ab und trat, noch keine 18 Jahre alt, dem noch jungen Jesuitenorden bei. Die Seligsprechung hat man nicht für ihn erreicht, aber er galt zu Lebzeiten als das Orakel der Niederlande, weil er für deren spanischen Teil in wirtschaftlichen und politischen Fragen Rat gab, und er ist uns heute als einer der bedeutendsten Spätscholastiker durch die Fortführung der Rechtswissenschaft und des im Rahmen der Ethik entwickelten ökonomischen Wissens bekannt. 1999 erschien sein Hauptwerk *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus* von 1605 in der Reihe der Klassiker der Nationalökonomie mit einem Kommentarband.¹ In dieser eng bestimmten Perspektive ist Lessius einer der Großen in der Geschichte der Wirtschaftswissenschaften zu einer Zeit, als diese noch nicht als eine selbstständige Disziplin verstanden wurden.

Das Buch von Wim Decock behandelt zu etwa zwei Dritteln Lessius' Beitrag zum Wirtschaftsdenken, stellt diesen aber in den weiteren Zusammenhang seiner Theologie und möchte damit beweisen, dass die geistige Wendung, die nach Max Weber wesentlich zur Entstehung des modernen Kapitalismus beitrug, nicht allein jenen calvinisti-

schen Sekten verdankt wird, auf die sich Max Weber in seiner Protestantischen Ethik hauptsächlich bezieht, sondern auch aus dem katholischen Wirtschaftsdenken in der Spätscholastik, das während der Gegenreformation hervorwächst. Wie Decock selbst hervorhebt, ist dies keine neue These. Er erinnert beispielsweise an Amintore Fanfani, der vor seiner politischen Karriere, die bis zur Präsidentschaft der Versammlung der Vereinten Nationen führen sollte, als Wirtschaftshistoriker ein ähnliches Projekt – unter Betonung der Gegensätze zwischen kapitalistischem Geist und von katholischen Vorstellungen eines christlichen Lebens geprägten Normen – verfolgt hatte.² Ein anderer Strang der Argumentation führt in der Mitte des Buchs von den spätscholastischen Erwägungen, wann Monopole verderblich sind und Kartellabsprachen zu verurteilen und wann eine Privilegiengewährung doch sinnvoll sein kann, etwa zum Schutz des geistigen Eigentums von Büchern oder Erfindungen, zur Genese des Ordoliberalismus und der sozialen Marktwirtschaft. Da sind einerseits die päpstlichen Enzykliken, insbesondere *Quadragesimo anno* von Pius XI. (1931), die Eucken und Müller-Armack inspirierte (im Buch Kapitel VII), andererseits die Forschung über diesen Gegenstand zu nennen. Joseph (später Kardinal) Höffner promovierte während des Kriegs bei Walter Eucken über die Monopoldebatte der Reformationszeit.³ Er war dem Freiburger Kreis und dem Widerstand verbunden. Die dem Protestantismus zugehörigen Gründer der Sozialen Marktwirtschaft fühlten sich dem katholischen Wirtschaftsdenken verpflichtet. Fanfani in Italien arbeitete auch auf den Kompromiss zwischen Markt und gesellschaftlicher Bindung hin, der dort wäh-

* WIM DECOCK, *Le marché du mérite: Penser le droit et l'économie avec Léonard Lessius*, Paris: Zones sensibles 2019, 248 p., ISBN 978-2-930601-41-0

1 LEONARDUS LESSIUS, *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus* Libri IV, hg. v. BERTRAM SCHEFOLD,

zus. mit: Vademecum zu einem Klassiker der spätscholastischen Wirtschaftsanalyse, Kommentarband zum Faksimile-Nachdruck der 1605 in Leuven erschienenen Erstausgabe, Düsseldorf 1999.

2 BERTRAM SCHEFOLD, Amintore Fanfani e le tesi di Max Weber, in:

ALBERTO COVA und CLAUDIO BESANA (Hg.), Amintore Fanfani: formazione culturale, identità e responsabilità politica, Mailand 2014, 115–128.

3 JOSEPH HÖFFNER, *Wirtschaftsethik und Monopole im 15. und 16. Jahrhundert*, Jena 1941.

rend der Zeit des italienischen Wirtschaftswunders durch die Christdemokraten vertreten wurde.

Doch der Reihe nach. Auf dem Weg über die Biographie von Lessius und die Rezeptionsgeschichte führt Decock zur theologischen Quelle des Lessius'schen Wirtschaftsdenkens. In der Spannung zwischen Gnade und freiem Willen betonen die Jesuiten den letzteren: Der Mensch muss sein Heil verdienen. Die Prädestination kann zu Haltlosigkeit führen. Statt sich in das Schicksal zu ergeben, soll der Mensch durch gute Werke sich einen Schatz im Himmel schaffen. Schon auf Erden wird er nach seiner Arbeit und dem Verdienst beurteilt. Hier gelingt es Decock, die rechtlichen und ökonomischen Schriften des Lessius mit seinen theologischen zu einer überzeugenden Einheit zu verbinden, deren immanente und historische Sinnhaftigkeit einleuchtet und beeindruckt. Ein Beispiel: Mich hatte früher gewundert, dass Lessius⁴ die Unterschiede in den Soldzahlungen, die Offiziere und Soldaten verschiedener Ränge empfangen, nicht durch die distributive, sondern durch die commutative Gerechtigkeit erklärt. Es geht nicht um den Rang im Sinne des Standes, sondern um die Arbeit, die der Staat als juristische Person vom Soldaten als Individuum mietet – eine Formulierung, die durch Decocks Interpretation der säkularen und theologischen Lehre des Verdiensts bei Lessius an Tiefe gewinnt.

Das zweite Kapitel setzt sich mit Max Weber auseinander. Decock erweist sich hier als weit besserer Kenner als jene italienischen Autoren wie Fanfani, Nuccio, Todeschini, die konstatieren, dass der italienische Frühkapitalismus zeitlich der Reformation vorangeht, sodass sie Weber widerlegt zu haben glauben, wenn sie zeigen, dass sich im Spätmittelalter in den oberitalienischen Städten kapitalistische Verhältnisse entwickelten. Als ob sich Weber damit nicht selbst schon in seinen allerersten Publikationen befasst hätte! Weber geht es um den *modernen* Kapitalismus, kapitalistische Formen gab es schon in früheren Zeiten, insbesondere im Altertum, und die Aufgabe des Historikers besteht darin, zwischen diesen und dem modernen Kapitalismus zu differenzieren. Das gelingt Decock sehr schön und in knapper Form. Weber habe sich auf Schriften gestützt, welche die protestantische Ethik in konkrete Normen für das All-

tagsleben umsetzen wie im bekannten Beispiel von Benjamin Franklin. Dem entspräche aber auch eine riesige Literatur im Katholizismus, die, Weber ergänzend, heranzuziehen wäre; und Lessius ist der Autor, der in einzigartiger Weise sein theologisches Konzept mit Konkretisierungen durch Wirtschaftstätigkeit verbindet, weil er sich auf Beobachtung und Beratung des Handels einlässt, insbesondere an der noch führenden Börse in Antwerpen.

Im dritten Kapitel gelangt Decock auf dem Weg über die juristischen zu den ökonomischen Kategorien. Er wird anhand der Wandlungen des Vertragsrechts erklärt. Einfache Übereinkünfte haben im römischen Recht vor Gericht keinen sicheren Bestand, es bedarf des Schwurs, der Bezeugung, des schriftlichen Vertrags, aber das frühe Christentum näherte die Extreme einander an. Im Auge Gottes hat das Wort die Kraft des Schwurs. Von den Christen wird eine höhere Verlässlichkeit gefordert. Decock verfolgt, wie das kanonische Recht ins Zivilrecht eindringt und schließlich über das Naturrecht eine Säkularisierung erfährt. In diesem Übergang nimmt Lessius eine eigene, genau die Stufen differenzierende Stellung ein.

Im vierten Kapitel geht es um Markt und Wucher. Der Autor zeigt sich hier wenig geneigt, die Geschichte der Wucherverbote *ab ovo* zu entwickeln und muss dann doch immer wieder auf die historische Logik zurückgreifen. Aus dem einfachen Appell, den Stammesgenossen oder christlichen Nächsten mit Darlehen zu unterstützen und dieses nicht dazu zu benutzen, ihm das Fell über die Ohren zu ziehen, wurde eine Zinslehre, in der man zunehmend genötigt war, den Realitäten nachzugeben und Zinsentschuldigungsgründe zuzulassen, woraus dann schließlich die Anfänge ökonomischer Theorie im Sinne einer Kausalerklärung wurden. Man kann dies im Kulturvergleich belegen. Der Islam wollte die Gefahr des Wuchers bannen, indem schon früh bestimmte institutionelle Formen einer Zinsnahme legalisiert wurden, die das islamische Bankwesen heute ausbaut. Die chinesische Oberschicht sah auf die Kaufleute herab, hatte aber gegen Zinsnahme nichts einzuwenden, sodass sich dort vom Altertum bis ins 19. Jahrhundert ein vormodernes Kreditsystem entwickelte, das man als solches nicht in Frage stellte und dessen innere Logik man auch

4 LESSIUS, *De iustitia et iure* (wie Anm. 1), II, i, 1 (4).

nicht theoretisch zu erfassen suchte. Decock unternimmt keinen derartigen Vergleich. Er stellt vor allem fest, dass Lessius Wucher kaum mehr kennt, außer dem kleinen Dorfwucher, der durch Pfandleihhäuser bekämpft werden soll. All die vielfältigen Kreditbeziehungen, die sich im Handel, der Seefahrt, in der Industrie und an der Börse ergeben, werden auf die Wuchergefahr hin untersucht, aber schließlich doch exkulpiert, wobei für Lessius die rechtliche Form des Kreditvertrags eine zuweilen entscheidende Rolle spielt. Dabei wird teilweise modernen Begriffen vorgearbeitet. Beispielsweise wird der Kauf einer Schuldverschreibung zu einem Diskont nicht als Kreditgewährung interpretiert, sondern als Tausch eines weniger liquiden Titels gegen Geld, was universal eintauschbar ist, sodass ein Diskont sich von daher rechtfertigt. Das weist auf Liquiditätspräferenz voraus. Indessen spielt der Zeitverlauf doch eine Rolle. Die Antwort lautet: Nicht die Zeit schaffe den Gewinn, sondern die *industria*. Also ist *lucrum cessans* ein zulässiges Argument, und hinzu tritt das Risiko, *periculum sortis*. Schließlich gibt es noch die *carentia pecuniae*, die Bedürfnisse der Kassenhaltung; wer sich bei dieser einschränkt, um ein Darlehen zu geben, hat ein Recht auf Kompensation.

In weiteren Kapiteln werden Informationen und Spekulationen, Risiken, Versicherungen, aber auch der Verkauf fauler Kredite behandelt. Hier erfolgt eine Legitimation über den gerechten Preis, welcher allgemeiner Wertschätzung entspricht. Da sind die Grenzziehungen schwierig und bedürfen einer detaillierten Erörterung. Ist der gerechte

Preis an den modernen Begriff einer an den Kosten orientierten Preistheorie für die lange Periode anzubinden oder an die Wertschätzung? Wie sind die ethischen Grenzen im Umgang mit privater Information zu ziehen? Müssen Mängel des Objekts beim Verkauf offenbart werden oder besondere Kenntnisse über die künftige Entwicklung der Lage im Handel?

Nach der Diskussion der Konkurrenzbeziehungen, auf die wir schon hingewiesen haben, kehrt Decock zum weiteren Rahmen zurück und zeigt nochmals, wie sich das Lessius'sche Wirtschaftsverständnis in seine Theologie einfügt. Hier werden insbesondere späte Schriften des Lessius einbezogen, die, soweit ich sehe, von der modernen ökonomischen Dogmengeschichte nicht beachtet worden sind. Suárez hatte getadelt, dass die enge Analogie von wirtschaftlicher Tätigkeit und Erkaufen des Seelenheils durch gute Werke an ein Wettrennen um den Preis des Heils erinnere. Da betonte Lessius, dass die Gnade doch immer notwendig bleibe und dass sie vom Menschen angenommen werden müsse. Lessius wendet sich aber auch in diesen Schriften immer wieder der Lebenspraxis zu. Er entwarf eine Diätetik, die ein asketisches Leben empfiehlt und sich an der Tugend der Mäßigung orientiert.

Das Buch ist gut geschrieben und wirkt trotz der oft abstrakten Gegenstände mit seinen vielen historischen Bezügen lebendig und charaktervoll. Im Einzelnen bleibt viel zu entdecken, natürlich auch manches hinzuzufügen.



Karl Härter

Oberste Richter im Spannungsfeld von Reichskammergericht, Kaiser und Reichsadel*

Forschungen zum Justizpersonal und zu Richtern sind in der frühneuzeitlichen Rechtsgeschichte eher rar. Zwar liegen einzelne Studien zu höchsten Gerichten wie dem Reichskammergericht vor, dessen Oberhaupt und höchster Richter – der kaiserliche Kammerrichter – war bislang allerdings noch nicht monographisch erforscht. Insofern schließt Maria von Loewenich in Münster entstandene Dissertation eine Forschungslücke und entwickelt interessante Analyseperspektiven: Einerseits vertrat und repräsentierte der Kammerrichter den Kaiser als obersten Gerichtsherrn in einem der beiden Höchstgerichte des Reiches, das andererseits als reichsständisches Gericht konstruiert war und zunehmend an justizieller Autonomie gewann. Letztere war in der Reichskammergerichtsordnung reichsrechtlich verankert, stand aber im Spannungsfeld zur normativen Ordnung der traditionellen Adelsgesellschaft des Alten Reiches. In dieser bildete das Amt des Kammerrichters eine Ressource, um symbolisches Kapital für die Inhaber und ihre adligen Familien zu akkumulieren, reichspolitische Klientelnetzwerke zu stärken und den Einfluss des Kaisers auf die Reichsjustiz zu sichern. Mit dem Kammerrichter als Kristallisationspunkt im »Prozess der Ausdifferenzierung und des Gewinns an Autonomie« (15) der Reichsjustiz untersucht die Fallstudie eine Thematik, die auch für eine global orientierte Rechtsgeschichte interessante Fragestellungen aufweist, wie die nach dem Funktionswandel des Richteramtes, der Autonomie imperialer Justizsysteme, der Einflussnahme von Herrschaftseliten auf höchste Gerichtsbarkeit und dem historischen Spannungsverhältnis zwischen Amt und Prestige bzw. Recht und sozialen Normen.

Wie in der Einleitung (Kap. I) knapp dargelegt, nutzt die Autorin verfassungs-, sozial- und kultur-

historische Ansätze, darunter auch die neueren Forschungen zu symbolischem und zeremoniellem Handeln sowie Versatzstücke der Systemtheorie (»Legitimation durch Verfahren«). Letzteres bleibt allerdings eher allgemeine Absichtserklärung: Systemtheorie wird kaum stringent als theoretisches Deutungsmuster eingesetzt und lässt sich bestenfalls bedingt auf das vormoderne Reichssystem und die traditionale Ständegesellschaft anwenden. Die theoretisch-konzeptionelle Fundierung und Diskussion von »justizieller Autonomie«, »Ausdifferenzierung« und »Ökonomie der Ständegesellschaft« hätte folglich fokussierter auf den zeitgenössischen Kontext von Reichsjustiz, Reichsadel und Reichsverfassung erfolgen können: Die »ständische Gesellschaft«, zu der die Kammerrichter als Mitglieder der Funktionselite »Reichspersonal« in Bezug gesetzt werden, meint letztlich den Reichsadel. Empirisch ist die Fallstudie dann auch auf die neun zwischen 1711 und 1806 am Reichskammergericht amtierenden Kammerrichter und ihr gesellschaftliches bzw. reichspolitisches Umfeld begrenzt. Diesen Zuschnitt begründet von Loewenich überzeugend mit der Quellenlage und der Wetzlarer Zeit des Gerichts (ab 1697): Im 18. Jahrhundert traten Ausdifferenzierung, Autonomiegewinne, Klientelwesen, kaiserliche Besetzungspraxis und damit einhergehende Konflikte am Reichskammergericht deutlicher zutage. Die hierfür relevanten, in unterschiedlichen Archiven überlieferten Quellen – darunter Gerichtsprotokolle, Urteilsbücher, Akten der Reichskanzlei, des Mainzer Erzkanzlers und der Visitationen des Reichskammergerichts sowie Nachlässe der Kammerrichter – hat von Loewenich umfassend herangezogen, gekonnt systematisch ausgewertet und daraus exemplarische Fallbeispiele und Konflikte behandelt.

* MARIA VON LOEWENICH, *Amt und Prestige. Die Kammerrichter in der ständischen Gesellschaft (1711–1806)* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich 72), Köln: Böhlau 2019, 276 S., ISBN 978-3-412-22121-8

Die im Hinblick auf Ansatz und Fragestellungen stringente empirische Untersuchung erfolgt in zwei Teilen: Der erste verfassungsgeschichtliche rekonstruiert das Amt des Kammerrichters im Kontext von Reichsrecht, Justizverfassung und der reichspolitischen »Akteure« Kaiser und Reichsstände (Kapitel II); der zweite (Kapitel III) analysiert den sozialen-familiären Kontext der Kammerrichter, Einsatz und Gewinn von ökonomischem, sozialem und symbolischem Kapital und die Nutzung der Ressourcen des Richteramtes. Anhand von Auswahl und Amtseinsetzung des Kammerrichters, Vakanz des Richteramtes und Amtskontinuität während eines Interregnums sowie der Amtsausübung in der reichsgerichtlichen Praxis von Audienz, Plenum und Senat und den damit verbundenen prozessbezogenen Aufgaben und Kompetenzen des Kammerrichters erhellt der erste Teil das Spannungsfeld zwischen eigenständiger Rechtsprechungsinstanz des Reiches und kaiserlicher höchstrichterlicher Gewalt. Letztere repräsentierte der Kammerrichter in vielfältigen zereemonialen Praktiken, einhergehend mit zahlreichen Konflikten, die von Loewenich detailliert herausarbeitet. Im Ergebnis nutzte der Kaiser das Richteramt, um Einfluss der Reichsstände und Autonomiebestrebungen des Reichskammergerichts – politisch und symbolisch – zurückzudrängen. Im Kernbereich reichskammergerichtlicher Verfahren und Rechtsprechung blieb der kaiserliche Einfluss auf die Kammerrichter z. B. im Hinblick auf dessen umstrittenes *voluntum decisivum* bei Stimmengleichheit allerdings eng begrenzt. Autonomiestreben und Ausdifferenzierung des Höchstgerichts ließen sich bestenfalls bremsen.

Der zweite Teil richtet die Perspektive auf die aus dem mindermächtigen Reichsadel stammenden Amtsinhaber, beleuchtet im Rahmen von detaillierten Familienbiographien deren Karrieren und die Strategien der betreffenden Adelsfamilien und arbeitet den Einsatz von materiellen und sozialen Ressourcen, aber auch die mit dem Gewinn des Richteramtes verbundenen Zugewinne an symbolischem Kapital, sozialem Prestige und Aufstiegsmöglichkeiten im Reichssystem heraus. Über das Amt des Kammerrichters konnten sich die betreffenden Adelsfamilien in das kaiserliche Klientelsystem einbringen, und der Kaiser konnte dies wiederum nutzen, um Autorität und Einfluss zu stärken. Anhand gut gewählter Fallbeispiele zeigt die Autorin auch die damit verbundenen Zeremonial- und Rangkonflikte auf und verweist

auf das Problem der juristischen Qualifikation der Kandidaten bzw. Amtsinhaber. Obwohl alle Jura studiert hatten, erkennt die Autorin Professionalisierungstendenzen erst bei dem 1797 ernannten (vorletzten) Amtsinhaber und misst juristischen Karriereaktoren im Vergleich zu politisch-familiären eine bestenfalls sekundäre Bedeutung zu. Freilich übersieht sie, dass beispielsweise der 1763 ernannte Kammerrichter von Spaur mit einer juristischen Dissertation promoviert worden war.

Rechtliche Kontexte arbeitet von Loewenich dagegen prägnanter für die Nutzung der Ressourcen des Kammerrichteramtes heraus. Konkrete Amtsausübung und damit einhergehende Konflikte werden anhand klug gewählter Fallbeispiele ausgeleuchtet. Sie betreffen Verfahrensfragen wie die Ausschließung des Kammerrichters von Prozessen, das Problem der Befangenheit, die Einflussnahme zugunsten der eigenen Klientel durch die Einsetzung »gewogener« Senate, Assessoren und Referenten, die Beschleunigung von Verfahren sowie »Beziehungskorruption« und »Richterbestechung«. Zwar existierte eine rechtliche Grauzone, in der sich den Kammerrichtern Handlungsspielräume zugunsten ihrer Klientel eröffneten, die Autorin zeigt aber auch Normenkonkurrenz, Rollenkonflikte und Verrechtlichungstendenzen auf. Das Reichskammergericht versuchte, Assessoren zu suspendieren, die Kammerrichter mussten eine direkte Konfrontation mit dem Kaiser vermeiden, die ebenfalls zu einer Suspendierung führen konnte; offene Korruption und Bestechung wurden im Rahmen der Visitation des Reichskammergerichts verfolgt, und der Korruptionsvorwurf fand Eingang in den öffentlichen Diskurs. In der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts entwickelten auch die Kammerrichter eine stärkere Sensibilität gegenüber Korruption und Bestechung, und die Besetzung von Senaten und Beauftragung von Referenten mit bestimmten Fällen wurden dem Kammerrichter entzogen und neuen Regeln unterworfen. Insofern kann die Autorin zumindest Tendenzen der Professionalisierung und der Autonomisierung des Verfahrens konstatieren, zumal auch das Reichskammergericht als Institution versuchte, Einflussnahmen durch Kaiser und Klientele abzuwehren und Autonomie zu behaupten.

Ihre überzeugenden empirischen Ergebnisse hält die Autorin in zwei kurzen Zwischenresümees und einer abschließenden zweieinhalbseitigen Zusammenfassung fest, wobei sie im Deutungshorizont von Reichskammergericht, Kaiser und

Reichsadel verbleibt. Betont wird die Bedeutung des Richteramtes für das symbolische, soziale und politische Kapital mindermächtiger Adelsfamilien und die Nutzung als Ressource, um im Kontext von adligen und kaiserlichen Klientelnetzwerken Einfluss auf die Reichsjustiz zu nehmen. Die für die reichskammergerichtliche Praxis untersuchten Bereiche und Konflikte belegen das Spannungsverhältnis von justizieller Autonomie und Ausdifferenzierung des Rechts zu den Normen der vor-modernen Adelsgesellschaft und einem traditionellen Verständnis des Richteramtes als (symbolisch-zeremonielle) Repräsentanz des Kaisers als dem höchsten Gerichtsherren. Zwischen kaiserlichen Interessen, Klientelnetzwerken und Ausübung des höchsten richterlichen Amtes blieb die Rolle des Kammerrichters im Reichskammergericht prekär und bedurfte beständiger Absicherung durch Zeremoniell und symbolisches Kapital.

Eine tiefergehende Analyse, inwiefern sich diese für das Reichskammergericht und das Amt des Kammerrichters treffend beobachteten Konstellationen wandelten, gibt von Loewenich allerdings nicht. Weder erfolgt eine Diskussion und Einordnung der Ergebnisse in die Forschung noch nutzt die Autorin das vorhandene Potential eines Vergleichs mit Reichshofrat und Reichstag oder der allgemeinen Entwicklung von Richteramt und Justiz in der Frühen Neuzeit. Insofern beschränkt sich der Erkenntnisfortschritt der Arbeit auf valide und auch rechtshistorisch interessante empirische Beobachtungen für Reichskammergericht und Kammerrichter, weitergehende und insbesondere rechtshistorische Deutungs- und Vergleichsperspektiven bleiben freilich den Leserinnen und Lesern überlassen.



Alexander Kästner

Urteilen über Suizid als soziale Praxis*

Das vorliegende Buch ist die stark gekürzte Version einer Dissertation, die 2015 an der Universität Tampere eingereicht wurde. Der ursprüngliche Titel lautet »Suicide in Seventeenth-Century Sweden. The Crime and Legal Praxis in the Lower Courts«. Er verweist präziser auf den zeitlichen Zuschnitt der Studie und auf den maßgeblich zugrundeliegenden Quellenbestand an Gerichtsakten schwedischer Stadt- und Landgerichte. Für die Überarbeitung wurden wesentliche Teile der ursprünglichen Darstellung gestrafft, was insbesondere den Details und der Tiefe einzelner Forschungsdiskussionen zum Nachteil gereicht, soweit ich das überblicke – die ursprüngliche Dissertation wurde mir von der Verfasserin freundlicherweise zur Verfügung gestellt. »Suicide, Law, and

Community in Early Modern Sweden« ist ein Buch, das sich an ein breiteres akademisches Publikum auch jenseits der Historischen Suizidforschung richtet und vor allem übergreifende Befunde und ausgewählte Fälle präsentiert. Dies sollte vor der Lektüre klar sein, um zu verstehen, weshalb insbesondere die Einleitung und das Fazit eher allgemein gehalten sind und das Fazit auch keine weiterführenden Forschungsperspektiven aufzeigt. Als eher unglücklich muss die verlegerische Entscheidung bezeichnet werden, jedem Kapitel ein gesondertes Quellen- und Literaturverzeichnis folgen zu lassen. Das geht zu Lasten des Umfangs und erweckt auch den falschen Eindruck, es würde sich bei den Kapiteln um jeweils eigenständige Aufsätze handeln.

* RIIKKA MIETTINEN, *Suicide, Law, and Community in Early Modern Sweden* (World Histories of Crime, Culture and Violence), Basingstoke: Palgrave Macmillan 2019, XII + 346 S., ISBN 978-3-030-11844-0

Die Studie ist empirisch stark aus dem historischen Quellenmaterial heraus entwickelt und betrachtet ca. 200 Fälle – die angegebene Anzahl variiert zwischen den Kapiteln aufgrund der Überlieferung und Informationsdichte zu einzelnen Fällen auf den unterschiedlichen Gerichtsebenen. Eine Karte (14) verdeutlicht die beeindruckende räumliche Dimension der Studie, die neben den Territorien des heutigen Zentral- und Nordschwedens auch die finnischen Gebiete Schwedens während der Großmachtzeit einschließt sowie die mit Russland umkämpften karelischen Territorien um Wyborg und Kexholm (Priorsersk). Dieser Umstand ist strafrechtshistorisch spannend, da in den angrenzenden Gebieten der Nowgoroder Rus bzw. im Großfürstentum Moskau Selbsttötungen bis ins 18. Jahrhundert nicht als Kriminaldelikt galten, während in Zentralschweden bzw. in den Territorien der Kalmarer Union vorsätzliche Selbsttötungen wie in Europa sonst üblich als *peccatum vel crimen atrocissimum* postmortal bestraft wurden. Die regionalen Besonderheiten und die geringe administrative Durchdringung der Peripherie wirkten sich u. a. auf die vorgerichtliche Praxis des Umgangs mit Suizidenten aus.

Der große Vorzug von Miettinnens Studie gegenüber anderen Untersuchungen zu Selbsttötungen in Schweden besteht darin, konsequent die Bestandteile der Verfahren im Umgang mit (mutmaßlichen) Selbsttötungen zum Gegenstand einer mikrohistorischen Analyse zu machen und zugleich eine Ebene des interterritorialen Vergleichs unterschiedlicher Rechtsräume einzuziehen (die 2016 abgeschlossene Wiener Dissertation von Evelyne Luef fügt dem einen Vergleich zwischen Schweden und den Habsburger Territorien hinzu und ist online verfügbar). In der Konsequenz handelt es sich die Kapitelgliederung zunächst entlang eines Überblicks über Einstellungen gegenüber Selbsttötungen und den unmittelbaren Reaktionen auf konkrete Suizidfälle nach dem Fund einer verdächtigen Leiche (Kap. 2). Ein Ausgangspunkt sind die über Jahrhunderte hinweg diskutierten schematischen Bestimmungen für Selbsttötungen (Verbrennung der Leiche im Wald oder Schandbegräbnis an abgelegenen Orten) in *Kristofers Landslag* von 1442. Dessen Geltung blieb umstritten, bis es Karl IX. im Jahr 1608 mit Änderungen nachdrucken ließ. Faktisch markiert damit das Jahr 1608 den Beginn des engeren Untersuchungszeitraums, die Einführung des *års lag* im Jahr 1734 dessen Ende. Die Konsequenzen

der Einführung von Appellationsgerichten (*hovrätter*) für die großen Gerichtsbezirke Schwedens im Jahr 1614 (Stichworte: Zentralisierung, Verrechtlichung, Professionalisierung) bilden den roten Faden für die weitere Erzählung, die sich auch als ein Beitrag zur Rechtskultur Schwedens im 17. Jahrhundert versteht. Ausgangspunkt ist hier die Beobachtung, dass die örtlichen Gerichte in ihren Entscheidungen eng an den Wortlaut der mittelalterlichen Bestimmungen gebunden waren, die entsprechenden Urteile aber zunehmend einer ausdifferenzierten Urteilspraxis der *hovrätter* unterworfen und revidiert wurden. Entscheidend für erste Reaktionen auf Selbsttötungen waren mitunter die erheblichen Distanzen für die Gerichte (auf dem Land tagten diese dreimal jährlich) und die geringe Siedlungsdichte – wichtig, wenn man bedenkt, dass eine Laienjury bestehend aus zwölf ortsansässigen Landbesitzern gemeinsam mit einem Richter und im Zusammenspiel mit einer Vielzahl weiterer örtlicher Gerichte zu urteilen hatte. Nicht selten blieben Leichen wochen- oder monatelang am Fundort liegen oder hängen, bevor sich ein Gericht mit dem Fall beschäftigte. Für die östlichen Territorien sind auffällig häufig Berührungen der Leiche oder das Abschneiden von Erhängten nach dem Auffinden überliefert, was auf die erwähnten unterschiedlichen Traditionen verweist. Systematisch unterbelichtet bleibt in der gesamten Studie die Beobachtung, dass die lutherischen Kirchengerichte entgegen der Bestimmungen des *Kristofers Landslag* seit dem letzten Drittel des 16. Jahrhunderts stille Beisetzungen auf dem Friedhof anordnen konnten; entscheidend wird diese Differenz für Miettinen erst, nachdem die Kirchengerichte 1686 dazu verpflichtet wurden, bei der Behandlung mutmaßlich vorsätzlicher Suizidenten die weltlichen Gerichte einzubeziehen – ab diesem Zeitpunkt wird auch die Überlieferung spürbar dichter, was vermuten lässt, dass viele Fälle zuvor durch kirchliche Instanzen geregelt wurden. Die Tatsache, dass es sich bei Suiziden um *delicta mixta* handelte, wird in der Studie nicht gleichgewichtig behandelt. Der Fokus liegt einseitig auf der Überlieferung der weltlichen Gerichte.

Kapitel 3 nimmt die vorgerichtlichen Untersuchungen und die Kommunikation vor Ort in den Blick, die den weiteren Umgang mit den Leichen von Suizidenten und die späteren Verhandlungen von Suizidfällen vor lokalen Gerichten bestimmten. Erhebliche Herausforderungen waren etwa die gerichtliche Bewertung der Aus-

sagen von Verwandten der Suizidopfer sowie das Rekrutieren einer hinreichenden Anzahl positiv beleumundeter Zeugen. Da es für Gerichte und Amtsträger ebenfalls bis 1686 keinerlei finanzielle Anreize gab, in Suizidfällen zu ermitteln, kam so manche Untersuchung auch nur widerwillig und schleppend in Gang. Zudem spielte die Güterkonfiskation nach Suiziden in Schweden keine Rolle.

Kapitel 4 bildet sodann das Herzstück der Studie. Hier untersucht Miettinen die konkreten Verhandlungen während der öffentlichen Gerichtstage vor Ort, das Anhören von Zeugen, die Rolle der Schreiber für das Verfassen von Protokollen und den wachsenden Einfluss der Rechtsprechung der *hovrätter*. Ergänzend werden daher die Bestände des *Svea hovrätt* in Stockholm herangezogen, während die Überlieferung des ebenfalls wichtigen *Turku hovrätt* von erheblichen Verlusten geprägt ist. Die lokalen Gerichte werden als soziale Arenen und Schnittstellen staatlicher und lokaler Akteure konzipiert, in denen verschiedene Wahrheitsansprüche verhandelt wurden. Unter den Sachverständigen spielten nur Pfarrer bzw. Ortsvikare als Experten für ein gutes Leben eine signifikante Rolle, sie waren in 40% der Fälle involviert. Medizinische Expertise war mangels Personal faktisch abwesend. Für die Appellationsgerichte wurden zunehmend Wille und Intention (hier der Rechtsentwicklung im Alten Reich hinterherhinkend) wichtig, die in den mittelalterlichen Bestimmungen gar nicht vorkamen. Dies trug maßgeblich zu einer vielgestaltigen Urteilspraxis bei.

Kapitel 5 fokussiert sodann die Analyse zielgerichtet auf diese Urteilspraxis, auf die Kategorien-

bildungen in den Endurteilen sowie auf deren Einbettung in soziale Kontexte. Die Reputation und Integration eines Suizidenten waren ebenso entscheidend für das Urteil wie die Einschätzung von Frömmigkeit, Lebenswandel und persönlichem Charakter. Die Strafe des Verbrennens kam langsam außer Gebrauch; und man könnte über die Studie hinausgehend die These formulieren, dass sich die schwedische Praxis zunehmend der ambivalenten Normalität und ausdifferenzierten Praxis im Umgang mit Selbsttötungen annäherte, wie sie bspw. für die Territorien des Alten Reichs belegt sind. Das mag auch damit zusammenhängen, dass die Richter vor Ort vor ihrer Berufung schrittweise in ein System der praktischen Ausbildung an den Appellationsgerichten eingebunden wurden, deren Urteilspraxis kannten und daher in eigenen Urteilen antizipierten.

Die Leistung der Studie besteht darin, eine detaillierte und innerhalb der schwedischen Rechtsräume vergleichende Analyse zu allen relevanten Akteuren, Institutionen und Verfahrensweisen von der Ebene der Gemeinden bis hin zu den Hochgerichten für den Umgang mit Selbsttötungen vorgelegt zu haben. Eine solche Studie fehlte bislang für den skandinavischen Raum, und sie ist eine mehr als willkommene Ergänzung für die historische Suizidforschung. Mit dem vorliegenden Buch hat Riikka Miettinen den Grundstein für die künftige Einordnung und Perspektivierung weiterer Lokal- und Einzelfallstudien gelegt, wenngleich für manche Details die Dissertationsschrift unverzichtbar bleibt.



Heinz Mohnhaupt

Peregrinatio Academica und Rechtskulturvergleich*

Seit dem Mittelalter ziehen ganze Schwärme von Studenten – Studentinnen gab es noch nicht – durch ganz Europa zu den führenden Universitäten, um dort eine wissenschaftliche Ausbildung zu erlangen und um anschließend in ihren Heimatländern eine berufliche Existenzbasis zu finden. Die Studenten bilden Reisegruppen und Netzwerke, schließen sich an den »ausländischen« Universitäten zu eigenen »nationes« zusammen, erlangen unabhängig von ihrer Herkunft mit der Immatrikulation gemeinrechtliche Privilegien, die sie zu einem eigenen Stand erheben. Für die Studenten aus Schweden und Finnland untersucht Vasara-Aaltonen (A.) in ihrer von Heikki Pihlajamäki betreuten Dissertation die Reiseströme der Studenten von der schwedischen Peripherie an die mitteleuropäischen juristischen Fakultäten. Das Verhältnis von Studienreisen, Universitätswahl und Entwicklung einer juristischen Profession in Schweden ist das Kernthema, das A. mit großer Umsicht behandelt und deutlich von den adeligen Kavalierstouren unterscheidet.

Der gewählte Zeitraum von 1630 bis 1800 umfasst Früh- und Spätaufklärung, die zunehmend Beobachtung und Erfahrung zu Grundlagen der Wissenschaften erklärten und Bücherwissen oft nachrangig einstufen. Erfahrungen und Beobachtungen »by travelling« sowie der ausländische Universitätsbesuch werden zum Fundament für juristische Bildung auch unter einem vergleichenden und wissenssoziologischen Aspekt. Im 17./18. Jahrhundert werden »peregrinatio studiosorum«, »prudentia peregrinandi« und »utilitas peregrinationis« in Dissertationen sowie Enzyklopädien behandelt und damit gleichsam zu einer generellen aufklärerischen wissenschaftlichen Forderung und Fragestellung erhoben (so z. B. bei Conring, Bernegger, Pütter).¹ A. hat die schwedische studentische Reisepraxis in die europäische Dimension dieser

wahrlich internationalen »Peregrinatio Academica« gestellt.

Schwedische / finnische Studenten waren an 27 europäischen Universitäten eingeschrieben – die meisten an der holländischen Universität Leiden und an den deutschen Universitäten Jena, Greifswald, Rostock und Halle. Dagegen fallen die Zahlen der Studenten an den anderen deutschen und ausländischen Universitäten London, Oxford, Rom, Paris, Angers und Amsterdam stark ab. Von schwedischen Universitäten – auch Dorpat gehört als schwedische Gründung dazu – werden Uppsala und Lund nur wenig besucht. Protestantische Universitäten bestimmen das Bild. Einen zeitlichen Schwerpunkt der Universitätsreisen besonders hinsichtlich der Studenten aus Turku bilden die Jahre 1630–1640 und 1660–1670, während zwischen 1790–1800 nur eine geringe Wanderbewegung besteht (73 f.). A. hat ihre Untersuchungen auf die Studenten der Universität von Turku als ein besonders signifikantes Beispiel für schwedische Universitätsreisen konzentriert, weil das geschlossene Quellen-Corpus der vorhandenen »online database« besonders aussagekräftige biographische Daten bietet, die exemplarisch auch für das europäische Phänomen der »Peregrinatio Academica« stehen. Die 1640 gegründete Akademie von Turku war die erste Universität in Finnland, das bis 1809 Teil des schwedischen Königreichs und insoweit mit der schwedischen Rechtsentwicklung eng verbunden war, so dass sich die Reisen der finnischen und speziell der schwedischen Studenten in der Analyse nicht immer klar unterscheiden lassen.

A. hat in zahlreichen Universitätsarchiven die Spuren der schwedischen Studenten genau verfolgt und somit gleichsam deren Reisewege aus der Zeit von vor 400 bis vor 200 Jahren noch einmal abgeschritten. Ausgewertet werden Universitätsstatuten, Matrikulationslisten, Vorlesungs-

* MARIANNE VASARA-AALTONEN, *Learning Law and Travelling Europe. Study Journeys and the Developing Swedish Legal Profession, c. 1630–1800* (The Northern World, Vol. 87), Leiden/Boston: Brill 2020, 427 S., ISBN 978-90-04-43165-2

1 Vgl. HEINZ MOHNHAUPT, Reisen, vergleichen, erkennen. Zu Praktiken juristischer Erkenntnis durch Komparatistik, in: GERALD KOHL et al. (Hg.), *Festschrift für Thomas Simon zum 65. Geburtstag. Land, Policy, Verfassung*, Wien 2020, 194–198; ähnlich

für Schweden VASARA-AALTONEN, *Learning Law*, 264.

verzeichnisse, »recensie lists«, »Catalugus candidatorum«, Fakultätsakten und die »Alba Scholasticorum, Professorum und Amicorum«.

Einen zeitlichen Ausgangspunkt bilden – nach einem Rückblick auf das späte 16. Jahrhundert – die seit 1630 eingeleiteten Verwaltungs- und Justizreformen in Schweden. A. untersucht die Reisen der finnischen/schwedischen Studenten an ausländische Universitäten nach gleichlautenden Fragestellungen in vier Schritten: 1. Die soziale Herkunft der Studenten, zumeist unterschieden nach Adeligen und Nichtadeligen; 2. Das wissenschaftliche Profil der besuchten Universität nach Professorenschaft und Lehrprogramm; 3. Studentenzahlen² nebst Studienfächern und Abschluss; 4. Karrieren der Studierenden in ihrem Heimatland. Fragestellung und Untersuchung zielen somit auf Formen und Möglichkeiten des Wissenserwerbs, Zirkulation des Wissens, Ausbildungsstandard und die Professionalisierung des Juristenstandes insgesamt, der zur Trägerschicht für die Entwicklung von moderner Staatlichkeit in der schwedischen Monarchie des 17. und 18. Jahrhunderts wurde. Methodisch ermöglicht der gewählte Fragenkatalog diachronen und synchronen Vergleich, den A. unterschiedlich intensiv nutzt, aber immer erkennbar macht: Aufstieg des Adels in Kronämter, Apellationsgericht, Diplomatie und des Nichtadels in städtische Ämter, Pfarrstellen, Advokatur und Lehrberuf; Unterschiede und Gemeinsamkeiten unter den konfessionell gebundenen Universitäten; Verhältnis zwischen heimischem schwedischen und fremdem livländischen Recht sowie von *Ius Commune* und *Ius Publicum*, soweit es sich im Lehrprogramm verschiedener Universitäten niederschlägt.

Seit der Reformation in Schweden 1527 war die Wahl der Universitäten nicht nur von der Entfernung und vom wissenschaftlichen Rang bestimmt, sondern entscheidend von der konfessionellen Ausrichtung als lutherische, calvinistische oder katholische Universität. Die aufnehmenden Länder bzw. Universitäten konnten Beschränkungen erlassen und Erklärungen über die Religionszugehörigkeit verlangen (66 f.). Das erklärt, warum

die von religiöser Toleranz geprägte Universität Leiden im 16. und 17. Jahrhundert eine besondere Anziehungskraft entfaltete. Diese bildet für A. das dominierende Beispiel für das Verhältnis zwischen dem Studentenzustrom aus Turku und dem in Leiden vermehrten Unterrichtsangebot von öffentlichem Recht zwischen 1625–1649. Die Dissertationen, die A. erwähnt, werden jedoch nicht auf die Aktualität ihrer wissenschaftlichen Fragestellung befragt.

Ein anderer Grund für die wachsende Attraktivität der norddeutschen Universitäten bestand darin, dass mit dem Westfälischen Friedensschluss 1648 auch Teile Pommerns mit den Universitäten Greifswald und Rostock unter schwedische Territorialhoheit gelangten. Schwedische Studenten studierten somit hier formal an schwedischen Universitäten, an denen sie jedoch von deutschen Professoren im *Ius civile* und deutschen *Ius publicum* ausgebildet wurden. Die Einseitigkeit deutschen Rechtsunterrichts kollidierte jedoch mit dem schwedischen Hoheitsanspruch, so dass das schwedische »kanslikollegiet« 1702 empfahl, auch Grundlagen des schwedischen Rechts zu unterrichten, was jedoch nicht verwirklicht wurde, wenngleich auch Nettelblad Vorlesungen über schwedisches Recht hielt (178). Es lag im schwedischen Interesse, schwedisches Staatsrecht auch in Greifswald zu lehren, um schwedische Studenten so an das schwedische Mutterland zu binden. A. weist nach, dass auch an der Universität Jena in Dissertationen von schwedischen Studenten auf schwedisches Recht Bezug genommen wurde (147).

Die »Perigrinatio Academica« führt zu rechtlichen »entanglements« und gibt dem Begriff der Rechtskultur eine neue Dimension. Politische Einflüsse, schwedische Machtpolitik nach dem 30-jährigen Krieg und Reformbedarf im schwedischen Justiz- und Verwaltungssystem verlangten studierte Juristen mit »statsklokhet« (262), so dass zwischen 1640 bis 1680 der sogar von der Krone finanziell unterstützte Zustrom finnischer/schwedischer Studenten am größten war, um dann ca. 1750 als Antwort auf die innere schwedische

2 Für diese Daten stützt sich A. hauptsächlich auf die grundlegenden Forschungen von HILDE DE RIDDER-SYMOENS, *Mobility*, in: DIES., *A History of the University in Europe*, vol. II, Cambridge 2003, 416–448;

MARGREET AHSMANN, *Collegium und Kolleg, Der juristische Unterricht an der Universität Leiden 1575–1630 unter besonderer Berücksichtigung der Dissertationen*, Frankfurt am Main 2000.

Staatskonsolidierung ganz auszuweichen. Die »Peregrinatio Academica« zeigt als frühe Europäisierung juristischen Wissenstransfers am Beispiel der

schwedischen/finnischen Studenten ihre sowohl kulturelle als auch staatspolitische Bedeutung. ■

Miloš Vec

Fashion Victims Everywhere?*

Montaigne hatte Vorbehalte gegenüber der Luxusgesetzgebung. In seinen *Essais* kritisierte er nicht nur die unmoralischen Untertanen, sondern gleichermaßen die unvollkommenen Produkte des Gesetzgebers. Die einen übertrieben es mit ihrem Aufwand, die anderen bekämpften ihn, allerdings kontraproduktiv: »Die Art und Weise, wie unsere Gesetze die törichten und eitlen Ausgaben für Tafel und Kleidung zu begrenzen suchen, dürfte ihrem Ziel zuwiderlaufen«, heißt es bei Montaigne (deutsche Übersetzung von 1998 durch Hans Stilett). In diesem oft zitierten Essai I, 43 »Des lois somptuaires« kamen Moralkritik und Gesetzgebungskritik zusammen. Als Beispiel für Luxus führt Montaigne übrigens vor mehr als 400 Jahren »das Recht, Steinbutt zu essen sowie Samt und Goldtressen zu tragen« an. Damit ist man gleich beim Titel des Sammelbandes: »The Right to Dress«. Auf dem geschmackvollen Buchcover sieht man ein prachtvoll gewandetes Paar, das ca. 1640–50 auf Fliesen gemalt wurde. Beider Stoffe sind voller Ornament. Während sie ihm eine Teeschale (?) reicht, hält er ihr ein schönes Tuch im symbolischen Austausch entgegen. Der originelle, globale Anspruch des Bandes wird hier offensichtlich mit einer außer-europäischen Illustration kostbarer Gaben geschmackvoll in Szene gesetzt. Umso bedauerlicher, dass das Bild selbst keine Würdigung durch historische Interpretation erfährt und die Herkunft nicht offengelegt wird.

Luxusgesetzgebung ist längst ein Klassiker verschiedener historischer Disziplinen geworden, und Kleidung hat immer eine zentrale Rolle dabei gespielt (demgegenüber weiß man weniger über

die Regelung von Speis und Trank). Kulturwissenschaften, Lokal- und Regionalgeschichte, Ethnologie, Religionsgeschichte, Geschlechtergeschichte, Sexualgeschichte, Textilgeschichte, Modegeschichte haben darüber geforscht, aber auch die Rechtsgeschichte. Denn die Verbote kleideten sich ihrerseits in aufwändige Gesetzesform mit überbordenden Präambeln. Die Rechtsvorschriften wurden erarbeitet, verhandelt, erlassen, bekannt gemacht – und gelegentlich sogar durchgesetzt. Für Italien lassen sich zwischen 1200 und 1500 mehr als 300 Aufwandsgesetze nachweisen, in den deutschen Territorien sollen es in der Frühen Neuzeit sogar 3.000–5.000 gewesen sein. Neu und verdienstvoll ist der Anspruch der beiden in Warwick bzw. Cambridge arbeitenden HerausgeberInnen Giorgio Riello und Ulinka Rublack, eine Übersicht über die Kleidungsgesetzgebung in globaler Perspektive zu bieten. Dass dabei das Potenzial wissenschaftlich nicht ausgeschöpft wird, liegt an der verpassten Chance, sich mit den intensiven rechtsgeschichtlichen Forschungen der vergangenen Jahre und Jahrzehnte auseinanderzusetzen.

Der Band eröffnet mit einer lesenswerten Einleitung worauf 18 Einzelstudien anschließen, die Kleidergesetzgebung in bestimmten politisch-geographischen Einheiten analysieren. Weil der Forschungsstand gerade in globaler Perspektive sehr ungleichmäßig ist, bleibt das Schwergewicht der Darstellung auf einigen europäischen Territorien. Italien nimmt mit drei Kapiteln besonders viel Platz ein und bekommt einen eigenen Abschnitt. Andere (west-)europäische Staaten werden jeweils in Einzelkapiteln behandelt; Ostmittel- und Ost-

* GIORGIO RIELLO, ULINKA RUBLACK (eds.), *The Right to Dress: Sumptuary Laws in a Global Perspective*, c. 1200–1800, Cambridge: Cambridge University Press 2019, 505 p., ISBN 978-1-108-47591-4

europa fehlen gänzlich, Russland gehört ein Beitrag. Das ist so viel wie ganz Afrika, vertreten durch den Aufsatz von Toby Green über Benin und Dahomey. Japan, China und das Osmanische Reich erhalten auch jeweils einen Beitrag. Dazwischen liegen fünf interessante Aufsätze über das Wirken der europäischen Imperien in Übersee; denn auch dort gab es das Regelungsfeld der Kleidergesetzgebung.

Global ist die Perspektive des Sammelbandes insofern, als das Regelungsfeld und die Regelungsinstrumente innerhalb einzelner Staaten untersucht werden, aber Staaten weltweit einbezogen sind. Es bleibt unklar, inwieweit die Kategorien »medieval and early modern« (4) globalgeschichtlich taugen. Ob es ein gemeinsames, transnationales Muster des Aufstiegs, der Intensivierung und schließlich des Vergehens von Kleidergesetzgebung gab, wird nicht wirklich untersucht und nicht systematisch verfolgt. Vergleiche sind aber in den insgesamt gut gelungenen Einzelbeiträgen immer wieder eingeflochten und wurden von den Herausgebern auf vorbereitenden Workshops systematisch gefördert. In der Gesamtschau zeigen sich immer wieder neue Konstellationen zwischen sozialen, politischen, ökonomischen, fiskalischen, rechtlichen, religiösen, konfessionellen und kulturellen Faktoren (2). Die Funktionszuschreibungen sind daher ähnlich, aber nicht identisch. In der Einleitung heißt es: »In Europe and elsewhere sumptuary laws could become a tool used by states to regulate manufacturing systems and moral economies via the medium of expenditure and consumption of not only clothing but also banquets, festivities and funerals« (4). Die allgegenwärtige Prämisse könnte demnach soziale Ungleichheit lauten. Die Zügelung innovativer oder hoffärtig imitierender Modelust belegt den Wunsch nach visueller Codierung und stabiler Differenzierung der Gesellschaft in ihren Kleidern. Universell scheint die Sehnsucht nach einer Lesbarkeit der Welt: Die Menschen sollen äußerlich scheinen, was sie auch in Wahrheit sind. Rang, Status, Geschlecht sollen an ihrer Kleidung ablesbar sein. Jedenfalls sollen sie nicht mehr darstellen, und sie sollen Kleiderpracht nicht übertreiben; denn es geht immer um das erlaubte Maximum. Nach Beispielen für einen vorgeschriebenen Mindestaufwand sucht man vergebens.

Die Verbote trafen in manchen Fällen die städtischen Eliten, wie man bei den Gerichtsverfahren in Padua (210–239) sehen kann. In anderen Fällen

wurden Indigene gemäßregelt, wie beispielsweise im kolonialen Lima des 17. Jahrhunderts mit seinem rassistischen, gegen indigene Männer gerichteten Verbot, Schwerter und andere Waffen zu tragen, während den indigenen Frauen Kleidung aus Wolle, Seide oder Spitze untersagt wurde (9, vgl. auch den Beitrag von Rebecca Earle, 325–345). Auch in Brasilien wurde Sklavinnen ab ca. 1700 untersagt, sich in Seide und Stickereien zu hüllen (30); ob es vorher wirklich erlaubt war? Frauen scheinen Kleidervorschriften überdurchschnittlich streng getroffen zu haben, siehe etwa die Klage des Antwerpener Jesuiten Adriaen Poirters, der sich über jene ereiferte, die ein kleines Kreuz zwischen ihren teilweise unbedeckten Brüsten trugen, denn »so hänge Christus zwischen zwei Mördern« (93). Fremden wurden manchmal Privilegien zuteil, die sie besserstellten als die eigenen Untertanen, wenn es um Fragen von zweifelhaften Accessoires (z. B. das Brusttuch), opulenten Textil-Materialien, ausländischer Warenherkunft, oder Verbote auffälliger Muster, Schnitte und Farben ging (32, 163). In anderen Fällen durfte man ihnen gerade nicht jene Kleidung verkaufen, die die Einheimischen tragen mussten (381). Schließlich gab es auch Fälle, in denen Kleidergesetzgebung auffälligerweise fehlte. So könnte es gewesen sein bei den indischen Moguln, im Iran der Safawiden, der niederländischen Republik und dem britischen, niederländischen und französischen kolonialen Amerika (19). Die Herausgeber vermuten, dass dort andere Formen von sozialer Kontrolle vorhanden und funktional äquivalent wirksam waren.

Bedauerlich ist, dass die jahrelangen rechtsgeschichtlichen Forschungen zur Policy- und Gesetzgebungsgeschichte praktisch unbeachtet bleiben (aber Fußnote 81 auf Seite 61). Denn hier hätte man Vergleichsmaßstäbe gewinnen können. Sie hätten die Normsetzung auf diesem besonderen Feld der Luxusverbote verständlicher gemacht, wenn man sie in allgemeine Regulierungstrends eingebettet hätte. Ganz zu schweigen davon, dass es auch vielfach spezielle, neuere Arbeiten zur Policygesetzgebung auf genau diesem Feld gibt. Ferner haben die Studien zu Policy und Policywissenschaft Phänomene sowohl der Normvermittlung als auch Normimplementation in einer Weise behandelt, die wichtige und hilfreiche Stichworte für die globale Erforschung der Kleidergesetzgebung hätten bieten können. So aber bleiben vereinzelte Beobachtungen zu einem lernenden Staat, der sich in Normsetzung autoritär engagiert,

Durchsetzung aber vielfach aushandeln muss oder gar auf Sanktionierung verzichtet, hinter dem dort erzielten Wissensstand zurück.¹

Im 19. Jahrhundert verschwindet die Luxusgesetzgebung in Europa wieder (10, 18, 32, 271, 290, 297). Wie so oft, ist auch hier das Verdämmern und Außer-Kraft-Setzen von Recht weitaus weniger gut erforscht als der vorausgehende Prozess von Normproduktion, Inkraftsetzung und Verrechtlichung.² Zu Recht weisen Riello und Rublack darauf hin, dass es aber nach wie vor fiskalische Steuerung und andere Maßnahmen mehr gibt, die Luxus regulieren und Aufwand drosseln (18). Nur gestreift werden Vorschriften, die bis heute in bestimmten Institutionen, Situationen oder Milieus Kleidung im engeren Sinne vorschreiben (18). Die Herausgeber vermuten, dass die Abschaffung bzw. der Rückgang der Kleidungsvorschriften maßgeblich durch den Aufstieg ökonomischer Überlegungen in sozial zunehmend mobil gewordenen Gesellschaften motiviert war. Darüber würde man gerne bei anderer Gelegenheit Genaueres wissen.

Montaigne selbst war übrigens ganz Traditionalist, berief sich in seinem Essai »Des lois somptuaires« auf Plato und sprach sich gegen Wandel aus. Wie auch bei den Gesetzen, bei denen es um wahre, ewige Geltung gehe, müsse man in der Kleidung Veränderung fürchten. »Bald dieses, bald jenes Urteil zu übernehmen, der jeweils letzten Mode hinterher zu laufen und deren Erfinder zu verehren; das führe zu Sittenverderbnis, und alle althergebrachten Institutionen würden der Geringschätzung und Verachtung preisgegeben«, referiert er Plato zustimmend. Montaigne glaubte, wenn die Könige anfangen würden, dem Aufwand zu entsagen, wären alle Wünsche im Volk nach Pracht in einem Monat erlahmt, »ohne Verordnung und ohne Edikt. Wir alle würden ihnen auf dem Fuß folgen«. Das mag als Analyse von Mode wie auch von wirksamen Luxusverboten etwas einfältig klingen. Aber was Einzelne zu ihrem Stil neigen lässt und Gesellschaften in ihrem Wandel antreibt, wissen oft auch deren klügste Denker nicht.



Caspar Ehlers

Predigen weltweit*

Der von einem Forschungsverbund um das Flagler College in St. Augustine, Florida, herausgegebene Sammelband vereinigt unter drei Sektionen insgesamt 19 Beiträge sowie eine Einleitung von Beverly Mayne Kienzle (Harvard University, xxi–xix) und ein die Sektionen zusammenfassendes Vorwort des Leiters dieser Gruppe, Timothy J. Johnson (Flagler College, 1–12). Der Band steht im Zusammenhang mit anderen zuvor veröffentlichten Tagungsbänden, die sich dem Thema der

christlichen Mission, nicht nur in Mittelamerika, widmeten.

Der erste Teil »New Worlds in this Life and the Next« geht das Thema der Predigt aus verschiedenen Perspektiven an: der anthropologischen (Laura Gaffuri, 15–27), der monastischen jüdisch-christlichen aus dem Kloster Admont (John D. Young, 28–42) und mehrfach der franziskanischen am Beispiel Bonaventuras (Benjamin P. Winter, 43–56), Bernardinos da Siena (Steven J. McMi-

1 MICHAEL STOLLEIS, Was bedeutet Normdurchsetzung bei Policyordnungen der Frühen Neuzeit?, in: FS Peter Landau, Paderborn 2000, 739–757.

2 MICHAEL STOLLEIS, Vom Verschwinden verbrauchten Rechts, in: Summa. FS Dieter Simon, Frankfurt am Main 2005, 539–558.

* TIMOTHY J. JOHNSON, KATHERINE WRISLEY SHELBY, JOHN D. YOUNG (eds.), *Preaching and New Worlds. Sermons as Mirrors of Realms Near and Far* (Routledge Studies in Medieval Religion and Culture 13), New York / London: Routledge 2019, 344 p., ISBN 978-0-367-66398-8

chael, 71–84) und italienischer Altäre der Renaissance in Franziskanerkirchen (Sama Mammadova, 85–97) sowie der Predigten des Dominikaners Vinzenz Ferrer über den Antichrist (Carolina M. Losada, 57–70). Der zweite, »New Identities in New Worlds«, wendet sich den Karmelitern (Ralf Lützelshwab, 101–119), den Dominikanerinnen (Carolyn Muessig am Beispiel der Predigten von Tommasina Fieschi, 120–134), der Leichenpredigt für den Bamberger Bischof Otto (Helmut Flachenecker, 135–150), den Übersetzungen der Predigten von Maurice de Sully in die Volkssprache (Beata Spieralska, 151–162), der Verwendung von Dantes Komödie in deutschen Predigten (Pietro Delcorino, 163–184) sowie der Imaginierung franziskanischer Missionare in italienischer Kunst und Predigt (Nirit Ben-Aryeh Bebbi, 185–197) zu. Schließlich ist der dritte Teil »Sermons, Missions, and New Worlds« gewidmet. Er bietet Studien zur visuellen Predigt in Russland (Marie Anne Polo de Beaulieu und Victoria Smirnova, 201–226), zum Neuen Jerusalem als Bild für die Neue Welt im Kreuzzug Iwans IV. (Valeria Kosyakowa, 227–242), den Predigten Stefan Jaworskis und Theophan Prokopowitschs (Sergei O. Zotov, 243–255), den Verbindungen zwischen alter und neuer Welt an Beispielen aus Italien und Kalifornien (Filippo Sedda, 256–266) bzw. den spanischen Franziskanern in der Neuen Welt (Francisco Lavier Rojo-Alique, 267–279), den Timucua im heutigen Florida (George Aaron Broadwell, 280–294) sowie der Feier franziskanischer Märtyrer in Amerika (Timothy J. Johnson, 295–311). Ein Index (313–321) beschließt den Band.

Alle Beitragenden haben ihre Studien mit einem ausführlichen Anmerkungsapparat versehen, sodass man zu jedem Einzelaspekt auf den aktuellen Forschungsstand gebracht wird. Da aber eine Zusammenfassung fehlt, bleibt es bei einem Kaleidoskop vertiefender Einzelstudien.

Timothy J. Johnson beschreibt jedoch in seinem Vorwort, bevor er die einzelnen Teile und die darin enthaltenen Beiträge zusammenfasst, die Intention des Bandes, nämlich zu erforschen, wie verschiedene Predigten die weitreichenden Anstrengungen offenlegen, die Neue Welt zu adaptieren, zu konfrontieren oder vorzusehen. Die »Neue Welt« sei dabei nicht auf die *Americas* bezogen, sondern schließe Europa bewusst mit ein.

Von besonderer Bedeutung für die rechtshistorische Forschung im weitesten Sinne sind die Transferprozesse und ihre Träger. Die Fragestellun-

gen des Bandes waren nicht auf das Recht bezogen, da aber Predigten zugleich die Übertragung von Normvorstellungen bedeutet, ist beispielsweise die Rolle der Orden der Dominikaner und Franziskaner in der Neuen Welt gut zu erkennen. Der Vergleich zwischen den Welten Amerikas und Osteuropas erweitert diese Sicht in fruchtbarer Weise. Laura Gaffuris Bemerkungen zu dem Themenfeld, wie in vormodernen Zeiten *the Other* wahrgenommen wurde und ob man etwa von einem »rassistischen Mittelalter« sprechen dürfe, sind deswegen für den Band relevant, weil sie anhand zahlreicher Forschungen zeigen kann, dass im Wesentlichen die Zugehörigkeit zum christlichen Glauben der Rahmen war – mit den bekannten sich verschärfenden Ausgrenzungen der jüdischen Gemeinden in Europa. Es sei eine Erscheinungsform der Frühneuzeit, dass weitere Ausgrenzungskriterien, wie etwa *blood-lines*, entstanden, was auch mit den sich erweiternden Horizonten der europäischen Gesellschaften verbunden gewesen sei, wie zuvor schon der Kontakt in die arabische Welt Einsicht, aber auch Abstoßung hervorgebracht hatte.

Der »Kontakt« zu den *infideles* fand bekanntlich verschiedene Ebenen und Ausdrucksformen, zwischen Kreuzzug und Zwangsbekehrung einerseits und wechselseitigen Begegnungen und friedlicher Mission andererseits. Im Benediktinerkloster Admont entstand im 12. Jahrhundert ohne direkten Kontakt zu Juden ein Predigttraktat gegen sie (John D. Young); die etwa zeitgleich verfasste Leichenpredigt auf den Bischof und Missionar in Pommern, Otto von Bamberg, verglich dessen *vita activa* mit der *vita contemplativa* zugunsten der erstgenannten, die Mission einschließenden Lebensform (Helmut Flachenecker).

Die praktische Anwendung des aktiven Lebens demonstrieren die zumeist personenbezogenen zahlreichen Einzelstudien des Sammelbandes. Von der Verkündigung durch Visualisierung im Russland des 17. Jahrhunderts (Marie Anne Polo de Beaulieu und Victoria Smirnova) oder dem pro-katholischen versus pro-protestantischen Richtungstreit in der russisch-orthodoxen Kirche in der Zeit Peters des Großen (Sergei O. Zotov) ist ebenso die Rede wie von der Übertragung christlicher Texte aus dem Lateinischen in die altfranzösische Volkssprache (Beata Spieralska) oder der Übertragung ehrender Anreden in die Timucua genannte Sprache der Indigenen in Nord-Florida und Süd-Georgia (George Aaron Broadwell).

Gerade diese weite Themenwahl ist ein hervorzuhebendes Verdienst des Sammelbandes. Wer spezielle zeit- und raumbezogene Interessen an der Missionsgeschichte hat oder etwas über die »Dritte

Hand Jesu« erfahren will, ist hier bestens bedient und kann aus den individuellen Beiträgen und ihren Referenzen großen Gewinn ziehen. ■

Manuel Bastias Saavedra

Conocimiento indígena y derecho en el México colonial*

Dos libros hermosos, es quizá lo primero que se puede decir después de leer y estudiar las páginas de los textos reseñados aquí. Los libros *Trail of Footprints* de Alex Hidalgo y *Mapping Indigenous Land* de Ana Pulido Rull contienen tantas reproducciones y detalles (en blanco y negro y en color) de mapas creados por artistas indígenas en Nueva España entre los siglos XVI y XVIII que el lector puede dedicar una buena cantidad de tiempo simplemente a contemplar las diversas imágenes. Pero son los estudios detallados sobre los mapas, sus condiciones de producción y su uso en la solicitud de mercedes de tierras lo que distingue a estos libros de otros que tratan de cómo indígenas y españoles disputaron y negociaron el acceso a la tierra en la América colonial. En cuanto combina la historia rural, social y jurídica con la historia del arte, dedicando tiempo a analizar el estilo, las líneas, las paletas de colores, el uso de sombras y perspectiva, el análisis de Pulido Rull resulta particularmente novedoso y demuestra que la historia del derecho puede avanzar mucho en este tipo de estudios interdisciplinarios.

El foco en mapas indígenas pone de relieve cómo un medio de conocimiento indígena prehispánico persistió hacia el periodo colonial, cómo se transformó, y cómo influyó en configurar tanto la representación del derecho como del espacio en el México colonial. Este es el gran acierto de estudiar la regulación de la tierra y del espacio privilegiando la tradición pictórica nativa por sobre los documentos producidos por el escribano – una posibi-

lidad casi única que se presenta en el contexto de Nueva España, quizá uno de los únicos lugares del Imperio español donde mapas de tierras producidos por indígenas fueron usados tan profusamente en procesos judiciales. 334 de estos mapas indígenas, que pertenecen al Archivo General de la Nación de México, forman parte del programa Memoria del Mundo de la UNESCO.

Ambos libros dejan claro que la producción y el uso de mapas formaba parte de las prácticas y conocimientos culturales del mundo Mesoamericano. Los mapas formaban parte de una tradición pictórica prehispánica que, junto con códices, manuscritos y lienzos, «usaban imágenes para registrar y preservar diversos tipos de conocimiento – histórico, genealógico y geográfico» (Pulido Rull, 66). Pero además de medios de registro y transmisión de conocimiento, la producción de los mapas se basaba en conocimientos asociados tanto con la preparación de materiales para su confección como con las convenciones que los dotaban de sentido. La preparación de los materiales que se usaban en la confección de los mapas – la tinta, el papel, el pegamento para unir diversos pliegos – se basaba en conocimientos y técnicas del periodo prehispánico (esp. Hidalgo, cap. 3; Pulido Rull, 55–56). Asimismo, las convenciones pictóricas – el uso de glifos; la manera correcta de representar caminos, cuerpos de agua, cerros, árboles; el uso de logogramas para representar topónimos; el uso de colores específicos – eran un medio de transmisión de conocimiento común al mundo Mesoamerica-

* ALEX HIDALGO, *Trail of Footprints. A History of Indigenous Maps from Viceregal Mexico*, Austin: University of Texas Press 2019, 166 p., ISBN 978-1-4773-1751-8

ANA PULIDO RULL, *Mapping Indigenous Land. Native Land Grants in Colonial New Spain*, Norman: University of Oklahoma Press 2020, 258 p., ISBN 978-0-8061-6496-0

no (Pulido Rull, 50–57; Hidalgo, cap. 2–3). El uso continuo de los mapas a lo largo del periodo colonial reflejó cambios y continuidades en estas prácticas y conocimientos: la transformación de la función de los mapas, el uso corriente de papel europeo, y el reemplazo de algunos elementos pictóricos, siendo quizá el más evidente la aparición de iglesias para representar centros urbanos.

La historia de los mapas indígenas también nos recuerda constantemente la trágica pérdida de conocimiento nativo que significó la conquista de México. El uso de pinturas e imágenes no sólo sirvió para registrar historias y genealogías, sino que servía de registro «judicial» de litigios en el mundo azteca. Sin embargo, ninguno de estos registros de procesos administrativos, civiles o criminales prehispánicos sobrevivió a la conquista de México (Pulido Rull, 44–47). ¿Cómo se escribiría la historia del derecho latinoamericano si se hubiesen conservado semejantes archivos? Estos vacíos siguen generándose, aún hoy, como lo revela la reproducción del mapa de *Nuestra Madre del Rosario* (c. 1750, 120 x 61 cm) en *Trail of Footprints*, donde se indica que «Este mapa desapareció en 2008» (Hidalgo, 85). La yuxtaposición de tener el mapa a la vista y la nota sobre su desaparición permite dimensionar la magnitud de las pérdidas de conocimiento generadas por la conquista. El escándalo que significa la pérdida de *un* mapa más que justifica usar el concepto de genocidio cultural para describir la extinción de todo un repositorio de memoria social.

En cuanto al uso de los mapas de tierras en la administración de la justicia, si bien Hidalgo hace una selección de mapas enfocado en la región de Oaxaca y Pulido Rull se enfoca en un corpus más pequeño restringido a mercedes de tierra (aunque el criterio de la selección no queda del todo claro), ambos libros abordan las fuentes de forma similar, estudiando los mapas dentro de los procedimientos jurídicos para los cuales fueron producidos. En este sentido, es evidente que los mapas jugaron un rol importante dentro de la solicitud de mercedes y en la resolución de conflictos sobre el acceso a la tierra entre españoles e indígenas y, por ello, de modo más general fueron un instrumento importante en procedimientos judiciales en Nueva España.

Sin embargo, aun cuando ambos autores dan por sobreentendido que los mapas constituían pruebas (*evidence*) para reforzar la posición de una

de las partes, no queda del todo demostrado que esta fuese su única función. Si bien en algunos de los casos discutidos en las obras una de las partes usaba un mapa como instrumento de prueba, en otros eran los mismos magistrados quienes, una vez finalizados los procedimientos, encargaban la producción de «una pintura» (Pulido Rull, 44). En un caso, presentado por Pulido Rull (59), el *corregidor* comisionó una pintura «de las dichas tierras», una vez que se concluyó el examen de los testigos, la cual se hizo «en su presencia y mientras [aún] se encontraba en las dichas tierras». ¿Cuál es la función del mapa en estos casos? Un análisis más fino de estas diferencias procesales en el uso y en las funciones diversas que tenían los mapas de tierras, ayudarían a entender mejor por qué este tipo de recurso pictórico se volvió tan común en la administración de la justicia en el México colonial.

Antes de concluir, vale la pena llamar la atención a algunos anacronismos usados por los autores que en alguna medida sugieren una imagen del derecho que no era propia del mundo colonial. Así, la distancia entre leyes escritas y su «aplicación» (Pulido Rull, 4) debiera ser atenuada por una lectura casuística y localizada del derecho; la imagen de «burócratas» coloniales (Hidalgo, 6) debiera ceder a la idea de oficios y jurisdicciones; y la caracterización de las *mercedes* como un «land grant program» (Pulido Rull, 15, 79, 114) – que sugiere la idea de políticas sociales – debiera reemplazarse por un análisis en términos de la economía de la gracia.

Con todo, éstos terminan siendo detalles que no restan en un balance final. Si vemos estos libros como dos investigaciones que intentan resaltar un medio de conocimiento indígena dentro de la administración de la justicia en el México colonial, como lo fueron los mapas de tierras, es indudable su valor para el estudio del derecho en América colonial. El material de base es precioso – en el sentido más amplio de la palabra – y los estudios aquí reseñados abren una veta documental interesante para profundizar la manera en que el derecho en América no fue simplemente el resultado de un proceso europeización, sino que fue co-constituido sobre la base de una profunda tradición de conocimiento indígena.



Gilberto Guerra Pedrosa

Eine Normativität des Imperiums und eine andere des Marktes am Río de la Plata?*

Die Monopolstellung des iberischen Transatlantikhandels mit Edelmetallen im 17. Jahrhundert ist Historikern gut bekannt. Sie wird aber oft aus einer imperialen historischen Perspektive missverstanden, wenn sie die Vielfalt der Regime vernachlässigt, die im Atlantik regional vernetzt waren und auf lokaler Ebene funktionierten.

David Freeman (Professor an der Universität von Missouri-Kansas City) untersucht die widersprüchlichen Interessen lokaler Eliten, Kaufleute und verschiedener europäischer Mächte rund um Handel und Transport von Silber im iberischen Atlantik. Er entwirft eine sehr überzeugende Argumentation zu den sozialen Beziehungen zwischen Handelsrecht und politischer Marktwirtschaft in Bezug auf den dynamischen Raum des Río de la Plata-Flussbeckens. Statt auf Kolonialverwaltungen oder -gesellschaften konzentriert sich seine Studie auf Beamte vor Ort und private Händler, die einen anderen, genaueren Blick auf die flexiblen Möglichkeiten kolonialen Regierens jenseits nationaler Interessen ermöglichen. Es werden die Grenzen der Implementierung von Gesetzgebung und königlichen Dekreten aufgezeigt, die niederländischen Kaufleuten in der Habsburgermonarchie Handel und Schifffahrt untersagten. Eine Fokussierung auf interimperiale Streitigkeiten zwischen Spaniern und Niederländern kann nach Ansicht des Autors unerwartete Ereignisse verbergen, wie z. B. indirekte Handelskooperationen, die mit Einverständnis lokaler Behörden erfolgten, welche nicht von einem nationalen Imperium gesteuert wurden. Anders ausgedrückt: »Dutch merchants not only provided trading opportunities to their Spanish American partners, but also accessed the silver they needed to trade with the Baltic, the Levant, and the Far East, their Silver World.« (8). Der Autor stellt detailliert dar, wie breit der normative Bereich war, der für lokale Notwendigkeiten und Interessen im Zusammenhang mit dem

Silberhandel in der entstehenden Region von Buenos Aires bereitstand. Dieser war auch Ergebnis einer Abfolge von abrupten historischen Ereignissen, die die verflochtene Geschichte des frühneuzeitlichen iberischen Atlantiks beeinflussten. Kurzum, die einzelnen Handelsrouten und illegalen Transaktionen zwischen Schiffen mit exotischen Namen, die in den niederländischen Seehandel involviert waren, offenbarten eine Reihe weiterer kleiner wirtschaftlicher Transaktionen, welche normalerweise bei der – eher aus der Vogelperspektive erfolgenden – Suche nach der normativen Wirksamkeit von Entscheidungen, die von den europäischen imperialen Zentren ausgingen, nicht beachtet werden.

David Freeman nimmt das vom Historiker der frühneuzeitlichen Imperien J. H. Elliott entwickelte historische Konzept der »zusammengesetzten Monarchie« ernst und setzt es in Beziehung zu einem vielschichtigen Geflecht gesellschaftlicher Institutionen zwischen Monarchen, Grundherren und lokalen Eliten in einem gemeinsamen sozialen Umfeld wirtschaftlicher Akteure. Diese historische Interpretation, die den schöpferischen Charakter solcher Imperien hervorhob, kritisierten in letzter Zeit politische Historiker der iberischen Halbinsel, besonders mit Blick auf das 16. und 17. Jahrhundert. Darüber hinaus könnte das Modell der Zentrum-Peripherie-Beziehungen zwischen den imperialen Herrschaftsbereichen der europäischen Zentralmacht und ihren überseeischen Kolonien vereinfacht werden, indem man beide Räume als rechtlich-politisches (Epi-)Phänomen betrachtet. Viele dieser Kritiker wiederholen allerdings die angeprangerten Fehler, indem sie sich nur auf ein Imperium (z. B. das spanische, portugiesische, englische, holländische, französische) oder auf eindimensionale Dynamiken (nur Sklavenhandel, nur Gewürzhandel, nur juristische Aspekte) beziehen. Freeman versucht, diese Fallstricke zu vermeiden,

* DAVID FREEMAN, *A Silver River in a Silver World: Dutch Trade in the Río de la Plata, 1648–1678*, Cambridge: Cambridge University Press 2020, 222 p., ISBN 978-1-108-41749-5

indem er sich erstens zunächst auf die weitverbreitete Gier nach Silber konzentriert, einer zu jener Zeit sehr wertvollen Ware und Grundlage des Weltwirtschaftssystems, von Iberoamerika über die Habsburger Monarchen bis zur chinesischen Han-Ming-Dynastie. Zweitens wählt er einen dezentralen Forschungsgegenstand außerhalb des Rahmens einer starken Einflussphäre Madrids: das niederländische Handelsnetz im Atlantik. Und drittens kombiniert der Autor die Erkenntnisse der vielsprachigen Historiographie mit einer Analyse archivalischer Quellen aus Spanien, England, Frankreich, Argentinien und den Niederlanden.

Der aus rechtshistorischer Sicht bemerkenswerteste Aspekt des Buches ist die Neubetrachtung der institutionellen Herausforderungen in den Atlantikhäfen und ihrer möglichen rechtlichen Rahmenbedingungen. Das Buch zeigt, wie die historischen Akteure des Río de la Plata-Beckens auf Ereignisse wie den Waffenstillstand zwischen Spanien und Niederländern, den Westfälischen Frieden sowie die portugiesische Restauration und die darauf folgenden Handelsembargos reagierten. Es wird auch verdeutlicht, wie holländische Kaufleute die Institutionen der Seekontrolle manipulierten, um ihre Schiffe in die Flussmündungen bringen zu können, da das System der Galeonen und spanischen Flotten dorthin nicht vordrang. Anhand einer Sammlung verschiedener, zum Teil detailliert recherchierter Fälle, von Eigentumsbeschwerden bis hin zu einzelnen Petitionen in den Notariaten von Buenos Aires, veranschaulicht der Autor sehr gut die zeitgenössischen Vorgänge bezüglich der Kontrolle und Entladung von Waren sowie der Überwachung der Seewege zwischen den Häfen beim Transport von Sklaven, Waren im Allgemeinen und wertvollen Mineralien wie Silber. Fälle von Betrug, Bestechung, Verkehrsstrategien, klandestinen Transporten von Kaufleuten, sogar Hinweise auf Orte, an denen Seefahrer gefälschte Dokumente erhalten konnten, werden anhand des Systems der *navíos de registro*, *arribadas*, *avisos* und *situados* aufgezeigt. Andere Institutionen, die eher auf dem Land als auf dem Meer verwurzelt waren, wie die *juicios de residencia*, die neben den *cabildos* bestanden, werden als wertvolle Mechanismen zur lokalen Informationsbeschaffung durch die Gouverneure sowie als Berufungskanal zur spanischen Krone beschrieben (59; 182–185).

Allerdings zeigt das Buch leider auch, wie schwierig es für den Historiker ist, in die behan-

delte Materie einzutauchen, um die Möglichkeit von Normen in der Frühen Neuzeit zu begreifen. Man gewinnt den Eindruck, dass Recht und Wirtschaft von zwei antagonistischen Normativitätsregimen beherrscht werden, von denen das erste immer auf dem Wiederaufleben von Traditionen und das zweite immer auf deren Überwindung beruht. All die geopolitischen Details von Verträgen, Kriegen und politischen Restaurationen zwischen den europäischen Machtzentren und ihre lokalen Auswirkungen, die Haltungen der juristisch-politischen und merkantilen Institutionen zwischen königlicher Politik und den lokalen Entscheidungen der *cabildos* und Gouverneure – all das scheint zuweilen als einfache Konsolidierung der Normalität zu funktionieren. In vielen Fällen scheint Freeman anzunehmen, dass die wirtschaftlich orientierten Individuen – meist Niederländer – diesen institutionellen Arrangements völlig entfremdet waren. Da die Niederländer in erster Linie als Personen dargestellt werden, die vor allem ein ausgeprägtes Gespür für Marktoperationen im Atlantik auszeichnete, konnten sie leicht manipulative Strategien einbauen. Und wenn der Autor im Verlauf des Textes versucht, diese Vereinfachung der Entscheidungsfindung historischer Akteure zu widerlegen, werden Normen zwar relevant, aber zu einem sekundären instrumentellen Wissen, dessen primäre Funktion es wäre, die Risiken von Nutzen und Notwendigkeit zu optimieren.

Trotz der Unterschiede zwischen der Art und Weise, wie die historischen Akteure ihre eigene Periode wahrnahmen und wie die soziale Realität derselben Periode selbst funktionierte, ist es wertvoll, nach den Grundlagen der Beziehungen zwischen den Semantiken und Strukturen der Frühen Neuzeit zu suchen. Das Phänomen sozialer Normen wird vor allem an den Schnittpunkten von Faktizität und Geltung greifbar, die die Vorstellung des Autors von geregelterm und ungeregeltem »*contrabando*« problematisieren. Im Gegensatz zu dem, was der Autor vorschlägt, dürfte zwischen regulierten und unregulierten Praktiken das Wirken anderer Sätze oder Formen von Normativitäten existieren. Über solche transversalen Aspekte von Idealen und Praktiken gibt es eine reichhaltige Literatur aus dem Bereich der moralischen Ökonomie in der frühen Neuzeit, auch über das theologische Verständnis von Verträgen, die in diesem Buch völlig außer Acht gelassen werden. Hier ist auf einige, Lucien Febvre folgende, wertvolle Beiträge unter anderem von Jacques Le Goff, Pier

Giuseppe Pesce, Christoph Bergfeld, Bartolomé Clavero, Wim Decock, Carlos Petit sowie einige Schriften von António M. Hespanha zu verweisen. All diese obligatorischen rechtsgeschichtlichen Referenzen, die in der angloamerikanischen akademischen Welt oftmals leider nicht zur Kenntnis genommen werden, verweisen unter anderem auf die Facetten religiöser Normativitäten im frühneuzeitlichen Europa und Übersee sowie auf deren Zusammenwirken mit katholischen monarchischen Politiken, Vertragspraktiken, kommerziellen wie kriegführenden Allianzen und lokalen Verhandlungsprozessen.

Die Überschneidungen zwischen säkularen und spirituellen normativen Fragen sind auch von Historikern der Niederländischen Westindien-Kompanie in der atlantischen Welt hervorgehoben worden, wie die neuere Arbeit von D.L. Noorlander (*Heaven's Wrath: The Protestant Reformation and the Dutch West India Company in the Atlantic World*, 2019) zeigt. Dagegen enthält Freemans Konzeption, die sich als rechtlich-politisch gerahmte Dichotomie plus Rational-Choice-Verständnis der meist niederländischen Akteure verstehen lässt, einen Widerspruch zu dem von ihm

selbst gewählten historischen Rahmen der zusammengesetzten Monarchien. Er übersieht, dass J. H. Elliotts entsprechendes Modell par excellence auf einem kondensierten multinormativen Wissen fußt, das die Verständnisse von Stadt Gottes und Stadt der Menschheit inmitten einer Pluralität von Bekenntnissen und normativen Praktiken bei der Entstehung der atlantischen Welt verschmilzt und vermischt. Der Kern von Elliotts These kann als das Ergebnis eines administrativen Lernprozesses zwischen der habsburgischen Monarchie und den kirchlichen Organisationen interpretiert werden, was die Formen der Angliederung neuer Territorien und die Regelung der Autoritätsbeziehungen zu den anderen Entitäten (zwischen zwei oder mehreren Diözesen, aber auch bezogen auf neue Territorien der Krone sowie ihren *fueros* und lokalen Entscheidungspraktiken) betrifft, die dem Prinzip des *aeque principaliter* folgten. Daher offenbart David Freeman trotz seiner hervorragenden Archivarbeit und der Heranziehung mehrsprachiger Quellen in dieser Hinsicht einen inneren Widerspruch zu seinem Gesamtbild.



Bruno Lima

Raça, escravidão e liberdade na história do direito*

Becoming Free, Becoming Black: Race, Freedom and Law in Cuba, Virginia, and Louisiana é um livro que veio para ficar. Escrito a quatro mãos, em notável esforço cooperativo, Alejandro de la Fuente e Ariela J. Gross apresentam uma síntese histórica de quatro séculos, alicerçada em um volume assombroso de fontes primárias, argumentando como se deu a construção da raça enquanto categoria jurídica de diferenciação social em três socie-

dades escravocratas do mundo Atlântico. Subvertendo o usual e esquemático modelo comparativo restrito ao exame semântico de normatividades entre jurisdições distintas, de la Fuente e Gross tomaram outro caminho para escrever uma história do direito comparada da escravidão e da liberdade nas Américas. Os autores optaram, em suma, pela leitura criativa da imensa e multilíngue documentação legal e administrativa colhida em arqui-

* ALEJANDRO DE LA FUENTE, ARIELA J. GROSS, *Becoming Free, Becoming Black: Race, Freedom, and Law in Cuba, Virginia, and Louisiana*, Cambridge / New York: Cambridge University Press 2020, 295 p., ISBN 978-1-108-48064-2

vos de Cuba, Espanha e dos Estados Unidos para contar a história do direito, da raça e da liberdade nas três jurisdições analisadas. São os núcleos dos conflitos em primeiro grau, portanto, e não legislações e regulamentos isolados, o *locus* por excelência do complexo jogo de forças de criação de direitos e regimes raciais nas Américas. O resultado da obra é admirável: uma história do direito a partir dos subalternos que não descuida, contudo, da explicação de mudanças estruturais em longa duração, desde a colonização das Américas, no início do século XVI, atravessando a Era das Revoluções, até chegar na conturbada década que assistiu a Guerra Civil dos Estados Unidos.

O livro é dividido em cinco capítulos, que, para além das temporalidades inerentes a cada um, cobrem três grandes faixas temporais: de 1500 a 1750 (capítulos 1 e 2); de 1760 a 1830 (capítulos 3 e 4); e, finalmente, de 1830 até a turbulenta década de 1860 (capítulo 5). O primeiro capítulo é dedicado às bases da racialização no direito no Antigo Regime espanhol, francês e inglês nas colônias de Cuba, Louisiana e Virgínia. De la Fuente e Gross demonstram como o repertório de ideias raciais presente em cada uma das tradições jurídicas envolvidas na colonização informou as autoridades locais a policiar e regular trânsitos, espaços e fronteiras de pessoas não só conforme o seu respectivo estatuto jurídico, mas especialmente conforme o seu marcador racial e pertencimento ancestral. Nesse sentido, os autores destacam como autoridades cubanas utilizaram o conteúdo normativo de posturas policiais de cidades europeias, e.g., Sevilha e Lisboa, para restringir mobilidades em razão da cor da pele; o conceito de limpeza de sangue para segregar racialmente as hierarquias coloniais; e o repertório das *Siete Partidas* como fontes para a construção do racismo. Tudo isso expressava uma empresa colonial que associava branquitude (*whiteness*) com direitos e privilégios e negritude (*blackness*) com escravidão. Na Louisiana, as regulações raciais tomaram de empréstimo experiências normativas de outras jurisdições do império francês, sobretudo das Antilhas francesas, que culminariam no *Code Noir* de 1724, estrangulando pretensões de liberdade, casamentos interraciais, além de coerção racialmente orientada. Na Virgínia, ainda que sem tradição jurídica ibérica ou francesa, os autores notaram como a elite escravocrata local astuciosamente incorporou ao seu repertório colonial inglês escravista o princípio do *partus sequitur ventrem* como meio de vincular

e transmitir o status de escravizado baseado na ascendência africana.

No segundo capítulo, os autores exploram as múltiplas possibilidades de se obter alforria e em se reconhecer o casamento inter-racial no período pré-revolucionário. Embora nesse particular o caso cubano destoasse um pouco mais das colônias que viriam a formar os Estados Unidos da América, paradoxalmente, ele passaria a influenciar as expectativas de liberdade – e o medo senhorial – nas regiões vizinhas. Se em Cuba havia chances de se alcançar a alforria mediante pagamento, por verba testamentária, coação e liberalidade de terceiros, entre outras formas, além de haver certa permissibilidade senhorial quanto a casamentos que cruzassem fronteiras de marcadores raciais, o cenário era bastante diferente tanto na Louisiana quanto na Virgínia. Nestas jurisdições, os legisladores locais repetidas vezes restringiram eventuais entendimentos que viessem a resultar em alforrias ou casamentos entre pessoas de linhas raciais distintas.

No terceiro capítulo, de la Fuente e Gross oferecem um excelente quadro sobre como as demandas de liberdade, notadamente as alforrias, tomaram as cortes e os juízos nas agitadas décadas revolucionárias. Ao passo em que comunidades de libertos negros se tornavam significativamente maiores, sobretudo em Havana e Nova Orleans, escravizados negros e pardos acuradamente compreenderam o instável momento político, que eventualmente poderia resultar no colapso da escravidão, e pressionaram as instâncias legais por liberdade e direitos. A relação entre população negra liberta e escravizados que requeriam sua liberdade seria explosiva e instigaria uma espécie de aceleração histórica de um processo coletivo de mudança de estatuto civil. De la Fuente e Gross ainda sublinham a emergência de argumentos jurídicos que os escravizados passariam a lançar mão em suas demandas por liberdade. Até mesmo no bastião escravocrata que era a ex-colônia, agora estado, da Virgínia, ecos revolucionários deram novo impulso à ação dos subalternos. De posse de um sofisticado conhecimento normativo, escravizados arguíam que possuíam ancestralidade indígena, e não africana, de modo que deveriam ser considerados livres nos termos de lei que proibia a escravização de índios. Em Cuba, formas seculares de aquisição ou reconhecimento de liberdade foram reforçadas com novos instrumentos legais, sendo cada vez mais comum a figura do curador como auxiliar da justiça, além do estabelecimento

da coartação como praxe respeitada nos juízos. Na Louisiana, que começara a Era das Revoluções recém saída do domínio francês, sendo então regida pelo império espanhol, para depois ser incorporada como um dos estados republicanos membros dos Estados Unidos da América, o turbilhão revolucionário também impactou – e foi alimentado por – ações de escravizados, que criativamente amalgamavam expertises libertárias de diferentes repertórios normativos.

No capítulo quarto, os autores enfocam a reação das elites escravocratas às avenidas de liberdade abertas nas décadas anteriores. No estado da Louisiana, surgiram restrições legais de acesso a alforrias. Na Virgínia, reformas escravistas ocuparam o processo legislativo local, chegando ao ponto de a constituição estadual retirar a força normativa de alforrias outorgadas se os ex-escravizados permanecessem no território do mesmo estado. Em Cuba, por sua vez, autoridades da colônia discutiam abertamente meios coercitivos para reprimir as comunidades de negros livres ou libertos. No quinto e último capítulo, de la Fuente e Gross detalham o projeto de construção de regimes raciais mediados pelo direito. Em Cuba, por exemplo, a segregação racial podia ser vista no acesso à terra e à educação. Na Louisiana e na Virgínia dos anos que antecederam a Guerra Civil, diversas normatividades foram efetivadas no sentido de segregar a vida social de negros – independentemente de seu estatuto civil. Severas limitações ao acesso à educação, à formação de comunidades religiosas e à constituição de patrimônio foram tomadas pelas suas respectivas elites escravocratas.

De la Fuente e Gross apresentam distintas regulamentações racialmente orientadas que vinculavam tacitamente o negro à escravidão e o branco à cidadania. Aos primeiros, relacionavam o estigma

da escravidão à cor negra de suas peles; quanto aos segundos, em sinal perversamente invertido, era a cor branca de suas peles o que os qualificava para o exercício da vida civil. Sem perder de vista as singularidades de cada sociedade, o que se nota quando os autores apontam com clareza a fluidez dos marcadores raciais de Cuba, de la Fuente e Gross também reforçam em muitas passagens a ideia central do livro: a de que são as leis da liberdade – e não as da escravidão – as que expressam tanto a complexidade de um processo conflituoso de criação e transformação de direitos, quanto a construção de regimes jurídicos racializados. Nisso reside outro grande mérito do livro, qual seja, revisar a dicotomia entre escravo e cidadão, conhecida tese de Frank Tannenbaum, propondo e sustentando a variável da raça não como algo secundário, mas senão como um fator constituinte do direito e dos estatutos jurídicos individuais no Antigo Regime e na Modernidade.

Becoming Free, Becoming Black certamente se firma como leitura obrigatória para estudiosos da história do direito e da história social da escravidão nas Américas. A sólida pesquisa em fontes primárias, aliada a um argumento original, entre outras qualidades, fazem do livro uma referência de excelência ao debate historiográfico sobre racismo e direito – tanto no passado quanto no presente. Paradoxalmente, contudo, como aliás um grande livro costuma sinalizar ao futuro, *Becoming Free, Becoming Black* também provoca os leitores para os limites metodológicos da chamada *social history from below*, tema que certamente ocupará a agenda dessa e da próxima geração de historiadores da escravidão e da liberdade no mundo Atlântico.



Alain El Youssef

Trazendo o Estado de volta à América Latina?*

A publicação de *El tribunal de la soberanía* é, certamente, uma importante contribuição para o entendimento do processo de formação dos Estados nacionais na América Latina. Organizada por Marta Irurozqui, a coletânea busca combater a imagem largamente difundida de que teria havido uma »omnipotencia del Ejecutivo« (18) na conformação das principais repúblicas da região ao longo do século XIX. Os textos que compõem o livro procuram, dessa forma, reforçar que os congressos nacionais dos países latino americanos se constituíram em »un actor político medular« (15), especialmente no que diz respeito a »la comprensión y el ejercicio públicos de la soberanía popular« (11).

Para tanto, o livro está dividido em oito capítulos, que abordam de forma mais ou menos cronológica a atuação parlamentar em importantes episódios que marcaram a formação dos principais Estados nacionais oriundos da desagregação da América espanhola. No primeiro capítulo, Laura Martínez Renau analisa o Congresso Cisplatino de 1821 e suas implicações para a incorporação da Banda Oriental ao Império do Brasil. No segundo, Elvira López Taverne mergulha no Poder Legislativo para avaliar seu papel no cenário turbulento que marcou as primeiras décadas do Estado chileno. Em seguida, Nely Noemí García Corona recorre à prosopografia para refletir sobre o papel dos clérigos no Congresso do estado de Michoacán durante as crises políticas da Primeira República federal mexicana. No capítulo mais extenso da obra, Inés Quintero e Rogelio Altez se debruçam sobre os debates parlamentares que levaram à dissolução da unidade colombiana, de modo a verificar os princípios sobre os quais a República da Venezuela foi fundada em 1830. Na sequência, o livro retoma a discussão sobre o México com um texto de Marco Antonio Landavazo que aborda as concepções de soberania em confronto durante os momentos críticos que marcaram a fundação da república federal no país. No sexto capítulo, a organizadora

da coletânea toma o caso das eleições de 1840 para repensar o papel do Legislativo na construção de uma determinada visão de legalidade eleitoral na Bolívia do século XIX. Na sequência, Víctor Peralta Ruiz analisa as disputas travadas de 1855 a 1860 entre o Executivo e o Legislativo peruanos pelo protagonismo político dentro da nova conformação nacional. E fechando a obra, Flavia Macías e María José Navajas avaliam as estratégias utilizadas por deputados e senadores argentinos no biênio 1892–1893 para salvaguardar as garantias constitucionais e a autonomia das províncias que haviam sofrido intervenção do Executivo.

Em seu conjunto, os artigos que compõem a coletânea são muito bem sucedidos em demonstrar a centralidade do Poder Legislativo para a história política latino americana do século XIX. Por estarem geralmente concentrados em disputas e conflitos travados entre o Executivo e o Legislativo de cada país – notadamente, Banda Oriental (futuro Uruguai), Chile, México, Venezuela, Bolívia, Peru e Argentina –, os textos deixam evidente a existência de um fenômeno mais amplo que percorreu o processo de formação das unidades políticas da região: o papel fundamental dos congressos, especialmente nos momentos de crise, para a conformação dos arranjos institucionais dos Estados na América Latina.

No entanto, a principal contribuição do livro carrega consigo aquelas que podem ser consideradas suas principais fragilidades. Como bem destacou Marta Irurozqui na introdução, os congressos latino-americanos do século XIX constituíam »espacios dinámicos de comunicación de lo político y lo público«, na medida em que os debates transcorridos dentro de seus recintos se alastravam pela »prensa« e pelas »tertúlias en la calle, locales o salones« (16). Esse reconhecimento de que o Poder Legislativo possuía uma dimensão que transcendia a dinâmica institucional, abarcando os espaços públicos formados durante os processos de inde-

* MARTA IRUROZQUI (coord.), *El tribunal de la soberanía: el poder legislativo en la conformación de los Estados: América Latina, siglo XIX*, Madrid: Marcial Pons, 2020, 264 p., ISBN 978-84-9123-747-1

pendência na região, seria digno de nota, não fosse o fato de que a coletânea, como um todo, não concretiza essa premissa. A maioria dos textos que compõem a obra – exceção feita aos capítulos de Inés Quintero e Rogelio Altez, sobre a Venezuela, e de Marta Irurozqui, sobre a Bolívia, que se valem da imprensa como uma variável importante para o desenvolvimento da política parlamentar nos referidos países – pouco ou nada leva em conta os espaços extraparlamentares que influíram direta e indiretamente para o funcionamento dos congressos nacionais.

Isso, na realidade, faz parte de um problema maior que acompanha o enquadramento adotado em *El tribunal de la soberanía*. É notório que os textos da coletânea muitas vezes isolam o mundo da política – e por consequência, do próprio Estado – das outras variáveis históricas que permearam as disputas políticas nas jurisdições em questão. Se, por um lado, os textos trazem referências ao papel de grupos sociais diversos (especialmente, eclesiásticos e militares) para a delimitação das agendas dos congressos nacionais, o mesmo não pode ser dito sobre a economia, levada em consideração somente no capítulo de Elvira López Taverne sobre o Chile. Tal opção vai na contramão daquilo que diversos autores vêm apontando nas últimas décadas: a inserção das nações latino-americanas na economia-mundo capitalista foi um elemento central dos processos de formação dos Estados nacionais na região. Longe de serem compostos exclusivamente por membros de uma elite política apartada das bases materiais da sociedade, os Legislativos (e muitas vezes os Executivos e os Judiciários) dos países da América Latina foram ocupados por homens que tinham um pé fincado no mundo da produção e circulação de mercadorias e outro no mundo dos regimes constitucionais.

Ao ignorar essa dimensão, tão política quanto a parlamentar, *El tribunal de la soberanía* parece retomar, ainda que indiretamente, alguns dos pressupostos explicitados por Theda Skocpol em seu famoso *Bringing the State Back In* (1985). Na introdução da obra em questão, a socióloga norte-americana se concentrou na dimensão deliberativa do Estado para defender a possibilidade – ainda que não de forma estrutural – de sua «autonomia» frente à realidade que o circunda. Mesmo dando mais atenção ao caráter constitutivo dos Estados latino-americanos que a própria Skocpol – mais preocupada com questões teóricas e programáti-

cas –, o livro organizado por Marta Irurozqui acaba caindo no mesmo equívoco. Para evitá-lo, os autores da coletânea teriam que tomar, por exemplo, seus respectivos Estados não como unidades de análise, mas como unidades de observação pertencentes a um todo maior: o sistema interestatal, que se encontrava em franca expansão na primeira metade do século XIX, quando passou a orbitar em torno da Grã-Bretanha.

Essa perspectiva permitiria, igualmente, repensar a circunscrição da obra aos países latino-americanos que adotaram a forma republicana de governo. Para ficar apenas em um exemplo – quiçá, o mais notável –, o processo de formação do Império do Brasil compartilhou uma série de semelhanças com seus vizinhos. Nas décadas que se seguiram à independência brasileira, a ex-colônia portuguesa vivenciou acaloradas disputas políticas entre partidários de um sistema federalista e defensores de um Estado mais centralizado, que resultaram em importantes reformas na Constituição de 1824; registrou presença decisiva de padres e outros membros do clero no Parlamento (e, em certos momentos, também no Executivo); conviveu com seguidos conflitos entre Executivo e Legislativo pelo protagonismo político nacional; teve a composição das legislaturas de sua Câmara dos Deputados vinculada à falsificação dos pleitos eleitorais; e viu sua política parlamentar ser agitada por uma série de sublevações e revoltas, tanto de setores populares como de membros da elite. Em que pese a adoção de uma monarquia constitucional pelos construtores do Estado imperial brasileiro, não restam dúvidas que seu Legislativo teve uma importância equivalente ao das repúblicas latino americanas sobre os destinos do país. Nada mais lógico, portanto, que incluir o caso brasileiro ao conjunto do continente.

A despeito dessas lacunas, é notório que *El tribunal de la soberanía* possui plenas condições de ser incluído na bibliografia obrigatória para aqueles que estudam o processo de construção dos Estados nacionais na América Latina. Para além das ricas informações de teor empírico que os ensaios proporcionam ao leitor, a coletânea fornece uma série de contribuições e ensinamentos para que futuros historiadores desenvolvam novas abordagens capazes de explicar um fenômeno de dimensões globais e feições locais.



Armando Guevara Gil

A Continental View of Indigenous Peoples' Rights*

La bibliografía sobre los pueblos indígenas americanos o cualquier otra temática de dimensión continental se caracteriza por un sesgo notorio. Trata los mismos tópicos bajo la presunción inquestionable de una desconexión radical entre el hemisferio norte y sur. Los famosos *Latin American Handbooks* son un claro ejemplo de este divorcio. Asumimos, acríticamente, las narrativas nacionales, regionales e historiográficas que surgieron a raíz de los juegos geopolíticos decimonónicos entre el expansionismo norteamericano, los intentos españoles de reflotar su orbe indiano y los afanes imperiales de Napoleón III que enfatizaban la latinidad de las naciones al sur del Río Grande.

Escrito a contracorriente de esta nítida división hemisférica, el libro de Jonas Bens es un extraordinario aporte para repensar, en su verdadera envergadura continental, la historia de los derechos de los pueblos indígenas. Ni él ni yo nos referimos a los *derechos propios* que algunos intelectuales, líderes indígenas y activistas definen, ucrónicamente, como immanentes e impolutos. Nos referimos, más bien, a los derechos indígenas alterados y recreados en el fragor de los diferentes ritmos, intensidades y modalidades que adquirió la expansión colonial a lo largo y ancho del continente americano.

Para ilustrar la concreción histórica de estos derechos y las formas de su reconocimiento por los estados (neo)coloniales, Bens selecciona siete casos resueltos en las cortes de Estados Unidos, Canadá y el sistema interamericano de derechos humanos entre inicios del siglo XIX y principios del XXI. Y para explicar cómo se configuraron los regímenes de representación antropológica y enunciación legal de estos derechos apela al dispositivo heurístico de *la paradoja indígena*.

La paradoja indígena fue y es la incorporación subordinada y excluyente de los pueblos indígenas y las comunidades subalternas (e.g., afrodescendientes) a los estados coloniales y republicanos. Esta subordinación produce que sus luchas políticas y legales para reivindicar su autodeterminación

se planteen, procesen y prediquen en los términos y condiciones de los estados colonizadores. Es ciertamente contradictorio, como indica en el capítulo 1, que el reconocimiento de derechos considerados originarios deba exigirse y obtenerse en sedes judiciales nacionales o internacionales y que deban ser ejercidos dentro de una matriz de sujeción y dependencia.

La incorporación a esas órbitas coloniales se produce de dos modos. En uno se reconoce la soberanía que los pueblos originarios poseían antes de la colonización y en el otro se reconoce que su diferencia cultural genera derechos especiales. Ese reconocimiento, en sí, es un ejercicio de poder (neo)colonial. Por eso solo admite una soberanía conculcada (e.g., *domestic dependent nations* en Estados Unidos) o únicamente tolera la diferencia cultural bajo la condición de que no transgreda la clásica cláusula de la repugnancia de los ordenamientos coloniales.

Bens dedica los capítulos 2, 3 y 4 a mostrar cómo la soberanía mediatizada genera el reconocimiento de derechos ancestrales. Dedicada cada uno de ellos a estudiar los casos *Johnson v. McIntosh* (1823), *Cherokee Nation v. Georgia* (1831) y *Worcester v. Georgia* (1832), que forman la célebre trilogía de decisiones de John Marshall, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos entre 1801 y 1835. Luego, en los capítulos 7 y 8 estudia cómo se atribuye a la diferencia cultural el potencial de crear derechos especiales. Uno está dedicado al caso *Awas Tingni v. Nicaragua* (1991) y el otro al de *Saramaka v. Surinam* (2007), ambos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Entre ambas modalidades, el autor detecta líneas de continuidad, las que analiza en los capítulos 6 y 7. Así, presenta el caso *Delgamuukw v. British Columbia*, sentenciado por la Corte Suprema de Canadá en 1997, para ejemplificar que los argumentos basados en la supervivencia de la soberanía originaria son reemplazados por la

* JONAS BENS, *The Indigenous Paradox. Rights, Sovereignty, and Culture in the Americas*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2020, 245 p., ISBN 978-0-8122-5230-9

afirmación de la diferencia cultural, inclusive para la probanza de dominio territorial (e. g., admisión de historia oral). También examina la disputa *Aloeboetoe v. Surinam* (1991) y la sindica como el precedente que instauró la diferencia cultural como el baremo de la CIDH para reconocer derechos especiales a los pueblos originarios y comunidades subalternas.

Para los historiadores del Derecho interesados en la evolución del reconocimiento de los derechos indígenas en Estados Unidos y Canadá, este libro les resultará muy útil porque sintetiza con maestría los casos presentados y los analiza a la luz de un planteamiento teórico innovador. Para sus similares en América Latina, la obra también será muy ilustrativa porque ofrece un panorama de los poco conocidos desarrollos jurisprudenciales del hemisferio norte, a la par que coloca en perspectiva histórica la opción de la CIDH por la diferencia cultural para tutelar derechos indígenas. Y, para los historiadores del Derecho interesados en una visión de conjunto de los derechos indígenas en las Américas, es un trabajo indispensable porque cuestiona los paradigmas vigentes, tanto la nítida división interamericana como la supuesta autenticidad y ancestralidad atribuida a derechos históricamente sujetos a lo que Bens denomina la paradoja indígena. Por eso mismo es un libro recomendable para etnohistoriadores, antropólogos y americanistas dedicados al estudio de la problemática de los pueblos originarios. Por cierto, es una obra que interpela a los intentos de descolonización de la historia y el Derecho porque, precisamente, estos tienden a incurrir en la paradoja planteada por el autor.

Aunque es una obra rigurosa, bien elaborada y novedosa, presenta algunos errores y omisiones, tanto legales como antropológicos. Por ejemplo, Bens afirma que ambos enfoques, el de la soberanía y la diferencia cultural, atribuibles en principio a los sistemas legales norteamericanos y latinoamericanos, »are indeed interacting and cross-fertilizing independently of their origins« (106). Solo una cuidadosa identificación de la genealogía de los conceptos y de las influencias recíprocas en la historia del reconocimiento jurisprudencial de los derechos indígenas en el continente podría confirmar esta afirmación. Por lo pronto, para América Latina, es mejor tomarla como una fascinante hipótesis de trabajo aplicable al reconocimiento

de derechos indígenas a partir de los viejos tratados coloniales identificados, entre otros, por Bartolomé Clavero.

También parece apresurado sostener que las voces indígenas resuenan directamente en expedientes como los del caso *Cherokee Nation v. Georgia* (1831). El autor presenta un alegato incluido en una compilación hecha por Richard Peters en 1831 como »The Cherokees' Autoethnography« (56–61). Desde el punto de vista antropológico y etnohistórico, es muy arriesgado atribuirle un status de fuente primordial. Primero habría que determinar el grado de mediación y participación de su famoso abogado William Wirt, o de Samuel Worcester y otros misioneros que respaldaban su causa, en la redacción del testimonio. Si nos atenemos a la evidencia documental comparada, más bien se trataría de un documento representativo de la paradoja indígena, por lo que es necesario interpretarlo con todas las precauciones indicadas en el propio libro.

En cuanto a las fuentes que emplea, se extraña el diálogo con la ingente bibliografía escrita en castellano y portugués por académicos latinoamericanos sobre los temas estudiados, en particular sobre la juridización del esencialismo cultural para reivindicar los derechos especiales que se derivan del derecho a la diferencia. Por su identificación con la región, incluyo aquí a Boaventura de Sousa Santos y Bartolomé Clavero. El libro tampoco presta atención a las jurisprudencias nacionales, entre ellas a las emblemáticas decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, tan influyente en el Derecho y los movimientos sociales latinoamericanos, y en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Estas omisiones le impiden ponderar el aporte latinoamericano a la (re)construcción de las categorías antropológicas y legales acuñadas para comprender y defender los derechos de los pueblos indígenas. Finalmente, no queda claro cuál fue el criterio para comparar las decisiones de cortes nacionales (Estados Unidos, Canadá) con sentencias pronunciadas por un tribunal internacional como lo es la CIDH, el que por su naturaleza responde a otra lógica, procedimiento, normatividad y jurisdicción.

Más allá de estas observaciones, se trata de un libro original, muy bien escrito e investigado, cuya lectura recomiendo vivamente. ■

Karla L. Escobar H.

Gestionar la multiculturalidad y el arte de pensar la indigeneidad*

Managing Multiculturalism es el producto de un ejercicio etnográfico, de más de cincuenta años, hecho por la antropóloga Jean E. Jackson con diferentes comunidades indígenas en Colombia. A partir de una reflexión juiciosa sobre los conceptos de identidad, multiculturalismo y neoliberalismo, Jackson se embarca a analizar el proceso de construcción de la «indigeneidad» en la segunda mitad del siglo XX en Colombia. Tal ejercicio analítico lo hace a partir de diferentes estudios de caso.

El trabajo de Jackson, profesora emérita de la facultad de antropología del Massachusetts Institute of Technology, inicia en 1968, en la región amazónica colombiana – específicamente con los pueblos tucanos – y después se desplaza a otras regiones del país. Esta narrativa no busca hacer un ejercicio comparativo, sino más bien, dar cuenta de las transformaciones en espacio y tiempo que la categoría de «indígena» tuvo en esos cincuenta años y los debates alrededor de ella. El ejercicio etnográfico de Jackson coincide, además, cronológicamente con el proceso de configuración del movimiento indígena en Colombia, paralelismo usado por la autora de forma magistral para lograr entrelazar sus reflexiones sobre las sociedades estudiadas con un ejercicio auto-etnográfico el cual le permite dar cuenta de la plasticidad de las categorías que estudia.

El trabajo está dividido en seis capítulos, incluida la introducción. El primero introduce al lector en los debates contemporáneos sobre multiculturalismo, identidad y neoliberalismo en tanto claves para comprender las distintas formas en las que se configura la indigeneidad a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Seguidamente, en el siguiente capítulo, hace un ejercicio de contextualización histórica respecto al proceso de configuración del movimiento indígena a finales de los 60s, sus transformaciones y su papel en la constituyente en 1991.

Una vez hecha esta contextualización histórica y teórica, la autora pasa a analizar, en los capítulos 2 y 3, los casos que han estado en el foco de su investigación: las sociedades amazónicas, específicamente las complejidades en los procesos de creación de la «indigeneidad» para los Tucanos y para los Nukak-Makú, particularmente después de 1988 cuando estos últimos «aparecieron» por primera vez en el ámbito nacional. El análisis se centra en la relación de estos pueblos con múltiples actores: el movimiento indígena nacional, las ONGs, los funcionarios del gobierno, los antropólogos y las Iglesias católica y evangélica, entre otros. Igualmente, analiza las tensiones, discusiones y divisiones dentro de los mismos Tucanos (incluidos los miembros del Consejo Regional Indígena del Vapupés–CRIVA), así como las tensiones entre Tucanos y los Nukak-Makú.

En el capítulo cuatro, la autora regresa al foro nacional para detallar otro tipo de sinergias y tensiones que se producen dentro de las diferentes organizaciones del movimiento indígena a nivel nacional, así como las tensiones que se producen entre estas y los organismos estatales en el marco de la Jurisdicción Especial Indígena, creada en la Constitución de 1991. Para ello, la autora analiza tres casos concretos: las protestas de activistas indígenas en 1996, la creación y el debate respecto a la distribución de la de la gaseosa a base de hoja de coca «Coca-Seck» y los juicios contra los líderes indígenas Jesús Piñacué y Francisco Gembuel que tuvieron amplia difusión en medios a finales de los años 90. El análisis de estos casos buscó problematizar las difusas fronteras entre derechos, prácticas culturales y posicionamientos políticos en tanto elementos centrales para la construcción de la indigeneidad en contexto.

Finalmente, en el último capítulo, la autora lleva la pregunta por la indigeneidad a un nuevo contexto: el de los pueblos que han llevado de

* JEAN E. JACKSON, *Managing Multiculturalism. Indigeneity and the Struggle for Rights in Colombia*, Stanford: Stanford University Press 2019, 328 p., ISBN 978-1-5036-0622-7

forma reciente procesos de re-indigenización exitosos (aunque muy disputados y conflictivos). Estudia, así, los casos de los Yanacóna en el Huila, el Muisca en Bogotá y el cabildo multiétnico en el Putumayo. La autora se esfuerza aquí nuevamente por caracterizar en detalle la complejidad de estos procesos y señala la relevancia de comprender la «indigeneidad» desde el eclecticismo y el dinamismo cultural, en oposición a la idea de una indigeneidad inmutable, «pura» o «incorrupta» que tiende a defenderse en los ámbitos institucionales.

Ahora bien, ¿por qué el trabajo de Jean E. Jackson es relevante para los historiadores del derecho? Quiero destacar tres puntos.

En primer lugar, el trabajo de Jackson es relevante para aquellos interesados en comprender el derecho desde las prácticas y desde los ejercicios comunicativos asociados a ellas. Si bien la autora no hace un estudio detallado de la legislación – debido a que se sale de su mirada disciplinar – sí da cuenta de la interdependencia entre derecho, política y prácticas culturales dando cuenta de la complejidad de las relaciones que se entretienen entre estas esferas aparentemente aisladas.

Al respecto, la autora hace un importante señalamiento que considero clave y que abre varios caminos de reflexión para la Historia del Derecho contemporánea. Así, dice: «Rights are first transformed in struggles in courts, in the media, and on blocked highways – and then transformed again in such forums as mandated round tables in which they are discussed, negotiated, and instantiated or refuted. While the rights are defined by the laws, regulations, and accords that put them on paper, they become real only in the field of action» (170).

Si bien esta idea no es necesariamente nueva para la Historia del Derecho ni para los estudios sociales en derecho, sí lo es la aproximación metodológica que asume para analizar tales dinámicas. La forma en la que Jackson construye su narrativa nos recuerda la importancia de problematizar las categorías – usualmente dicotómicas – a partir de las cuales se construye el conocimiento histórico sobre lo jurídico. La autora no solamente invita a prestar mayor atención a la forma en la que se entretiene teoría y práctica, ya sea en la forma de ley-implementación o teoría científica-práctica cultural, sino que también se detiene a comprender las formas contextuales en las que lo teórico se produce y lo práctico se pone en escena. Así, logra abordar analíticamente las contradicciones, conflictividades e incoherencias propias del derecho,

en tanto espacio tradicionalmente descrito como estructurado, lógico y coherente.

En segundo lugar, para aquellos quienes concebimos el derecho como una red de ejercicios comunicativos complejos en el que múltiples actores participan sobre relaciones de poder múltiples y superpuestas, resulta relevante involucrar en el análisis una gran cantidad de interlocutores, como bien lo hace la autora en cada caso que analiza. Jackson logra incluir en su análisis diferentes actores estatales, ONGs, antropólogos, medios de comunicación, pueblos, autoridades indígenas, etc., además de dar cuenta de las divisiones existentes dentro de estos grupos de actores y la forma dialógica y a la vez conflictiva en la que los diferentes procesos de construcción de la indigeneidad se llevan a cabo en medio de todas estas voces. Aunque su objeto de reflexión no es el derecho, su mirada sí le permite a los historiadores del derecho, comprender mejor lo «indígena» en tanto categoría jurídica y, sobre todo, a rastrear la plasticidad de tal categoría.

En relación con ello, otro elemento clave que el trabajo de Jackson nos ayuda a pensar, es la importancia de la puesta en escena o *performance* de la indigeneidad a partir de los diferentes públicos que consumen la alteridad indígena. Para los historiadores del derecho interesados en comprender cómo otras normatividades participan en la creación del derecho, estudiar las formas en las que la indigeneidad es puesta en escena en diferentes foros también abre importantes rutas de reflexión. Las puestas en escena en todos los casos analizados por Jackson no sólo están filtradas por códigos culturales – como es de esperarse –, sino también por principios económicos, morales, intereses políticos, estéticos y, por supuesto, aquellos contruidos por la violencia.

Finalmente, considero que el trabajo de la autora le permite al historiador del derecho retomar discusiones que teóricamente están supuestamente superadas como, por ejemplo, los debates alrededor del concepto de «cultura». Como lo muestra la autora, aunque ríos de tinta se han escrito sobre el concepto de cultura desde múltiples disciplinas y pareciera que la discusión está agotada, su conceptualización sigue siendo un problema fáctico, a partir de lo cual los funcionarios toman decisiones, reparten recursos, formulan proyectos y por supuesto, legislan y juzgan. Así pues, si bien a nivel académico, desde hace muchos años hay claridad respecto a la plasticidad de la mayoría de las

categorías con las que trabajamos, son particularmente los gobiernos, en especial sus ramas judiciales y legislativas quienes presumen la existencia de categorías cerradas y claramente definidas. En este sentido, es urgente una historia del derecho que de

cuenta de esta plasticidad en términos jurídicos y, debido a esto, el texto de Jackson puede abrir múltiples caminos de reflexión para nuestra disciplina. ■

Ron Harris

Land Law Meets the Sea*

Humans are terrestrial mammals as the introduction to this intriguing volume reminds us. Their normative orders were shaped on the land. Applying human law to the seas and oceans of this planet was never a straightforward process. Two historical developments placed new challenges and directions on early modern Europe's legal encounters with the seas. The Westphalian order that emerged out of the long religious wars centralized concepts of sovereignty, borders, citizenship and nation states – all land-based concepts. The European expansion through the Atlantic and Indian Oceans to the Americas and Asia gave rise to two new sets of legal problems: the first relating to the encounters between sovereign European states on the high seas around the globe, and the second involving encounters with non-European polities and laws in and around newly annexed islands and seaboard across these oceans. The book chapters deal with various interplays of these reformulated sets of problems in the early modern era.

This volume was edited by two prominent historians whose approaches cross each other in a manner that is highly promising for legal historians. Rosenthal is an emerging historian of the Atlantic World in the first age of revolution. His interdisciplinary approach combines spatial studies, script analysis, and law. Benton is one of the leaders of the historical turn in international law. She is a historian of the legal history of the British Empire and empires in general from a global perspective. The volume they edited is the outgrowth

of a conference held in the Huntington Library in Pasadena, California, in 2016. The volume aims at advancing our understanding of how the maritime world contributed to the early modern era's global transformation. It demonstrates the complex relationship between humans and seas, and between terrestrial and maritime spaces.

For the sake of the legal historian readers of *Rechtsgeschichte – Legal History*, rather than conventionally reviewing the chapters one-by-one in the order they appear in the book, or based on the themes suggested by the editors in the *Introduction*, I'll address the question of what legal historians can gain from reading this book. To this end, the chapters in the volume will be allocated into three groups: first, chapters that do not deal at all with law but for which I'll suggest possible links to legal history; second, chapters that make preliminary extension of the non-legal analysis into law and for which I will suggest how they can be used and expanded on by legal historians; and third, chapters that deal head-on with law. As usual, this division is not always crystal clear.

In Chapter 1, Carla Rahn Phillips examines the reasons for serving as crew aboard ships given the extreme risks and hardships involved. There was overlap with and switches taking place between naval service and merchant marine crews as well as officers all the way up to the 18th century. Reasons for going to sea included family traditions, economic incentives, legal conscription requirement, and violent coercion. This chapter lays the founda-

* LAUREN BENTON, NATHAN PERL-ROSENTHAL (eds.), *A World at Sea: Maritime Practices and Global History*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2020, 267 p., ISBN 978-0-8122-5241-5

tion for a future discussion of the application of master and servant law, labor law, slave law, and martial law on board ships.

Margaret Schotte studies the creation of nautical knowledge in Chapter 5. She identifies two basic models: a top-down model used in France and Russia, and a bottom-up model used in Britain and the Dutch Republic. The first model relied more heavily on the study of scientific theory and mathematics, whereas the second model was based on experimentation, practice, and measurement. Many of the more successful explorers and mariners of early modern Europe were actually trained in the second model. The bottom-up model opened up the way for the employment of experienced foreigners and the stealing of nautical knowledge. Chapter 6, written by David Igler, expands the discussion of navigational knowledge beyond Europe to focus on pacific islanders. He reconstructs the travels of a Caroline islander named Kadu on board a Russian ship with a cosmopolitan crew across the South and North Pacific. Igler calls our attention to the methodological complications involved in studying non-European travelers through European sources. These chapters make it possible to further study the role of law in protecting and commercializing European and non-European nautical and geographical knowledge and information at the time in which patent law evolved to protect and monopolize technological craft and industrial knowledge. In Chapter 9, Lisa Norling argues that the common wisdom about a binary gender-based division of labor in which men worked on the sea and women on land is incorrect. The littoral was a complex environment in which women were also getting their hands wet, harvesting the sea, and working with fish. Nevertheless, the further from land, the deeper the water, the larger the prey, and the greater the risk, the more likely men were to do the job. The growing scale of European fisheries in Newfoundland and whaling in the North Atlantic only served to intensify the gender-based division of labor. Here, legal historians can make the next step of asking how the legal regime of gender was extended from land to sea.

Chapter 2, by Adam Clulow and Xing Hang, looks at the way in which Cambodia and Ayutthaya (Siam), two weak South East Asian land-based polities, maneuvered between two maritime regional powers, the Dutch East India Company and Koxinga's Taiwan. While much of the maneu-

vering was done using conventional diplomatic tools, the authors call attention to the use of legal tools. These were not simply treaties in which the powerful exhorted privileges from the weak. The weak used legal tools such as employing Chinese sailors and designation of secure maritime spaces as means for bypassing treaty restrictions. More can be said about the shared legal understandings within the context of which the treaties were agreed upon, respected as legitimate, and enforced. In Chapter 8, Catherine Phipps examines a unique moment in Japan's history, and in fact in the West's relationship with the rest of the globe. Initially having had to grant territorial and trade concessions to Western powers, Japan soon reclaimed its sovereignty, extended it to its territorial waters, and next moved forward in building its own territorial claims overseas. Once again, the next step would be to ask: What shared legal understanding did the Japanese, the Chinese, and the Westerners have such that Japan was able to both make its claims and legitimized them? In Chapter 7, Jeppe Mulich looks at runaway slaves in the Caribbean. The existence of so many islands, governed by different European countries, in such close proximity to each other provided ample opportunities for maronage. Furthermore, a few of the smaller islets were not claimed by any European country, and vessels had among their crews an indistinguishable mix of ex-slaves and runaway slaves. This chapter touches upon the legal aspect of this phenomenon. The European countries at times collaborated in enforcing the law against the running slaves, yet in wartime they often refused to do this as part of the legal warfare and because they preferred the interest of their own resident employers over those of the foreign slave owners.

The two remaining chapters address the law head-on. Nathan Perl-Rosenthal's Chapter 4 demonstrates how the law dealt with complex multinationalism on board ships. In the era of privateering and in times of declared war, the national identity of a ship had to be discerned. Admiralty jurisdiction, substantive prize law, and evidentiary rules were at play. Letters created on land played a key role in determining the identity of ships and cargo on the high seas. Matthew Taylor Raffety suggests in Chapter 3 that a legal term can serve as a method for bringing coherence to early modern maritime history. He identifies a few relevant realms: the view of maritime law as an extension of municipal and territorial law, or as a distinctly

international law; the normative standing of customs in maritime law; the role of non-state and semi-state actors, such as chartered corporations as creators of maritime law and major players within it; and finally the way in which encounters with indigenous legal orders affected European maritime law.

Benton and Perl-Rosenthal wisely collected wide array of high quality historians that wrote fascinating chapters. Each of the chapters in this

volume is valuable for legal historians. The first batch requires more imaginative use, the second shows the path that can be followed more extensively, and the third batch throws legal historians straight into the center stage of legal action. The collection can inspire new research directions for historians of maritime law, colonial law, international law, and beyond.



Héctor Domínguez Benito

Vitoria, Scott y el derecho internacional*

Debido a su intensa actividad durante las primeras décadas del siglo XX, James Brown Scott (1863–1943) fue protagonista en la consolidación del estudio del derecho internacional en Estados Unidos. Promotor de asociaciones; fundador y editor del AJIL y hombre fuerte en el Carnegie Endowment for International Peace, entre otras muchas cosas, el carácter fragmentario de la literatura sobre su figura hasta la fecha es sorprendente y comprensible al mismo tiempo. Sorprendente por la relevancia del personaje para una disciplina especialmente preocupada en las últimas décadas por hacer una historia de su tradición; comprensible por la dificultad para ofrecer una visión de conjunto que haga justicia a todos los puntos de vista desde los que se puede abordar la vida y obra – no solo intelectual, sino también política e institucional – del jurista.

Seguramente por esta razón Paolo Amorosa toma como referencia, e incluso escoge como subtítulo, la defensa y promoción del pensamiento católico – y en particular de Francisco de Vitoria – por parte de Scott. Su libro, resultado de una tesis doctoral defendida en la Universidad de Helsinki

en 2017, constituye un estimable paso dentro del estudio de la «invención de la tradición» del derecho internacional. Si bien la vocación hispánica de Scott es más o menos conocida, el recorrido minucioso que Amorosa realiza a través del despliegue de una amplia bibliografía y de fuentes consultadas en los James Brown Scott Papers (Georgetown) y el archivo del Carnegie Endowment for International Peace (Columbia) le permite explorar a fondo hasta casi agotar el itinerario intelectual e institucional que llevó a Scott desde Grocio hasta Vitoria; desde la puesta en marcha de la colección de clásicos del derecho internacional en el seno de la Fundación Carnegie hasta la promoción de instituciones como la Associazione Internazionale Vitoria-Suárez.

No obstante, y al contrario de lo que parece prometer su punto de partida, Amorosa presta una gran atención a otros aspectos no directamente relacionados con la reivindicación del teólogo dominico por parte de Scott y de igual – si no mayor – interés. Sintetiza materiales sobre sus años de formación e inicios profesionales, actualizando una cronología no demasiado tratada en los aportes

* PAOLO AMOROSA, *Rewriting the History of the Law of Nations: How James Brown Scott Made Francisco de Vitoria the Founder of International Law (The History and Theory of International Law)*, Oxford/NY: Oxford University Press 2019, 368 p., ISBN 978-0-19-884937-7

de las últimas décadas sobre el personaje. Ofrece, con las relaciones entre Cuba y Estados Unidos como referencia, una solvente panorámica del contradictorio ambiente intelectual – científico y religioso, abanderado de la libertad e intervencionista – en el que Scott interactuó con personajes como Nicholas Murray Butler; Elihu Root, o el propio Woodrow Wilson. Aborda también la oposición del jurista a las ideas de seguridad colectiva en el debate en torno a la construcción de una organización internacional de posguerra. La ideología cultivada por Scott, deudora de figuras clave en su período formativo, se posicionaba en favor del desarrollo de los métodos de jurisdicción voluntaria frente a las tesis que, finalmente, terminaron haciéndose fuertes dentro de escenarios como la League to Enforce Peace o la misma Sociedad de Naciones.

Asimismo, este trabajo da cuenta de su actividad en la institucionalización del estudio del derecho internacional y su generalización en las facultades de Derecho: más allá del despliegue financiero e institucional proporcionado por sus conexiones políticas y su posición en la Fundación Carnegie, Amorosa examina el esfuerzo intelectual de Scott por rescatar al derecho internacional del ámbito de la «moralidad». Esto se tradujo en dos vías de acción: la insistencia en el constitucionalismo estadounidense como referencia para la construcción del orden internacional, por un lado; y la identificación de una tradición – naturalmente, con sus padres fundadores – que reforzase una construcción genealógica de la propia disciplina, por otro. Es en este último punto donde entran los Vitoria, Suárez, y demás.

A la hora de dar cuenta de la operación «propagandística» de Scott, Amorosa dosifica de manera conveniente el uso de fuentes epistolares, apoyándose en aspectos concretos tanto de la correspondencia de Scott como, en algunos momentos, en la de personajes de su entorno. Muy revelador resulta, en este sentido, el intercambio entre Frank Kellogg y Nicholas Murray Butler a la hora de explicar el «giro hispánico»: Amorosa muestra oportunamente cómo el Secretario de Estado se mostraba preocupado ante el Presidente del Carnegie Endowment for International Peace por el hecho de que la Sociedad de Naciones y las potencias europeas estrechaban lazos con los países latinoamericanos, en los que iba calando cierta desconfianza hacia Estados Unidos. Poco después de semejante intercambio, narra Amorosa, Scott hizo una gira

como Carnegie Exchange Professor to Latin America promocionando la narrativa «hispánica» (162–163).

Tales muestras del carácter instrumental que tenía el recurso a otros escenarios, en este caso el católico, se explicitan también en un capítulo en el que se repasa la cercanía de Scott con lo que Amorosa denomina la «concepción católica del derecho internacional». Ya en 1915, mucho antes de que el jurista estudiase a fondo a Vitoria, se puede leer en su correspondencia lo siguiente: «The great thing is to create public opinion, and I have no better way than to begin with the children in the schools. We Protestants, divided as we are into a thousand and one jarring sects, cannot take, it would seem, concerted action, whereas at a nod from the Pope the whole system of education can be changed in Catholic schools [...]» (198). Ante evidencias como estas, el lector no puede dejar de pensar a menudo, aunque Amorosa apuesta por el carácter sincero y bienintencionado del jurista (7), en el tono excesivamente interesado del giro de Grocio a Vitoria por parte de Scott. En cualquier caso, no se puede concluir, ni mucho menos, que Amorosa eluda el *lado oscuro* o las contradicciones de Scott, ni a propósito de sus aporías en el terreno intelectual, ni en relación con el escenario internacional. Estas últimas eran, por lo demás, las contradicciones habituales del internacionalismo liberal anglosajón de principios del siglo XX: ejemplos como la defensa de la enmienda Platt por parte de Scott o su sintonía con el régimen de Miguel Primo de Rivera, convenientemente destacadas por Amorosa, así lo atestiguan.

El capítulo «Apostles of Equality: James Brown Scott and the Feminist Cause» es sin duda el apartado más novedoso. Aunque el giro del jurista hacia el pensamiento católico puede interpretarse como un viraje conservador, plantea Amorosa, también sirvió para justificar su apoyo a los movimientos que promovían la igualdad entre hombres y mujeres, especialmente en relación con un tema controvertido para el derecho internacional de la época: los problemas que acarreaban los matrimonios entre hombres y mujeres de distinta nacionalidad. El esfuerzo de contextualización que exhibe Amorosa en este capítulo lo convierte, más que en una mera exploración de la participación de Scott dentro de estos debates, en una estimable panorámica del activismo por la igualdad de género en Estados Unidos y sus problemas internos. En todo caso, y ciñéndonos a lo relativo a Scott, cabría

preguntarse: ¿realmente su apoyo a esta causa se explica por (o guarda una relación tan directa con) su giro hacia el pensamiento católico, o más bien simplemente el jurista y personajes afines como Doris Stevens se aprovechaban, en momentos puntuales, del barniz «intelectual» o incluso práctico que suponían las remisiones a los Suárez, Vitoria, e incluso la propia Isabel la Católica, a la hora de construir y promocionar sus argumentos?

El expresivo telegrama de Scott a Salvador de Madariaga que cita Amorosa («I URGE YOUR SUPPORT ... ALICE PAUL'S RESOLUTION ... WE HOPE SPANISH LEADERSHIP HUMAN RELATIONSHIPS IN ACCORDANCE VITORIA'S PROGRESSIVE LAW NATIONS», 297) da la medida del carácter instrumental de este tipo de argumentación, que, no olvidemos, tenía lugar al mismo tiempo que debates que – como el de la nacionalidad de las mujeres casadas con extranjeros – enfrentaban a naciones que se veían a sí mismas como modernas y/o individualistas frente a otras que se autopercebían como tradicionales o «familiaristas». No en vano, en foros como la Conferencia de La Haya de 1930, el recurso al catolicismo era utilizado de forma muy acusada como argumento por parte de estas últimas. Visto así, en la operación de Scott, además de ante un ejemplo más de intento de autojustificación disciplinar, nos encontramos también ante una operación paralela mucho más práctica aún, como era el intento de atraer

al paradigma mesiánico estadounidense a naciones consideradas como tradicionales, fundamentalmente las hispánicas y/o las católicas.

Las consideraciones finales no son una mera síntesis de la investigación. Por un lado, constituyen una reflexión sobre el rol del iusinternacionalista como agente, como actor político, pero también como actor capaz de ofrecer una revisión histórica crítica de su propia disciplina. Por otro lado, presentan, con el ejemplo de la utilidad del *ius communicandi* de Vitoria para el programa de libre comercio que promovía el Carnegie Endowment, el problema que supone la conversión de determinados conceptos o principios en «verdades morales incuestionables», que se vincula con una reflexión muy sugerente acerca de la pérdida de contenido de determinados lenguajes – como el de los derechos humanos – en la actualidad.

En síntesis, nos encontramos ante una obra que va más allá de su propio objeto de estudio. No solo expone de manera solvente quién era James Brown Scott y qué hizo con Francisco de Vitoria, sino que también ofrece un esforzado repaso por la consolidación de la disciplina en Estados Unidos y su vinculación con asuntos políticos de gran interés, además de reflexión sobre el papel performativo que juegan los propios juristas internacionalistas.



Murat Burak Aydin

Beyond the Sharia and Codified Law Dichotomy: From the Late Ḥanafī Tradition to Mecelle*

The interaction between the ruler and Islamic law was an intricate one. The Ḥanafī school of law was one of the legal schools in Islamic law, and it was the school adopted in the Ottoman Empire.

Samy Ayoub, in his book *Law, Empire, and the Sultan*, investigates the transformation of Ḥanafī jurisprudence and its interaction with state authority starting from the 16th century. Islamic juris-

* SAMY A. AYOUB, *Law, Empire, and the Sultan: Ottoman Imperial Authority and Late Ḥanafī Jurisprudence*, New York: Oxford University Press 2020, XVII + 194 p., ISBN 978-0-1900-9292-4

prudence and legal discourse were not fixed or frozen in time. Samy Ayoub illustrates how late Ḥanafī jurisprudence was in flux and how the interaction between legal scholars and the state shaped the legal opinions of the school between the 16th and 19th centuries. He poses a few main questions in this context: How to »explain the late Ḥanafī jurists' departure from the established norms of their school and their adoption of a new set of doctrines? What are the tools they used to justify such changes? In what ways did Ḥanafī jurists incorporate Ottoman edicts and orders? And how should we evaluate the codification of Ḥanafī legal doctrines in the late nineteenth century?« (4) One of the main arguments of the book is that »late Ḥanafī jurists formulated a set of juristic tools and devices to change, alter or perpetuate early Ḥanafī opinions, even those that originated with Abū Ḥanīfa (d. 150/767), the eponym of the school« (4). He portrays a continuation together with change in Ḥanafī legal thinking, a legal process that considered the necessities and social realities of the time (153). Throughout the book he illustrates the various tools (necessity, customary practice, change of time, widespread communal necessity and others) that late Ḥanafī scholars used to »justify fundamental changes in key Ḥanafī doctrines« (4).

The book brilliantly illustrates the transformation of the relationship between Ḥanafī legal scholars and the state as well as the rulers' influence on the law and the legal discourse. It sheds light on the fact that the alleged dichotomy between men made Sultanī law and Sharia law is not functional. Rather than being a unilateral process of imposition by the Sultan, this was a mutual process between the sultan as a lawgiver and Ḥanafī legal scholars (6–7). Continuity and change in the Ḥanafī legal tradition as well as the codification of Ḥanafī law into Mecelle during the late Ottoman Empire period during the late 19th century are major points of the book.

In the first chapter, the author focuses on the late Ḥanafī jurist Ibn Nujaym (d. 1562–1563), who »was the first Ḥanafī jurist to incorporate the legal scholarship of Ottoman Shaykh al-Islām and Anatolian jurists into his legal commentary« (31). Ayoub argues that Ibn Nujaym played an essential role in shaping Ḥanafī legal discourse in the 17th to 19th century and his works constituted a basis for the Ḥanafī works after him (31–32). The chapter deals with case studies on late Ḥanafī legal reason-

ing and on sultanī authority. An important argument of the chapter is that late Ḥanafī scholars constituted a continuation of the early Ḥanafī school and they shaped the school according to the new circumstances of the time (47). Moreover, he argues, late Ḥanafī scholars not only considered early Ḥanafī tradition as a valid departure point, they also considered the »milieu« surrounding the opinions of the early Ḥanafī scholars (47). The chapter also elaborates the power of the sultanī authority vis-à-vis Sharia. He portrays this relationship as non-linear: »Late Ḥanafī jurists rejected, accepted, and expanded policies and decisions made by the Ottoman sultan« (62).

The second chapter examines the interaction between increasing sultanī authority on legal matters and the inclusion of sultanī orders in the legal thinking of Ḥanafī jurists in the 17th and 18th centuries. The author challenges the strict separation of Islamic legal scholarship from the state (65–66). The chapter argues that the late Ḥanafī legal commentaries, treatises and *fatāwās*, included the sultanī edicts and orders in the 17th and 18th centuries for the first time (66). He illustrates this point with particular attention to the works of the four jurists, namely Ḥasan b. 'Ammār al-Shurunbulālī, (d. 1659), 'Abd al-Raḥmān b. Muḥammad b. Sulaymān Shaykh-Zāda (d. 1667), 'Alā' al-Dīn al-Ḥaṣḥafī (d. 1667) and Ḥāmid b. 'Alī al-'Imādī (d. 1757) (66). For example, sultanī orders forcing judges to employ certain opinion among various opinions on certain problems within the same school was unique to Ottoman empire and late Ḥanafī jurisprudence (81). The pre-Ottoman Ḥanafī literature had no reference to sultanī orders or edicts (85), whereas the late Ḥanafī discourse incorporated these (93). However, this did not mean that late Ḥanafī scholarship rubberstamped sultanī orders. Instead, they »variously rejected, accepted, and expanded certain policies and decisions by the sultan« and even criticized abusive and corrupt practices (154). Thus, the author points to a conscious interplay between sultanī power and scholars, and he invites us to revisit the alleged »dichotomy between Islamic law and political authority in light of late Ḥanafism« (93).

The third chapter deals with scholar Ibn 'Ābidīn (d. 1836) and the way he dealt with »departure from earlier authorities' opinions« (95) within the Ḥanafī legal school. The chapter illustrates how Ibn 'Ābidīn legitimized new opinions and departed

from »the school's authentic narrations« with reference to necessities of the time and the local customs but also by invoking the authority of Abū Ḥanīfa by stating »Were [he] here, he would say the same [on this issue]« (96). He also illustrates how Ibn 'Ābidīn dealt with embracing the sultanī authority (118) and points to the citations made to Ottoman empire affiliated jurists as well as to Abū al-Su'ūd Efendī, Ottoman Shaykh al-Islām, and to the sultanī orders in his works (119–120).

Finally, the fourth chapter concerns the Mecelle of the Ottomans in the 19th century. The chapter deals with the Mecelle, which is a crystallized and codified version of the late Ḥanafī jurisprudence (117). A major argument of the chapter is that the Mecelle was a sign of »continuity and evolution within the Ḥanafī school, not a radical break from the premodern legal tradition« (132). Even though there were some departures from the early or late Ḥanafī opinions in the Mecelle, they were still justified with the techniques of the Ḥanafī tradition (130). The chapter argues that although the Mecelle pays attention to new social and legal norms of the late 19th century, it still is a »faithful synthesis of late Ḥanafī jurisprudence« (130). On the point of Mecelle, the book states »In short, the Mecelle, at its core, is a Muslim response to modernity and its legal order, argued and justified from within the tradition« (151). Ayoub's contribution to our understanding of the Mecelle and its intellectual baggage is significant and thought provoking. It is also correct that »the Mecelle should be understood as a continuation and transformation of Ḥanafī legal thought« (150).

He provides the socio-economic and political context that Mecelle appeared (131–136). Yet, a more nuanced elaboration of the socio-legal context of the empire starting from the early 19th century is necessary to grasp the true meaning of such continuation and transformation.

A striking feature of Ayoub's book is his skilled and convincing use of the primary sources of Ḥanafī scholars. Moreover, his work is in perfect synergy with the growing literature on the formation of late Ḥanafī school and its crystallization into Mecelle, especially the recent contributions from Guy Burak on the Ḥanafī school, Yavuz Aykan on Mecelle, and the works of Wael B. Hallaq on Islamic law. Therefore, it is a valuable contribution to an on-going discovery process of the Ḥanafī juristic discourse in flux. Although the book does not explicitly aim at dealing with the conceptual subjects of the legal history such as codification, legal change, legal transplants, reform and modernity in depth, it does provide a fertile ground for discussing such concepts. These concepts are usually developed and explained with western examples. The material in the book is very rich and valuable for understanding the legal change from a non-western perspective. Such material invites us to think beyond the Ottoman legal history or Islamic law. Therefore, the book opens new questioning opportunities not only for Islamic law and Ottoman law but also the general development and nature of the law throughout the history. Therefore, Ayoub's book is an extremely precious contribution to the literature. ■

Donal K. Coffey

Kennst du das Land, wo die Mangos blühen?*

Chintan Chandrachud, der als Rechtsanwalt in einer Londoner Kanzlei arbeitet, veröffentlichte 2017 eine Untersuchung zum *judicial review* in Großbritannien und Indien nach Verabschiedung

des Human Rights Act (HRA) im UK 1997 (*Balanced Constitutionalism: Courts and Legislatures in India and the United Kingdom*). Sein neues Werk, *The Cases that India Forgot*, bietet eine populäre

* CHINTAN CHANDRACHUD, *The Cases that India Forgot*, New Delhi: Juggernaut 2019, XIII + 229 S., ISBN 978-9353450823

Einführung in eine Reihe von weniger bekannten Fällen des indischen Rechts seit Erlangung der Unabhängigkeit im Jahr 1947. Es ist in vier Abschnitte unterteilt – Politik, Gender, Religion und nationale Sicherheit – mit insgesamt zehn Fällen, die über diese vier Abschnitte hinweg betrachtet werden. Jeder Fall wird kontextualisiert, wobei auf die Umstände der Parteien, die vor diesem Gericht erschienen sind, sowie auf einige spannende *nuggets* über die Dynamik innerhalb des Gerichts geachtet wird. Die Urteile der verschiedenen Gerichte werden dann kurz und für den allgemein interessierten Leser, der mit den Nuancen der indischen Rechtsdebatten vielleicht nicht vertraut ist, verständlich dargestellt.

Die ausgewählten Fälle landeten schließlich vor dem Obersten Gerichtshof Indiens; mit Ausnahme des Kapitels über den Personenrechtsfall *State of Bombay vs. Narasu Appa Mali*, der vor dem Bombay High Court endete, aber wegen der Anziehungskraft, die er auf nachfolgende indische Gerichte ausgeübt hat, aufgenommen wurde.

Die gewählten Themen sind durchweg interessant und oft kontrovers; sie reichen von der Frage der Privilegien der staatlichen Legislative über sexuelle Übergriffe und Quoten im Kastensystem bis hin zur Einrichtung einer quasi-staatlichen paramilitärischen Truppe in Chhattisgarh. Chandrachud verschont das Gericht nicht mit Kritik, wo er sie für angebracht hält, was die Interpretation der Fälle belebt.

Das Buch ist am stärksten in seiner Analyse der inter- und intrainstitutionellen Dynamik der Staatsorgane. Besonders erwähnenswert ist wohl Kapitel 1 über die Gewaltenteilung. Es handelt von einem Fall, in dem die Versammlung von Uttar Pradesh die Verhaftung von zwei Richtern des Obersten Gerichtshofs von Allahabad anordnete, die in einer Habeas-Corpus-Petition im Zusammenhang mit einem Fall von Missachtung des Parlaments gegen die Versammlung entschieden hatten. Dies erlaubt es dem Autor, die verschiedenen Machenschaften und politischen Erwägungen

zu betrachten, die auf Landes- und Bundesebene unter Beteiligung von Politikern und der Justiz folgten – eine Aufgabe, die er mit einiger Verve erfüllt.

Der Leser wird auch in verschiedene Elemente der indischen Rechtsgeschichte eingeführt, darunter den Versuch, die berühmte Grundstruktur-Doktrin durch Indira Gandhi im Fall *Minerva Mills* zu umgehen, die Mobilisierung einer Frauenbewegung als Folge des Tukaram-Falls, die Anprangerung des Obersten Gerichtshofs durch Ambedkar bei seinem Eintreten für eine Verfassungsänderung und die Aktivitäten der Nationalen Menschenrechtskommission in Indien.

Die Monographie scheint in erster Linie darauf ausgelegt zu sein, diese Fälle einem nicht-juristischen Fachpublikum vorzustellen; und die Prosa ist so verfasst, dass sie auch für eine allgemeine Leserschaft verständlich ist. Zwei Kritikpunkte können jedoch gegen das Buch vorgebracht werden. Zum einen beginnt die Monographie zwar in einem fast atemlosen Tempo, scheint aber gegen Ende des Buches an Schwung zu verlieren. Die Chhattisgarh-Entscheidung, mit der der Band endet, kommt nicht wirklich zu einem Abschluss, obwohl dies vielleicht darin begründet ist, dass das Thema einfach noch nicht abgeschlossen ist.

Zum anderen gelingt es dem Postskriptum nicht wirklich, die verschiedenen Kapitel zu einer kohärenten Erzählung zusammenzubinden. Dies fällt umso mehr auf, als es unmittelbar auf die Diskussion der Chhattisgarh-Entscheidung folgt, aber es hätte dem Buch ein willkommenes Forum für eine zusammenhängendere Erzählung geboten. In dieser Hinsicht ist die Monographie vielleicht am besten als eine Reihe interessanter und informativer Vignetten zu betrachten – und nicht als eine akademische Abhandlung. Der zweite Kritikpunkt ist vielleicht etwas überzogen, da dies wahrscheinlich von Anfang an die Absicht des Autors war, und die Monographie als solche gelungen ist.



Gautam Bhatia

To Constitute a Public*

Accounts of the founding of India's Constitution tend to belong to one of three traditions. According to the first tradition, the Constitution was a document of continuity, designed to preserve the colonial apparatus of administration, which would be wielded by the Indian National Congress, the erstwhile party of the freedom, and now the party of government. According to the second tradition, the Constitution was an unwieldy framework of compromise, designed to satisfy a range of disparate factions within the »broad tent« of the Indian National Congress, and reveals no coherent design or overarching set of principles. However, according to the third tradition, the Indian Constitution is a document of principle, one that sets out a vision and a normative blueprint for India, and takes seriously its task of constituting a modern, democratic nation.

Madhav Khosla's *India's Founding Moment: The Constitution of a Most Surprising Democracy* belongs to this third tradition of thinking and writing about the historical moment that was the founding of the Indian Constitution. India's Founding Moment is primarily a work of intellectual history: Khosla takes seriously the ideas that were at the heart of the framing of the Indian Constitution, ideas expressed, debated and articulated by the founders, both in the Indian Constituent Assembly, and otherwise. Khosla understands the founders to be good faith political actors, genuinely concerned about establishing a flourishing democracy in a post-colonial nation, and with the Constitution serving as the instrument for accomplishing that task.

Khosla isolates three crucial elements of this overall Constitutional vision: »the explication of rules through codification; the existing of an overarching state; and representation centred on individuals.« (4) »In each case«, he continues, »there was an attempt to free Indians from prevailing types of knowledge and understanding, to place them in a realm of agency and deliberation that

was appropriate to self-rule, and to alter the relationship that they shared with one another« (4).

In three chapters, Khosla elaborates upon each of these themes. In »The Grammar of Constitutionalism«, he locates the length – and detail – of the Indian Constitution, with its 395 Articles, in the founders' belief that codification would help create a common grammar that would serve as a reference point for Indians as they reconstituted themselves from subjects to self-governing citizens. According to Khosla,

»[c]odification could provide common meaning to a set of principles relating to democracy in a land without such meaning. Familiar constitution-making endeavours, whether they aimed to limit the exercise of power or to enable it, had already presupposed a great deal of shared understanding. But the Indian context offered no such joint consensus. Codification was an effort to explicate such a consensus.« (38)

In other words, India's colonial past meant that it had not been able to develop, organically, a set of constitutional conventions, through years and decades of popular struggle and politics, that other countries had had the luxury of doing. The absence of such conventions, then, was to be filled in by a detailed written text.

In »The Location of Power«, Khosla takes up a subject that has vexed constitutional scholars – and indeed, lawyers – ever since the founding: Indian federalism. The founders designed a lopsided federal structure, where a double-tiered layer of government existed, but also where all the residuary powers lay with the centre, and indeed, the borders and very existence of provinces could be altered by the centre. What explains this asymmetric form of federalism? Khosla argues that at the heart of the founders' democratic vision lay the necessity for citizens to relate to each other qua citizens, and further, to accomplish this, it was necessary to

* MADHAV KHOSLA, *India's Founding Moment: The Constitution of a Most Surprising Democracy*, Cambridge (MA): Harvard University Press 2020, 219 p., ISBN 978-0-674-98087-7

»liberate Indians from localism« (73). This could only be accomplished through a centralised governance structure, as the founders were »doubtful of society's internal capacity to reconstitute interpersonal relations« (107). Democracy depended on citizens being able to engage with one another without being *reduced* to their group identities, and therefore, a significant degree of political action had to be assigned as the responsibility of the centre, where such engagement was possible.

This last point allows Khosla to segue into his final substantive chapter, »Identity and Representation«. Here, Khosla tackles another enduring point of contestation: the Indian Constitution's treatment of individuals and groups. Given that, historically, and during the colonial period, representation was mediated *through* groups, why did the Constitution make a radical departure from that by guaranteeing universal adult suffrage? Khosla argues that – stung by the partition of India along religious lines – the entire purpose of the Indian Constitution was »moving away from a representative framework that sought to express identities that were regarded as stable and fixed, and in moving towards a model of citizenship centred on the political participation of individuals« (136). This was because the colonial approach – which treated groups as the *loci* of representation – fundamentally denied Indians political agency by assuming that »individuals within certain groups would act collectively and in specific ways. They were denied the capacity to deliberate and act for themselves as individuals« (138). At the same time, this did not preclude the founders from deploying the category of groups – such as, for example, for the purposes of affirmative action – where, historically, domination and oppression had been instrumentalised through group identity, and where – therefore – individual emancipation was not possible without taking groups into account.

Thus, in sum, the central argument of Khosla's book is that through »codification, centralisation, and representation« (158), the goal of the Indian Constitution was to constitute democratic citizens. Or, to put it in other words, the goal of the Constitution was to foster the conditions that would make democracy possible, in a newly-independent nation that faced many structural and institutional obstacles to democratic flourishing.

India's Founding Moment is a carefully argued account of a significant historical moment – both

in the history of decolonisation and in the history of democracy – and repays close study. It also raises further lines of enquiry, and creates the terrain on which further questions can be asked about the history of India's founding. With respect to codification, for example, the Indian Constitution's detail does not preclude the existence of constitutional silences. Indeed, in some cases – such as in provisions involving Parliamentary Privileges – the original Constitution expressly gestured towards the conventions of Westminster parliamentary democracy; in others – such as, for example, provisions dealing with the office of the Governor, the Constitution explicitly refrained from codification – and indeed, it is the absence of codification that has led to sustained litigation before the courts throughout Indian Constitutional history. What determined the founders' choice to subject *one* set of issues to the »grammar of constitutionalism« through codification and not another? India's Founding Moment allows us to frame this question, and at least partially answers it: the founders chose to codify those bits that *they* felt necessary to the »grammar of Constitutionalism« – and it is a further, fascinating question why they felt as they did.

Similarly, the question of centralisation and federalism is complicated by the fact that while it is true that »localism« (in the sense of village-level governance) was seen as enmeshing individuals within community structures they could not escape, it is also true that historically, some of the more emancipatory social experiments in Indian colonial history emanated from provincial governments and the so-called »princely states« (monarchic enclaves within – and subject to the control of – British India). A classic example of this is that of affirmative action, which first began in the state of Kolhapur, and was then adopted by numerous provincial governments as well as other princely states. This history is closer to the classically federal idea of provinces acting as »laboratories« of democracy, allowing for experimentation and social innovation, the more successful of which is eventually taken up at the central level. Was this argument ever seriously made and considered by India's founders?

Finally, the question of representation leaves open the question of those provisions of the Indian Constitution which do appear to subscribe to the idea of group uniformity that Khosla argues that the founders were keen to avoid. Examples include

prohibitions upon land transfers between residents in Scheduled Areas (i. e. India's indigenous peoples) and outsiders; as well as the fact that, by making religious denominations the bearers of constitutional rights through provisions such as Article 26(2), the Indian Constitution appears to preclude the possibility of internal cultural dissent (recent litigation on this issue has led to ambiguous outcomes). It might be fascinating to ask, there-

fore, how these seemingly conflicting constitutional visions are to be reconciled.

India's Founding Moment is a deep and thoughtful account of the framing of India's Constitution. It locates the Constitution within a history of democracy, democratic ideas and democratic contestations. It is an invaluable contribution to the history of constitutionalism. ■

Alexandra Woods

Lawyers at the Front Line*

This is an impressive book that tells the stories of the legal figures involved in the events surrounding the 1895 Jameson Raid in the South African Republic (ZAR). It therefore deals with a well-known subject but from a new departure point, namely from character sketches of the lawyers involved. Some of these are already familiar to the South African legal profession, but Rogers crucially also includes a number of lesser-known figures. Divided into four parts, with the Raid occupying the central position, Rogers adopts a biographical approach to detail the legal-political dynamics of a marked moment in South Africa's long history of race politics.

Beginning with the historical setting in Part I, Rogers immediately provides a sense of context through the use of contemporary terminology, describing the polarisation between the Dutch and English populations, between the agrarian Boers (burghers of the ZAR) and the professional Uitlanders (»outsiders«, referring to the predominantly English-speaking newcomers attracted to the ZAR on the discovery of gold). Rogers discusses the reasons for the Jameson Raid, and finds that Uitlander discontent about the strict franchise laws – despite having been the main grievance propagated at the time – was probably only a minor part within a complex of British imperialist

agendas and capitalist interests. But the ground that Rogers really sets in these chapters is that of the racial tensions between the white populations of South Africa in the late 19th century.

Part II introduces us to the *dramatis personae*, the lawyers involved in the centre, at the peripheries, and behind the scenes of the Jameson Raid and the ensuing treason trial. Part III continues their stories leading up to and during the Raid and the subsequent trial. Finally, Part IV considers their divergent careers in the aftermath of the trial. The biographies are replete with factual detail, evidencing extensive historical work on known legal figures such as J. G. Kotzé, John Wessels, Jacob de Villiers as well as William Henry Somerset Bell, the first editor of *The Cape Law Journal* (later *The South African Law Journal*), with additional insight into the roles of James Rose Innes and W. P. Schreiner. What is novel is the regard given to characters less familiar, such as Henry Hull, Edward Hutchison, Willem Van Hulsteyn, and Charles and James Leonard. Rogers dedicates three chapters to the story of Charles, an attorney and one of the lead conspirators, and his ultimate escape to England. He brings these lawyers to life through a careful process of quoting source material illustrative of their personalities. Thus, we learn that self-assurance and outspokenness were significant character

* OWEN ROGERS, *Lawyers in Turmoil. The Johannesburg Conspiracy of 1895*, Cape Town: Stormberg Publishers 2020, ix + 517 p., ISBN 978-0-6399892-5-9

traits of William Bell, for example, not only because Rogers tells us so, but through selected excerpts from Bell's commentaries in the *Cape Law Journal*. With this type of detailed attention, Bell and the others are granted their own voice, instead of the author speaking for them.

Despite such comprehensiveness, Rogers nevertheless assumes his readers to have a basic knowledge of South African legal history and the significance of the names and the period in the country's political history. The book is written for lawyers or legal historians, the writing itself revealing a judge's (or historian's) ability to dissect the facts, a balancing of perspectives, interspersed with even-handed commentary. Rogers shows how Charles Leonard's »escape«, for example, was considered cowardly compared to the bravery of those who remained behind to face their trial. Here, he does not downplay Leonard's or the other conspirators' character flaws, but gives their actions justification too. This balanced analysis, based directly on primary sources, not only makes for a reliable account, but also provides a glimpse into the complexity of values and sentiments of the time. What is also fascinating, and goes beyond simply an account of the legal practitioners' roles in the conspiracy, is the insight Rogers gives into the extent to which these lawyers were involved in high politics.

Part III brings us to the climactic event of the Raid and reveals Rogers' excellent grasp on a breadth of sources, in particular when describing the treason trial. From a comparison of dock examinations, personal accounts, law journal publications and newspaper reports, Rogers is able to draw a vivid picture of the gathering crowds in Johannesburg anticipating the coup d'état, the arrest and trial, and prison life, including the fact that Mark Twain (Samuel Clemens) visited them while in gaol, jokingly undertaking to suggest to President Kruger that their sentences be lengthened since Twain considered prison the ideal place to write. This sentiment he also mentioned to a journalist who, on this basis, published an article in which he was infuriated at the »soft life« of the prisoners, leading to a reduction in their rations! Rogers stitches together various sources to relate these details. This is standard historical methodology, but particularly necessary for work on 19th-century law cases. Sources beyond the written case law reports have to be taken into account largely because reported judgments came relatively late to

South Africa. The first full publication was *Watermeyer's Reports*, published in the Cape of Good Hope in 1858, which covered cases of the Cape Supreme Court decided in 1857. While *Menzies' Reports* covered 30 years of court cases, beginning in 1828, they were published only posthumously in 1868. Transvaal law reporting began even later, with Kotzé's *Cases Decided in the High Court of the Transvaal Province, with table of cases and alphabetical index* in 1885. Due to this late, and then limited, coverage, judges often relied on handwritten notes, most of which have probably not survived. Moreover, the printed reports now available to legal historians likely contain many inaccuracies, as they were mainly related by news reporters or only written for publication years later. As a result, and as Rogers himself acknowledges, the accuracy of the published arguments and judgments during this time is not as reliable as the verbatim transcripts we have today. Indeed, Rogers shows this by comparing differing *ex tempore* reports of the Jameson trial. In doing so, he highlights the challenge of these sources, but at the same time meets this challenge by careful analysis and an acknowledgment of the biases on all sides. This is a humble approach, which has resulted in a work of integrity.

The book is structured by chapters that are dedicated either to one or to a number of the lawyers involved in the Johannesburg conspiracy. In following the practitioners in their diverging routes after the trial, Part IV inevitably lacks the same level of personal, professional and political interconnections that were traced in the previous chapters. The absence of a centralising theme leads to a slightly staccato effect. However, while one could read the chapters of *Lawyers in Turmoil* in a piecemeal fashion to follow a particular individual's trajectory, say, the book is not comparable to an encyclopedia that can be opened on any page. Rogers' narrative weaves the biographies and events together. And although the strands may become looser towards the end, the dominant themes that run throughout the book are the vibrant political lives of these lawyers, the collegiality of the members of the profession towards each other despite very different political views, and Rogers' general esteem for their characters and professional careers. The issue of race is likewise an overarching theme, the tension seeming as visceral at times as in the later years of South Africa's history. Of course, adding the perspective of other

ances would not have been feasible in a book already voluminous, although Rogers does occasionally mention the black, Chinese and Indian positions. However, while the scene remains white and thus partial, Rogers, in bringing lawyers to the front line of his analysis of the Jameson Raid, has

contributed a careful and in-depth study in legal history to the history of identity and race politics in South Africa, a far from modest achievement.



Pamela Alejandra Cacciavillani

Partenze senza destinazione: storie ed eredità di un esilio intellettuale*

Questo libro è un invito di Eva Elizabeth Martínez Chávez ad analizzare, e ripensare, la vita dei giuristi europei che hanno lasciato le loro terre per motivi politici, razziali e ideologici nel corso della seconda parte del XIX secolo. L'attenzione è fissata soprattutto sulla storia dei giuristi spagnoli giunti in Messico a causa della guerra civile spagnola (1936–1939). Martínez Chávez spiega che la guerra perduta e la violenza del regime di Franco sono punti cardinali dell'esilio più grande della storia di Spagna: l'esilio repubblicano del 1939.

Il testo è suddiviso in tre parti intitolate *«El éxodo europeo de entreguerras»*, *«En búsqueda de un nuevo destino»* e *«Tierra de encuentro y construcción»*. La prima parte permette al lettore di ripercorrere diversi territori europei come l'Italia, la Germania, la Francia e la Spagna, tutti paesi dove l'autoritarismo, e l'intolleranza, distrussero e cambiarono le vite di migliaia di persone. Da sottolineare qui è la riflessione sulle vite dei giuristi fondamentali nella formazione del pensiero giuridico contemporaneo occidentale. Tra di loro spiccano nomi come: Tullio Ascarelli, Norberto Bobbio, Marcello Finzi, Werner Goldschmidt, André Gros, Hermann Heller, Hans Kelsen, Roger Picard, Silvio Trentin.

La molteplicità delle esperienze analizzate non solo mostra l'esilio spagnolo come un fenomeno più ampio, ma mette anche in chiaro le relazioni che già esistevano fra i giuristi europei. Si può dire

che queste relazioni formavano una infrastruttura internazionale che, ad oggi, ha fornito la circolazione del pensiero giuridico. Il continente americano occupava uno spazio centrale in questa rete intellettuale. L'autrice fa un bilancio approfondito, dato che c'erano tante Americhe. In questo spazio geografico c'erano paesi privi di libertà come la Repubblica Dominicana, altri dove l'esistenza di una comunità di connazionali svolgeva un ruolo chiave nella scelta della destinazione, come l'Argentina. Inoltre, nel concetto di America c'erano anche gli Stati Uniti, spazio chiave per l'accoglienza della comunità giuridica tedesca. Così, mentre l'Europa attraversava un periodo difficile, l'America era pensata come uno spazio ricco di opportunità. Nessuno di questi esiliati conosceva il destino finale del viaggio e nemmeno la durata, l'unica certezza era la partenza.

In questo contesto, la seconda parte del testo presenta il Messico come uno spazio cruciale per i repubblicani spagnoli per diversi motivi; ad esempio, la politica sviluppata dal presidente Lázaro Cárdenas, la posizione della delegazione messicana nella Società delle Nazioni e il corpo diplomatico messicano specialmente in Spagna e in Francia. Per quanto concerne l'accordo tra la Francia e il Messico (*Acuerdo Franco-Mexicano*) si può dire che questo quadro giuridico non solo garantiva protezione ai rifugiati spagnoli che arrivavano in

* EVA ELIZABETH MARTÍNEZ CHÁVEZ, *España en el recuerdo, México en la esperanza. Juristas republicanos del exilio*, Madrid: Dykinson 2020, 343 p., ISBN 978-84-1324-773-1

Francia, ma anche al loro arrivo in Messico. Tuttavia, c'era una resistenza a questa politica di accoglienza in territorio messicano, l'opposizione si poteva leggere nelle notizie dei principali giornali. L'autrice spiega che gli argomenti erano diversi e distingue fra la paura della popolazione locale, che vedeva in questo approdo un rischio per i lavoratori, e il pensiero politico di destra. I repubblicani spagnoli erano pensati come una risorsa per rinforzare la sinistra, così fu necessario definire il ruolo politico degli esiliati. Martínez Chávez sottolinea e analizza diversi testi giuridici (*Ley General de población, Tablas Diferenciales*) che spiegano la situazione giuridica dei repubblicani. Specialmente lo studio dell'articolo 33 della costituzione del 1917 che chiaramente proibiva la partecipazione degli stranieri alla vita politica. Inoltre, lo stesso testo prevedeva l'espulsione di quest'ultimi. Senza quest'analisi non si può comprendere approfonditamente l'avviso di allontanamento per questioni politiche inviato a Luis Recaséns Siches da parte di Alfonso Reyes.

Possiamo affermare che l'aspetto principale della terza parte di questo libro è mostrare l'influenza nel mondo intellettuale messicano di un tipo particolare di esiliati spagnoli: laureati e *doctores* (l'equivalente dei dottori di ricerca) in Giurisprudenza che avevano lavorato come docenti universitari nel campo del Diritto. Con lo scopo di ricostruire questo contesto l'autrice analizza diverse situazioni. Nel caso di Rafael Altamira, ad esempio, vediamo un giurista che già aveva relazioni con il Messico e altri paesi americani prima del suo esilio. Martínez Chávez ha trovato nella sua documentazione migratoria i vantaggi derivati da queste relazioni. In questo caso parliamo di un invito della *Secretaría de Educación Pública* ad Altamira a lavorare esclusivamente nella sua professione. Invece altri giuristi che giunti in Messico non ebbero l'opportunità della docenza, come Moisés Gamero che aprì una pasticceria. Nel mezzo di questo scenario l'autrice analizza diverse esperienze, ad esempio, giuristi che si inserirono come docenti universitari, altri che collaborarono con il governo e infine quelli che aprirono studi legali.

L'autrice interpreta e analizza l'ambiente intellettuale che esisteva quando giunsero i giuristi repubblicani, occupandosi principalmente de *La Escuela Nacional de Jurisprudencia* e *La Escuela Libre de Derecho*. Allo stesso tempo spiega che le riviste giuridiche erano importanti per la diffusione del diritto nazionale, specialmente dei codici civile del 1870 e penale del 1871. In tutti questi spazi e anche in altri gli esiliati trovarono un'opportunità. Martínez Chávez considera che l'integrazione più forte dei giuristi repubblicani era evidente in tre istituzioni: *La Casa de España / El Colegio de México*, la casa editrice *Fondo de Cultura Económica* e anche nelle facoltà dell'*Universidad Autónoma de México*. Attraverso lo studio delle vicende di queste istituzioni, l'autrice riconosce i frutti del lavoro di questi giuristi sottolineando esempi di traduttrici, autori di articoli, creazione di centri di ricerca, organizzazione di seminari, creazione del corso di dottorato in Giurisprudenza e molti altri.

Così si capisce perché il testo non parla degli avvocati che dopo essere arrivati in Messico si allontanarono dal mondo del Diritto, ma non si analizza il caso delle giuriste che giunsero nel paese latino-americano.

Alla fine del suo libro Martínez Chávez dice »ho un debito storico che devo saldare presto« (301). Di che debito parla? Chi sono i creditori di questo debito? Analizzare le storie delle giuriste spagnole che giunsero in territorio messicano è il debito che ha l'autrice con esse. Tutto ciò lo si può notare nella copertina del libro: tutti i giuristi rappresentati sono uomini. Non bisogna sottovalutare questo aspetto; le donne che hanno vissuto durante il regime di Franco subirono una retrocessione in quanto ai loro diritti e alla loro condizione sociale. Citando le parole di Vázquez Osuna »la donna durante il franchismo era un'ombra della [donna] repubblicana«.¹ Sebbene l'autrice raccolga i nomi delle giuriste come, ad esempio, María Luisa Algarra Coma, Florentina Boadella Glota, Ascención Chirivella Marín, Marta Dutrem Domínguez, María Godas Vila, Victoria Kent, Ángela Selke de Sánchez y María Soteras Mauri de Vilalta, nel testo non si raccontano le loro storie e non si parla nemmeno si parla dei loro pensieri giuridici.

1 FEDERICO VÁZQUEZ OSUNA, Las primeras mujeres juezas y fiscales españolas (1931–1939): Las juristas pioneras, en: ARENAL 16,1 (2009), 133–150 (136).

Nella storiografia il silenzio è sempre pericoloso ma lo è di più nella storia del Diritto, perché raccontare la storia dello sviluppo del pensiero giuridico di una nazione senza riflettere sul ruolo delle donne ha una conseguenza: un diritto androcentrico. Come pagare questo debito? Nonostante

l'autrice abbia trovato la forma di saldarlo raccontando una »storia di loro«, non risolve il problema perché come ha già detto Scott questa narrazione »può essere letta sotto forma separatista«. ²



Massimo Meccarelli

Legalità sostenibile*

L'esperienza della legalità negli ultimi due secoli di storia rappresenta, per alcuni aspetti, ancora un problema storiografico aperto. Sono stati molto studiati i presupposti storici e teorici che hanno giustificato l'idea di organizzare la produzione del diritto intorno al primato della legge e, insieme, l'idea di definire l'ordine costituzionale sulla base di un principio di separazione dei poteri. Similmente hanno conosciuto rinnovati sviluppi le indagini volte a studiare i processi di costruzione dei sistemi normativi nati da questo passaggio storico. Tutto ciò ha contribuito a fornire un quadro chiaro della performatività del dispositivo »legge«, cioè delle modalità con cui essa, a partire dal XIX secolo, è divenuta il perno dei sistemi giuridici in atto. Ciò nonostante restano ancora aspetti da chiarire, soprattutto se si considera il versante opposto, che riguarda i limiti del principio di legalità o, per meglio dire, i vincoli alla realizzazione del programma di riduzione del diritto nella legge. Le ricerche che hanno assunto tale approccio analitico, hanno mostrato come questi vincoli abbiano, essi stessi, contribuito a determinare la prospettiva di senso del progetto di conversione in sistemi monistici, degli ordinamenti basati su un impianto multinormativo e sul diritto giurisprudenziale.

La storia della legalità in età contemporanea, è, dunque, anche una storia dei problemi di sostenibilità, che il programma della riduzione del diritto

nella legge ha posto. Essa può essere svolta portando l'attenzione su quegli ambiti necessariamente dinamici dell'ordinamento, dove la rigidità del monismo giuridico è stata messa sotto scacco.

È su tale crinale storiografico che potremmo collocare l'indagine di Malte Becker su *Notverordnung* e decreto legge. L'oggetto – la decretazione d'urgenza – infatti, rappresenta un momento di criticità del procedere della produzione normativa di fronte ai problemi dell'urgenza, della necessità e dell'eccezione. Esso costituisce un momento di distorsione del principio di legalità; al contempo, è un elemento costante, quasi che l'esperienza del primato della legge non sia immaginabile senza quell'altrimenti, che in parte riprende alcuni suoi aspetti caratterizzanti (soprattutto l'elemento potestativo, per cui la produzione del diritto è conseguenza di una volontà politica che pone la norma) ma in realtà ne nega altri altrettanto rilevanti (ad esempio la condizione che tale decisione politica produttiva di normatività, si esprima in regime di separazione di poteri).

Il problema di base del libro è costituito dalla comparazione di due esperienze: quella della Germania e dell'Italia del secondo Novecento. Seppure abbiano in comune alcuni profili di ordine costituzionale e sistematico (entrambe escono da una dittatura; entrambe si rifondano su un momento costituente, entrambe organizzano il progetto per

2 JOAN W. SCOTT, *Género e historia*, México 2008, 42.

* MALTE JOHANNES BECKER, *Notverordnung und Decreto-Legge. Der Ausnahmezustand in den Verfassungstraditionen Deutschlands und Italiens*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, XIV, 255 p., ISBN 978-3-16-159362-8

la democrazia sul principio di legalità e sulla superiorità della Costituzione), esse divergono nel modo in cui hanno risolto il problema del potere di decretazione del Governo. La Costituzione della Repubblica italiana lo prevede e lo regola all'art. 77; la *Grundgesetz* tedesca si orienta per una più accentuata parlamentarizzazione del dispositivo della decretazione di urgenza.

La tesi del libro è proposta fin dalle prime pagine e poi ripresa in diverse parti e consiste nel rilevare una differente idea del diritto costituzionale nella giuspubblicistica che ha partecipato al momento costituente: in Germania sarebbe stata più forte la concezione giuspositivistica della Costituzione (rafforzata dal fatto che a partecipare al *Parlamentarische Rat* furono per lo più giuristi pratici); in Italia invece tra i giuristi costituenti (i quali provenivano prevalentemente dall'Università) era maggiormente rappresentato l'istituzionalismo.

Per illustrare questa lettura del problema l'Autore non si accontenta di ricostruire i dibattiti nella fase costituente in Germania e in Italia. Egli, opportunamente, prende le mosse dalle origini ottocentesche di questi due Stati, fornendo una ricostruzione diacronica della regolazione del potere di decretazione. Per la Germania in riferimento alla fase preunitaria e al *Deutsches Reich* ci si sofferma sull'impostazione metodologica e giuspositivistica promossa da Gerber e Laband e sulle soluzioni adottate in particolare nella *Preußische Verfassung* e nella *Reichsverfassung*; si osservano poi la Repubblica di Weimar, quando nell'ambito della *Staatsrechtslehre* si svolge la nota *Methodenstreit* e la fase del Nazionalsocialismo, quando la dottrina del *Führerwille* proposta da Carl Schmitt, trova un campo di applicazione. Alla luce di queste premesse viene svolto poi lo studio del dibattito costituente del secondo dopoguerra fino alla *Notstandverfassung* del 1968, che conferma l'opzione per la piena parlamentarizzazione del *Notstandsrecht*.

Riguardo all'Italia, con una scansione temporale simile, si illustra la problematica a partire dal Regno d'Italia – dove la regolazione del potere di decretazione viene affidata soprattutto alle prassi costituzionali e ad alcune prese di posizione giurisprudenziali della Cassazione, che riconoscono all'Esecutivo la prerogativa di emanare norme con forza di legge –, per poi considerare il crepuscolo dello Stato di diritto nei primi decenni del XX secolo, quando si affermano le teorie di Santi

Romano che individuano nella necessità la fonte e il limite di legittimazione di quel potere; si passa poi al ventennio fascista, dove il problema riceve una sistemazione legislativa, nel quadro delle riforme per lo Stato totalitario. Lo studio del dibattito costituente italiano rappresenta la tappa finale dell'itinerario.

Grazie a tale ampia ricostruzione l'autore può argomentare la tesi della diversa impostazione, quanto a concezioni e metodo, della giuspubblicistica italiana rispetto a quella tedesca, individuando il profilo decisivo nella differente base assiologica presupposta dalle dottrine istituzionalistiche. In particolare la lettura data da Schmitt al problema avrebbe favorito lo stabilirsi di un nesso forte tra istituzionalismo e dottrine naziste. Ciò spiega la scelta di campo per il giuspositivismo nella progettazione della democrazia in Germania.

Nell'insieme l'analisi appare persuasivamente svolta e la trattazione ben costruita. Alcune questioni restano, però, solo in parte indagate o appaiono risolte in modo impreciso. Ad esempio, se risulta chiaro che la dottrina schmittiana sul potere di decretazione abbia compromesso le possibilità di impiego di un approccio istituzionalistico nella fase costituente post-bellica, meno spiegata appare la dinamica di superamento delle concezioni weimeriane e democratiche dell'istituzionalismo e la loro mancata riemersione nel dibattito costituente per la *Grundgesetz*. In relazione all'Italia l'analisi appare talvolta imprecisa, come ad esempio quando, con una riduzione evidentemente semplificatoria del quadro (la cui complessità però risulterebbe preziosa per capire il dibattito nel secondo dopoguerra) si confonde la scienza giuridica durante il fascismo con la scienza giuridica fascista.

Nel suo complesso, a parte i rilievi di questo tipo, il libro appare riuscire nel proprio intento, offrendo un utile studio comparativo del problema della decretazione d'urgenza e della riduzione dello spazio dell'eccezione nel formato del diritto positivo. Inoltre da esso si possono cogliere spunti per ulteriori percorsi di ricerca.

Uno è appena accennato nel volume e riguarda il rapporto tra gli orientamenti dottrinali che determinano i regimi della legalità e la tradizione. L'Autore, nel registrare la presenza di riferimenti allo *ius commune* nella giuspubblicistica italiana, ricava una schematica giustapposizione tra Italia e Germania (*Tradition in Italien, Technik in Deutschland*), che forse meriterebbe approfondimenti. Nella scienza giuridica italiana il riferimento alla

tradizione è ricorrente, ma soprattutto risponde a strategie discorsive di volta in volta diverse; inoltre lo stesso approccio formalistico tedesco è a sua volta retto proprio dall'invenzione di una tradizione, quella romanistica. Sarebbe, dunque, interessante valutare il rilievo dei diversi usi del passato e del suo portato giuridico, nella soluzione del problema della sostenibilità della legge.

Ci sono poi altri percorsi che fuoriescono dall'oggetto nel libro ma che proprio quest'indagine stimola a considerare. Si pensi al ruolo giocato dalla creazione della giurisdizione costituzionale e delle Corti costituzionali (tratto, per altro, comune

a Italia e Germania). Si pensi inoltre alla possibilità di un allargamento dell'analisi comparativa ad altre realtà, (ad esempio la Spagna), la cui storia costituzionale, come quella italiana e tedesca, conosce una fase di involuzione dittatoriale nel Novecento e nelle quali lo stesso processo di convergenza nel formato monistico della legalità durante il XIX secolo, ha avuto uno svolgimento complesso.

Nuovi temi possono emergere a partire dalla lettura di questo volume. Anche in ciò esso offre un contributo allo sviluppo del dibattito storiografico. ■

Ruth Dukes

A Forward-Looking History of the German Works Constitution*

Rendered into English, the term »works constitution« may require some explanation. It is not a term of art in English or American law, nor is it immediately obvious – except, perhaps, to someone with pre-existing knowledge of German labour law – to what it might refer. Clues can be found in the work of the pioneering sociologists and scholars of *Industrial Democracy* (published 1897), Beatrice and Sidney Webb, who described freedom of association and factory legislation at the end of the 19th century as a »constitution« for the industrial realm. To wage labourers, they wrote, »the uncontrolled power wielded by the owners of the means of production, able to withhold from the manual worker all chance of subsistence unless he accepted their terms, meant a far more genuine loss of liberty, and a far keener sense of personal subjection, than the [...] far-off, impalpable rule of the king.«¹ The legal recognition of collective bargaining and the gradual elaboration of a labour code signified the concession of a »Magna Carta« to the entire wage-earning class, and the extension of

the values of liberty and equality from the political into the industrial sphere. A close reader of Otto Kahn-Freund's classic chapter on the *Legal Framework* of industrial relations may recall the passage wherein he writes of »the legal constitution [...] if one may use that term« of the »factory or mine, office or workshop«. In England, where the law was silent at the time on worker representation and worker »voice« at the level of the single workplace, the legal constitution was »still that of an absolute monarchy to the rule of which its members have submitted by contract«.²

The works constitution is, then, the complex of legal rules and institutions which together serve to ensure that workplace decision making (or, at least, some specific types of decision making) proceeds *democratically*: with the participation of the workforce, rather than unilaterally by management. In Germany, the principal institution of the works constitution is the *works council*, representative of all workers at a particular place of work without any requirement for them to »sign up«, and regard-

* WOLFGANG DÄUBLER, MICHAEL KITTNER, Geschichte der Betriebsverfassung, Frankfurt am Main: Bund-Verlag 2020, 621 p., ISBN 978-3-7663-6934-5

1 BEATRICE WEBB, SIDNEY WEBB, *Industrial Democracy*, London 1897, 841.

2 HUGH A. CLEGG, ALLAN FLANDERS (eds.), *The System of Industrial*

Relations in Great Britain, Oxford 1954.

less of the matter of their membership, or non-membership, of a trade union. »Works« – *Betrieb* – has been defined by the courts as »the organizational unit within which an employer, alone or with its employees with the help of technical and immaterial means, pursues over time certain work-related purposes that are not limited to the satisfaction of personal needs.« In plainer English, this denotes, as Kahn-Freund put it, the single factory or mine, office or workshop. According to the law, the works council has a suite of rights which ensures its participation in decision-making concerning a wide range of matters from working hours to health and safety. The term »works constitution« appears in the title of the statute that regulates the creation and functioning of the works councils: the *Betriebsverfassungsgesetz*, or Works Constitution Act. Dating back in its original form to 1952, the statute has a predecessor in the Works Councils Act of 1920, which itself had antecedents in the wartime legislation of 1914–1918 and the 19th century.

Publication of this new *History of the Works Constitution* has been timed to coincide with the centenary of the Works Councils Act on 4 February 2020. The authors' motivation in writing it was not only to mark that centenary, however, but also to give extended consideration to matters that have been at the centre of political conflict at several important junctures in Germany's history. Already in the Frankfurt Parliament of 1848, for example, workplace worker representation was debated in the context of proposals to institute new forms of economic democracy as well as political democracy. The establishment of committees was permitted in a draft law, but the Parliament was dissolved before the law could be implemented. Following the coalminers' strike in 1889, demands were made for the formation of works committees to be rendered obligatory in law. In line with Bismarck's plans for the curbing of socialist influence, Kaiser Wilhelm II agreed to these demands and provision was made in statute for the establishment of workplace worker committees (*Arbeiterausschüsse*), albeit not on a compulsory basis. In the face of employer opposition, the provision made little impact. During the First World War, the introduction of obligatory workplace worker committees was the cause of deep-seated conflict between the majority Social Democrats and leadership of the trade unions, on one side, and the left-wing opposition on the other – a conflict which continued to

play out for the entire duration of the Weimar Republic. Following the November Revolution of 1918, the revolutionary workers' councils were for a short while symbolic of the fundamental question concerning the constitution of a new democratic Germany: should it involve a form of »council« (soviet) democracy, or should it be based upon parliamentary democracy? In 1945, immediately after the war had ended, a large number of works councils were created spontaneously by workers as an expression of a general will to create a new kind of democracy, one which would take precedence – this time – over the economy. The Works Constitution Act of 1972, which significantly extended the rights of the works councils and strengthened the role of trade unions in the workplace constitution, was the expression of a democratic awakening the like of which the Federal Republic was never to see again (6). What all this goes to show is that the works constitution is not a niche topic in Germany, something of interest only to specialists. It occupies a central position in the economy and in society, and forms an integral element of German history (6).

As they specify in their introduction to the volume, the authors' intention in presenting the history of the works constitution is to identify threads or pathways which indicate the route forward. A great deal of attention is devoted by them to the pre-history of the 1920 Act and they well demonstrate, too, that 19th-century developments in respect of workplace worker representation had forerunners in the self-help – we might say »mutual« or »friendly« – societies created by craft journeymen and coalminers in previous centuries. The book ends with consideration of the current challenges posed to the works constitution in an era of globalisation and digitalisation, when working relations are becoming ever more precarious. History teaches us above all, they write, that the old saying remains valid: »don't expect help from anyone but yourselves!« (7). An effective workplace constitution which makes work more humane can only endure when it is experienced by as many as possible of the affected actors as »theirs«. Despite the many setbacks, this has been achieved to some extent even in a globalised economy. To achieve it, still, in an age of digitalisation is one of the biggest challenges of our time.

Given the identity of the two authors it will come as no surprise that this is a very good book indeed. Wolfgang Däubler is Professor of German

and European Labour Law, Civil Law and Economic Law at the University of Bremen. Michael Kittner is emeritus Professor of Economic, Labour and Social Law at Kassel University and was for many years standing counsel to IG Metall and director of the Otto Brenner Foundation. For several decades now, they have been and remain two of the most prominent scholars of labour law in Germany. In this *History*, they adopt an interesting and fruitful approach to the analysis and storytelling which blends legal analysis with legal history and the sociology of work and the workplace. The starting point for their analysis is the observation that the workplace constitution is the expression of particular political and economic power

relations that are shaped not only by the law but by the widely varying practices of different workplaces. The statutory rules and courts' interpretation of those rules comprise only one small part of the bigger picture. Legal rules are supplemented by many informal norms, which guide the actual behaviour of workplace actors. Given the impressive breadth of coverage in the book, and the authors' ambition to identify and explain long term trends and developments, the analysis is not always very detailed; however, thorough referencing provides helpful signposts for anyone who would like to know more.



Leticia Vita

Teoría Pura del Derecho y filosofía del derecho en el siglo XXI*

Pensar a la Teoría Pura del Derecho como programa y como enfoque específico del derecho, es la propuesta principal de esta obra que reseñamos y que debe ser leída en sintonía con otras tres recientes publicaciones: la de los tomos 6 (*Veröffentlichte Schriften* 1920–1921) y 8 (*Veröffentlichte Schriften* 1922) de la obra completa de Kelsen (*Hans Kelsen Werke*), ambos editados por Matthias Jestaedt y el Instituto Hans Kelsen de Viena en 2020, y la de *Hans Kelsen in seiner Zeit* (Hans Kelsen en su tiempo), editado por Clemens Jabloner, Thomas Olechowski y Klaus Zeleny en 2019. Todas ellas demuestran que el interés por Kelsen y su teoría sigue absolutamente vigente.

Los 24 trabajos que integran esta obra fueron presentados a fines de 2018, en el encuentro de la sección alemana de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (*Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*) en

la ciudad de Freiburg. Sus editores son Matthias Jestaedt, profesor de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau y, como señalamos, editor de la monumental obra *Hans Kelsen Werke*; Ralf Poscher, director del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional en Freiburg y Jörg Kammerhofer, profesor en la Facultad de Derecho de la Albert-Ludwigs-Universität y miembro del grupo de investigación Hans Kelsen.

El prólogo de esta obra destaca un aspecto no tan revisado de la obra de Hans Kelsen: el de su extensa resonancia en otras comunidades académicas. Existe un vínculo muy claro entre la vida de Kelsen, su destino como exiliado y la expansión de su obra en otras latitudes. Recordemos que Kelsen nació en Praga en 1881 y se mudó, a los pocos años, con su familia a Viena, donde vivió la mayor parte del tiempo hasta que se radicó definitivamente en Alemania en 1925. Con la llegada de Hitler al

* MATTHIAS JESTAEDT, RALF POSCHER, JÖRG KAMMERHOFER (eds.), *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand / Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions*. Tagung der Deutschen Sektion der

Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie vom 27.–29. September 2018 in Freiburg im Breisgau, Stuttgart: Franz Steiner Verlag 2020, 427 p., ISBN 978-3-515-12568-0

poder su destino de exiliado fue confirmado. Si bien recibió ofertas para trabajar en la *London School of Economics* y la *New School of Social Research* en New York, escogió la oferta del *Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales* en Ginebra, por sentirse más cómodo con el idioma francés que con el inglés.

Mientras daba clases en Ginebra, Kelsen alternaba sus seminarios con las clases que dictaba en la Universidad de Praga. Sin embargo, allí recibiría ataques por su origen judío y sus ideas. El estallido de la guerra finalmente lo obligó a trasladarse a los Estados Unidos, donde viajó sin ninguna oferta académica firme. En 1941 ingresó a Harvard como profesor visitante y, en el verano de 1942, recibió una invitación como profesor visitante en la Universidad de California, en Berkeley.

Este recorrido que habla de la «perdida y ganancia» de la vida de los exiliados académicos, ha sido extensamente trabajado por Peter Burke en el marco de su historia del conocimiento.¹ La necesidad de aprender bien un nuevo idioma a edad avanzada, es uno de los principales obstáculos que se presentan. Como lo destacan los editores de la obra que reseñamos, este aspecto no es menor a la hora de entender el alcance y la profundidad de la recepción global kelseniana.

A Kelsen, enfatizan, el nazismo no solo le quitó su nacionalidad sino también su lengua. Luego del exilio, Kelsen tuvo que producir académicamente en otros idiomas (primero francés y luego inglés) y ya nunca lo haría con la comodidad que le brindaba su lengua materna. La *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho), fue publicada, precisamente, por primera vez en 1934 en idioma alemán. Es una obra del exilio que sería de nuevo editada recién en 1960, en el marco de cierto redescubrimiento de Kelsen en la Alemania de posguerra.

De allí la importancia de las traducciones, sobre todo las buenas, para comprender cabalmente el nivel de la expansión y discusión de su obra y no caer en los consabidos malentendidos. Los editores destacan este punto con especial énfasis, y allí nos

interesa detenernos. Para el ámbito hispanohablante destacan la figura protagónica del español Luís Legaz y Lacambra, quien fuera el principal vector de la obra de Kelsen en España, pero también en gran parte de América Latina, en donde esas traducciones circularon muy tempranamente en manos de juristas y profesores universitarios. También señalan los nombres de los argentinos Carlos Eduardo Alchourrón y Eugenio Bulygin, quienes en los años 70 consolidaron un verdadero núcleo de discusión de la teoría kelseniana en Argentina. No mencionan, sin embargo, el excelente trabajo de traducción de la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho* desarrollado por Roberto José Vernengo, publicado por la editorial Porrúa de México. Para el ámbito anglosajón, finalmente, destacan también el rol de la traducción que llevaron a cabo Bonnie Litschewski Paulson y Stanley Paulson de la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho*.

La obra reseñada se ocupa de algunos de los muchos malentendidos (pero también de ciertos consensos) que se han generado respecto de los conceptos clave de la *Teoría Pura del derecho* de Kelsen. Muchos de ellos han sido generados por traducciones menos atentas, el desconocimiento del idioma alemán o por el abordaje de la teoría kelseniana sin prestar atención suficiente a otros trabajos y nombres de la Escuela de Viena. Este aporte, por sí solo, convierte a esta obra colectiva en una lectura de gran interés para quienes estudiamos la teoría jurídica de la República de Weimar.

Los trabajos compilados han sido escritos por 25 especialistas (de ellos, tan solo 4 son académicas mujeres) entre los que se encuentran nombres reconocidísimos de la filosofía del derecho pero también jóvenes de destacado perfil y diversas latitudes. Se trata de 24 capítulos (algunos en inglés y otros en alemán) que se organizan en 4 secciones. La primera, titulada *Die Grundlagen der Reinen Rechtslehre* (Los fundamentos de la Teoría Pura del Derecho) incluye 6 trabajos que se abocan a conceptos centrales de la teoría kelseniana, entre los que se destaca un trabajo de Robert Alexy en el que revisa

1 En particular en PETER BURKE, *Pérdidas y ganancias. Exiliados y expatriados en la historia del conocimiento de Europa y las Américas, 1500–2000*, Madrid 2018.

la teoría de Kelsen en el sistema del no-positivismo para concluir que el tipo de positivismo que mejor encaja con el no-positivismo es el de Kelsen.

En la segunda sección, con el título *Rechtstheorie* (Teoría del Derecho), 5 capítulos se ocupan de las relaciones que la teoría kelseniana plantea entre las normas, y en particular el trabajo de Thomas Hochmann recoge la pregunta por la tarea hermenéutica del jurista en el marco del debate interno de la escuela de Viena.

La tercera, titulada *Die Anwendung der Reinen Rechtslehre auf Rechtsordnungen* (La aplicación de la teoría jurídica pura a los sistemas jurídicos), incluye 5 capítulos que piensan a la Teoría Pura en contextos particulares. Aquí me interesa destacar el aporte de Lena Foljanty, quien innova al mirar la teoría pura en el campo del derecho privado y la relación entre la concepción kelseniana del derecho privado con su idea sobre el rol del poder judicial en la confección de normas y de la democracia.

Por último, la cuarta sección titulada *Ideengeschichtlicher Kontext* (Las ideas en su contexto histórico) revisa aspectos poco tratados del contexto histórico de la teoría pura, incluyendo 8 capítulos entre los que se destacan el de Mario Losano sobre la recepción kelseniana en Italia y el de Stanley Paulson que interpreta la idea de *Grundnorm* (norma básica) de Kelsen en clave de reacción a las ideas de Walter Jellinek.

El balance de la lectura de esta obra es más que atrayente. *Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand* es un aporte actualizado al campo de estudio sobre la obra de Kelsen en general, y de la Teoría Pura en particular, que reúne al mismo tiempo la mirada de especialistas consagrados y la de jóvenes investigadores. Aporta una visión internacional pero al mismo tiempo propiamente alemana y, sobre todo, despeja más de un malentendido y aporta elementos de discusión para la filosofía del derecho en el siglo XXI.



Jean-Louis Halpérin

De Bonn à Berlin*

Professeur émérite à la Freie Universität de Berlin, bien connu par ses travaux d'histoire du droit comme par ses prises de position politiques, Uwe Wesel livre dans cet ouvrage une étude sur plus de 70 ans d'évolution du droit dans le cadre de la République fédérale d'Allemagne. Non seulement cette analyse est fort utile pour les lecteurs non-allemands (comme l'auteur de cette recension), mais elle suscite un grand intérêt sur la problématique (héritée de Montesquieu) du lien entre un régime constitutionnel et l'ensemble des règles de droit qui sont appliquées ou modifiées durant ce régime. Elle renouvelle aussi la question de l'histoire contemporaine du droit poussée jusqu'au temps présent par un observateur qui a lui-même vécu toute la période étudiée. Disons tout de

suite que, sur cette seconde question, Uwe Wesel réussit le pari de combiner la nécessaire distanciation scientifique avec l'expression de ses propres opinions laissant apparaître un jugement politique. L'auteur ne cache pas ainsi qu'il considère scandaleuse la complaisance dont les magistrats allemands ont fait preuve dans les années 1960 et 1970 à l'égard de leurs prédécesseurs de l'époque nazie, de même qu'il trouve injuste (en sens inverse) la sévérité des poursuites contre les anciens juges de la DDR après la réunification. Ce jugement de valeur, que l'on peut comprendre et partager, ne donne nullement à l'ouvrage le caractère d'un écrit partisan, l'auteur se gardant de toute appréciation dévalorisante sur les personnes des gouvernants ou des juristes étudiés. L'étude

* UWE WESEL, *Rechtsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, München: C. H. Beck 2019, 276 p., ISBN 978-3-406-73439-7

est par ailleurs très technique quand elle aborde des questions relativement pointues de droit civil, commercial ou pénal.

En l'absence d'introduction sur la méthodologie et la problématique de l'auteur, il faut suivre le plan chronologique de l'ouvrage pour en dégager le sens au-delà des renseignements fort utiles qu'il fournit sur les principales lois adoptées de 1949 à nos jours, comme sur certaines évolutions relevant davantage de la sociologie du droit. La première des quatre périodes étudiées est celle de l'occupation par les Alliés de 1945 à 1949, c'est-à-dire jusqu'à la création de la BRD. Pour l'auteur, la capitulation sans conditions créait une situation inédite non prévue par les dispositions de la Convention de la Haye de 1907 sur les territoires occupés, une convention qui avait perdu toute portée avec le régime nazi, l'Holocauste et la guerre à outrance (y compris sous la forme des bombardements alliés frappant les civils). La rupture juridique pouvait être interprétée, comme le firent Kelsen et Nawiasky, comme la fin de tout État allemand. Mais les Alliés, comme les Allemands qui devaient continuer à vivre (contrairement à ce que laisse entendre l'expression de *Stunde Null*), admirent certaines formes de continuité avec la situation antérieure au 9 mai 1945 : la confirmation d'un grand nombre de fonctionnaires subalternes, le rétablissement de la structure des communes et des *Länder* puis des tribunaux et le maintien de l'essentiel du droit allemand en vigueur (des règles du BGB à la plupart de celles sur le mariage élaborées en 1938), à l'exception des principales lois nazies qui étaient abrogées. Les processus de dénazification, assez rapidement délégués aux autorités allemandes après les procès des tribunaux militaires et de Nuremberg (dont l'auteur estime le jugement globalement juste, tout en relevant l'indulgence des sentences dans le *Juristenprozess* de 1947, comme le nombre disproportionné de procès organisés par les Français dans leur petite zone d'occupation) mettent en valeur les différences qui n'ont cessé de se creuser jusqu'en 1949 entre les zones d'occupation de l'Ouest et celles de l'Est, avec aussi la constitution de la Bizone et l'échange de monnaies en faveur du D-Mark.

Sans s'appesantir sur les débuts de la Guerre froide, la seconde partie sur l'époque d'Adenauer et Erhard (1949–1966) part des succès de la politique d'Adenauer pour rétablir la souveraineté de la République fédérale (notamment sur la Sarre) et l'intégrer dans l'OTAN comme dans la CECA.

C'est seulement après avoir envisagé les difficultés des dernières années du gouvernement Adenauer, puis celles de son successeur beaucoup moins habile en politique qu'en économie, qu'est analysé le processus d'adoption de la *Grundgesetz*. Beaucoup plus que sur les caractères originaux de la Loi fondamentale, l'auteur insiste sur les développements du droit administratif, du droit pénal, du droit de la famille et du droit social au regard de la jurisprudence du BGH et du BVerfG. La thèse, très convaincante, consiste à montrer que la jurisprudence constitutionnelle a été déterminante pour faire rayonner la constitution sur le droit privé, notamment en imposant la réforme des règles du BGB sur les relations entre époux. En même temps, le BVerfG s'est montré plus conservateur en matière de droit pénal, laissant perdurer la répression à l'égard des homosexuels (avec le chiffre considérable de 50 000 jugements de 1953 à 1965). Cette seconde partie donne lieu à quelques notations de sociologie du droit sur l'application limitée de la loi de 1957 sur les licenciements ou sur les revirements de Nipperdey à propos du traitement des grèves.

La troisième partie traite de la période qui va du premier gouvernement de Grande coalition en 1966 jusqu'à la réunification de 1990. À nouveau les transformations du droit, initiées par les sociaux-démocrates ou par les démocrates-chrétiens, sont mises en relation avec les évolutions politiques et jurisprudentielles. Les nouvelles lois sur la famille, la cogestion des entreprises de plus de 2 000 salariés ou la réforme du droit pénal infléchissent nettement des règles d'usage quotidien. L'auteur note qu'à la même époque, les professions juridiques sont peu affectées par ces changements : la réforme des études de droit (1971–1984) échoue et le développement quantitatif de la profession d'avocat ne conduit à des réformes que dans les années 2000.

La quatrième partie portant sur les changements intervenus dans le droit allemand depuis la réunification est une des plus longues. Elle n'occulte pas les débats sur les crises traversées par le BVerfG (sur les crucifix dans les écoles bavaroises, sur l'affaire *Soldaten sind Mörder*, sur l'avortement), sur les nouvelles étapes de l'intégration européenne et les réserves qu'elle peut susciter, sur les lois Hartz (qui n'ont pas créé une nouvelle pauvreté, mais n'ont pas résorbé l'ancienne selon l'auteur) ou sur l'accueil des réfugiés lors de la crise migratoire de 2015. À nouveau, les principales

réformes sont replacées dans leur contexte: la refonte du droit des obligations dans le BGB en 2002 est mise en relation avec l'évolution de la jurisprudence sur les parties en état de faiblesse dans un contrat (l'affaire de la caution jugée par le BVerfG en 1993), tandis que l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe (2017) est considérée comme une suite logique du partenariat de 2001. En matière de droit pénal, l'auteur accorde une large place aux décisions du BVerfG et de la Cour européenne de Strasbourg sur la rétention de sûreté (*Sicherungsverwahrung*), à la discussion des thèses de Günther Jacobs sur le droit pénal de l'ennemi et sur les réponses proposées en matière de lutte contre le terrorisme, avec les controverses relatives à un possible recours à la torture. S'il est relevé que le taux d'incarcération en Allemagne est inférieur à ce qu'il est en France, en Espagne au Royaume-Uni et plus encore aux États-Unis, on peut regretter que l'analyse ne soit pas plus poussée sur le développement d'une législation sécuritaire et sur les garde-fous que le BVerfG a développés, notamment en matière d'interception des conversations privées.

C'est dans les trois dernières pages, en guise de conclusion, que l'ouvrage s'interroge sur le fondement juridique de la BRD. Pour l'auteur la Répu-

blique fédérale est une création des puissances occidentales, à l'origine imposée de l'extérieur aux Allemands. Ce régime s'est consolidé à la faveur du miracle économique et démocratique amorcé dès les années 1950. L'État de droit s'est enraciné grâce à la jurisprudence du BVerfG et l'on doit rester optimiste dans les capacités de cette juridiction à faire face aux périls renouvelés de la xénophobie et de l'antisémitisme.

L'ouvrage postule ainsi une grande continuité dans le développement du droit allemand sous le régime de la BRD. Cette thèse peut être discutée au regard de l'évolution de la société allemande sur plus de deux générations qui a entraîné notamment d'importants changements dans les professions judiciaires et juridiques. On peut se demander dans quelle mesure la prédominance des juges et des professeurs de droit, encore au cœur de la composition du BVerfG, n'a pas été entamée par la montée en puissance d'avocats de plus en plus nombreux. Plus encore, se pose la question de savoir si la réunification n'a pas transformé le régime de Bonn en une république de Berlin qui présenterait une nouvelle configuration juridique.



Hans-Peter Haferkamp

Der Jurist als solcher*

Welche Rolle spielten Juristen in der DDR-Diktatur? Diese Frage beschäftigt Inga Markovits schon ein langes Forscherinnenleben. Bereits 1969¹ lautete ihre Antwort: Die DDR-Juristen blieben Juristen.

Nun hat sich Markovits ein neues »Labor« (16) gesucht: Die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin vor 1989. Und zugleich erweitert sie durch den vergleichenden Blick auf die NS-Zeit die These: Juristen blieben in allen deut-

schen Diktaturen des 20. Jahrhunderts ganz normale Juristen.

Wie auch sonst in ihren neueren Büchern, sucht Markovits nicht die Nähe zur Forschung. Sie begnügt sich mit dem »Vertrauen meiner Leser in die Glaubwürdigkeit meiner Forschungen« (10), weist die verwendeten Archivalien konkret nicht nach, interessiert sich wenig für die Sekundärliteratur und komponiert aus ihren Aktenstudien ein gut lesbares Buch für das breite Publikum. Nur Spezi-

* INGA MARKOVITS, Diener zweier Herren. DDR-Juristen zwischen Recht und Macht, Berlin: Christoph Links Verlag 2020, 239 S., ISBN 978-3-96289-085-8

1 INGA MARKOVITS, Sozialistisches und bürgerliches Zivilrechtsdenken in der DDR, Köln 1969.

alisten können daher beurteilen, was an diesem Buch neu ist.

Ihre »Protagonisten« (9 und durchgehend) sind die Dozenten an der HU und die sie umgebende Politik. Darüber, was konkret gelehrt wurde, wie geprüft wurde, wie das Studium ablief,² was man seitens der HU in die DDR-Gesetzgebung einspeiste und welche Folgen dies für DDR-Bürger hatte, darüber erfährt man wenig.

Im Kern geht es um die internen politischen Auseinandersetzungen und die Konflikte mit der Partei. Es entsteht das Bild durchaus sympathischer Idealisten. Da sind die »young Turks« (155) der 1950er Jahre, denen Markovits auch persönlich oft begegnet ist: Von einem gerechten Sozialismus träumend, entwickeln Intellektuelle wie Klenner, Mollnau und Schöneburg »intelligent, belesen und politisch rabiat« (34) früh mutig eigene Ideen und werden dafür gemaßregelt. Auch Graefrath ist »Opfer der Babelsberger Konferenz« (76) und träumt vom freien sozialistischen Gespräch (157). Da ist der Strafrechtler Lekschas ein »fähiger und stolzer Mann« (175) und auch ein »Schlitzohr« (180), und der Wirtschaftsrechtler Heuer: »jung, energisch« (175). Über allen thront der »bürgerliche« Nathan, der sich viel erlauben kann, alles Menschen voll »intellektuelle(r) Neugier« (179). Wann immer es die politische Situation zulässt, findet Markovits »Strategien, mit denen die HUB-Juristen den Anspruch der Partei auf politischen Gehorsam unterlaufen konnten« (109). Klappt das nicht, zeigen sie sich »von der intellektuellen Enge an der Fakultät« bedrückt (175). Sie können nicht gut mit der Diktatur, sie sind eben »ideologieunbegabt« (200) – und zwar weil sie eben Juristen sind.

Was also sind das für Juristen, deren Loblied Markovits in diesem Buch singt?

Sie sind tief geprägt vom juristischen Handwerk. Juristisch denken, »erfordert Skepsis, Beweise, eine eindeutige Sprache, die Verhandbarkeit von Positionen und Kompromissbereitschaft« (17). Juristen müssen selber denken, was sofort zum Vorwurf der Partei führt, sie würden dem Recht »eine selbständige, von der politischen Macht getrennte Eigengesetzlichkeit zubilligen«

(69). Zwingt man sie dann in die offen politische Sphäre, fühlen sie sich nicht wohl. Politischer Kampf ist ihr Ding nicht: »Juristen lieben Ordnung und Disziplin« (40). Ihnen fehlt »das Talent zum Sprung ins Ungewisse« (100). Sie ziehen sich dann zurück in den »Elfenbeinturm der HU« (39), denn »meine Protagonisten verstanden sich nicht als Rebellen« (44). Im »Minenfeld der Macht« herrscht für Juristen »Unsicherheit und Beklommenheit« (72): »Bei Zweifeln fragt man lieber oben an« (73). Auf Druck reagiert man mit »Gehorsam« (73), passt seine Texte an, wird aber müde und initiativlos. Juristen wollen keinen Streit und können sich doch nicht einfach der Macht unterwerfen.

Und damit waren sie nicht viel anders als »Juristen überall« (98), also auch ihren westlichen Kollegen sehr ähnlich: »Die juristische Methode, die sich deduktiv vom Allgemeinen zum Besonderen bewegt; die Tendenz, ein Rechtsproblem in viele begriffliche Bausteine zu zerlegen; die Beziehungen dieser Bausteine zueinander innerhalb der Logik des Systems; die ›Grammatik‹ des Rechts, in der Juristen miteinander diskutieren, waren in Ost- und Westdeutschland weitgehend identisch.« (84) Mit Blick auf das geltende Recht »dachten die Humboldt-Juristen wie Juristen« (84). Konsequentermaßen suchten sie Zugang zu Westliteratur (88). »Wie ihre bürgerlichen Vorgänger an der Berliner Universität waren die HUB-Juristen Positivisten. Sie vertrauten dem geschriebenen Gesetz mehr als dem sozialistischen Richter. Sie liebten die begriffliche Genauigkeit und Vorhersehbarkeit des Rechts, sie liebten das Schritt-für-Schritt juristischer Argumentationen, sie liebten Regelmäßigkeit und Ordnung« (100). Mit bloßen politischen Programmsätzen kommen sie nicht klar, »sie sahen nicht wie richtige Gesetze aus. Sie hatten keine erkennbare juristische Struktur: keine Paragraphen, keine Definitionen, keine Wenn-dann-Bestimmungen« (94). Juristen wehren sich gegen »die politische Verwässerung ihrer Berufssprache« (96). Bei all dem war ihr Denken durch und durch konservativ-bewahrend, denn Juristen »fühlen sich in der bestehenden Rechtssystematik zu Hause und können sich keine andere vorstellen« (93).

2 Hierzu mit vielen Einzelheiten etwa das von Markovits nicht verwendete Buch von MALGORZATA LIWINSKA, *Die juristische Ausbildung in der DDR*, Berlin 1997.

Sie sind auch dann nicht in der Lage, politische Willkür zu verarbeiten, wenn sie politisch auf der Seite des Staates stehen, denn Ihr Handwerk ist »revisionistisch« (85). Darin liegt zugleich ihre politische Funktion: Auch wenn Juristen politisch den Staat begrüßen, zwingt ihr unentrinnbares Denken zur Willkürabwehr. Es geht nicht um Widerstand. Sie können nicht anders. Indem Juristen das tun, was sie als Juristen tun müssen, nämlich ihr Handwerk auf das Recht anwenden, begrenzen sie Willkür (210), verrechtlichen die Macht und gewinnen »dem Maßnahmenstaat DDR mehr und mehr Land« ab. Und schon allein dadurch bewegte sich die DDR »auf den Rechtsstaat« zu (211). Juristen haben also »zivilisierenden Einfluss«: »Eine Gesellschaft, in der Juristen etwas zählen, ist besser als eine Gesellschaft ohne sie« (210).

Mit einer solchen Riesenthese umzugehen, ist nicht ganz leicht. Konkret wird es ja kaum. Keine Fallstudien, keine vergleichenden Detailanalysen, kein Blick in die konkreten Ergebnisse. Nur zeitgenössische Bekenntnisse zum und Kritik am »Handwerk«.

Waren Technik und Politik wirklich so streng getrennt? Und wie soll man es sich vorstellen, dass eine Ausbildung, die ständig darauf befragt wird, ob sie »positivistisch« ist, im Ergebnis doch wieder »Positivisten« produziert? Einfach deswegen, weil man mit dem »täglichen Arbeitsmaterial des Juristen« (44), insbesondere mit den bürgerlichen Gesetzen, weiter arbeitete, wie Markovits suggeriert? Ging es nicht auch um neue Normtypen, neue Anwendungstechniken, neues »Handwerk«? Das Oberste Gericht der DDR wird damit zitiert, dass Volksrichter sich an den Wortlaut des BGB zu halten hätten (83). Zum Denken des OG passt das freilich schlecht, weil hier – wie etwa die nicht zitierte Arbeit von Knauf gezeigt hat³ – zeitgleich und ganz antipositivistisch die offene Nichtanwendung des BGB unter Berufung auf politökonomische Argumente praktiziert wurde.

Und natürlich liegt in der Behauptung, der »Positivismus« habe die Köpfe beherrscht, nicht nur eine fragwürdige »Ehrenrettung meiner Protagonisten« (210), sondern auch eine sehr alte

Entlastungsstrategie: Genau so argumentierten nach 1945 die NS-Richter, nur umgekehrt: Der »Positivismus« habe sie wehrlos gemacht. Nun also: Glücklicherweise ist, wer Jura studiert hat. Er muss keinen offenen Widerstand leisten und tut dem Land auch so gut? Seit über 50 Jahren wird dem entgegengehalten, dass »Positivismus« im Nationalsozialismus weder die Theorie noch die Praxis bestimmte und – wenn verwendet – kein Denkwort, sondern eine juristische Strategie war.

Problematisch ist daher das Schlusskapitel. Hier wagt Markovits auf dünnem Forschungsstand eine »Spekulation« (20), indem sie ihre Ergebnisse für Professoren an der HU auf die Richter im Nationalsozialismus überträgt. Sie vermutet, auch nach 1933 würden sich (jenseits der politischen Sondergerichte) »die ordentlichen Richter des Systems (gerade so wie ihre DDR-Nachfolger Jahrzehnte später) vor allem als Juristen definiert haben. Sie wollten ihren Beruf ausüben. Auch ein Maurer, der begeisterter Parteigenosse war, wird unter Hitler eine Wasserwaage und ein Senkblei benutzt haben, um eine gerade Wand zu bauen. Das Werkzeug der Nazi-Richter bestand aus Instituten, Begriffen, Methoden und den geltenden Gesetzestexten. Ich nehme an, dass sie ihr juristisches Handwerkszeug so sorgfältig und effizient benutzten, wie ihr Terminkalender, ihre Ausbildung, ihr Talent und die politischen Umstände es erlaubten.« (216)

Zum Nachweis erzählt sie eine suggestive Geschichte. So habe die Zeitschrift *Kritische Justiz* 1969 versucht, die Veröffentlichung einer Studie von Grunsky zu verhindern, die festgestellt habe, dass noch 1939/40 die Justiz in 14 von 38 veröffentlichten Fällen ganz positivistisch zugunsten jüdischer Parteien entschieden hätte. Zum Nachweis, dass dies ein wohl ungewolltes Ergebnis sei, verweist sie darauf, dass die Untersuchungen der damaligen Gerichtspraxis alle »qualitativer und nicht quantitativer Art« seien (212). Markovits sieht sich als Aufklärerin aus den USA, die das sagen kann, was in Deutschland verboten ist. Aber ganz so einfach ist es nicht. In ihrer begrenzten Literaturkenntnis übersieht sie nicht nur, dass es inzwischen eine ganze Reihe statistischer Untersuchungen zur Justiz im NS gibt,⁴ sondern auch,

3 VERENA KNAUF, Die Zivilentscheidungen des Obersten Gerichts der DDR von 1950–1958, Berlin 2007.

4 Vgl. nur PHILIPP HACKLÄNDER, »Im Namen der Deutschen Volkes«, Berlin

2001; JONAS KÜSSNER, Die familienrechtlichen Entscheidungen des Landgerichts Köln in der Zeit von 1933–1945, Münster 2013.

dass die Fragestellung Grunskys schon oft untersucht wurde, freilich mit deutlich differenzierenden Ergebnissen. Der Mythos vom Juristen, der nicht aus seiner Haut kann, bekam etwa in der Untersuchung von Schiller zum OLG Karlsruhe Risse. Hier waren die Richter besonders in der Anfangszeit massivem politischem Druck ausgesetzt. Es ergab sich ein äußerst uneinheitliches Bild. Manche Richter versuchten eine Entpolitisierung durch Dogmatik und flaggten das Urteil als höflich-unpolitische fachliche Arbeit aus. Andere schoben offensive politische Begründungen in den Vordergrund, um sich politisch abzusichern. Auf beide Wegen blieben jüdische Parteien in der Regel erfolglos. In späteren Jahren, während der »Arisierung«, fand Schiller dagegen ebenfalls Fälle, in denen die jüdischen Parteien obsiegten.

Wenn hierbei »an die Stelle des deportierten Klägers bereits der badische Finanzpräsident getreten war«, ⁵ um zu verhindern, dass ein Unternehmen unter ausländischen Einfluss geriet, wurde freilich deutlich, was auch Dreyer für das OLG Düsseldorf herausstellt: dass »für den Staat in Vermögensstreitigkeiten Interesse am Obsiegen der jüdischen Partei bestand. Denn einen Vermögenszuwachs auf jüdischer Seite konnte man durch gesetzliche Maßnahmen abschöpfen (etwa durch die sog. Reichsfluchtsteuer). Gewann die nichtjüdische Partei, so war deren Vermögensgewinn für den Staat verloren.« ⁶ Diese Richter wussten genau, was sie politisch taten, auch dann, wenn sie die Rolle des »Juristen als solchen« einnahmen.



Matthias Schwaibold

Monumentale Enttäuschung*

Dass Gerichtsgebäude Gegenstand rechtshistorischer Betrachtung sein können, ist nicht zu bezweifeln. Ausweislich des Literaturverzeichnisses betritt der Verfasser dieser Zürcher Dissertation wenig erschlossenes Neuland, wofür er Anerkennung verdient. Er stellt einleitend eine These auf und umschreibt die Ziele der Arbeit (Kapitel 1, 1–4); Kapitel 2 ist eine kurze Abhandlung zu »Recht und Ästhetik« (5–10). Kapitel 3 ist im Wesentlichen eine Stilkunde mit Schwerpunkt ab der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts bis zur Gegenwart (11–56). Das 4. Kapitel ist markanten Beispielen von Justizbauten, im Wesentlichen aus der Zeit von ca. 1860 bis 2016 gewidmet (57–124); im Mittelpunkt steht aber der Abschnitt über die Monumentalarchitektur der Justizpaläste bis 1914.

Die Schlussbetrachtung (Kapitel 5, 125–129) hebt hervor, dass bisher vor allem die »einschüchternde« Wirkung von Justizbauten in der Literatur behandelt wurde, die man zumindest den jüngsten Gerichtsbauten nicht in gleicher Weise vorhalten kann. Rund 15 indessen durchgehend wenig befriedigende Bilder illustrieren die Ausführungen.

Gleich im Vorwort steht ein Satz, der die Fragwürdigkeit des ganzen Unterfangens beleuchtet: »Ob das Recht in unserer Gesellschaft seine Wirkung, seine Härte oder seine Milde, seine Schönheit und auch seine Würde auf Dauer entfaltet und entwickelt, hängt auch davon ab, welchen architektonischen Rahmen wir ihm zugestehen.« (V) Das ist zwar hübsch formuliert, läuft aber gleich in verschiedene verkehrte Richtungen: Denn das

5 CHRISTOF SCHILLER, Das Oberlandesgericht Karlsruhe im Dritten Reich, Berlin 1997, 355.

6 MARTIN DREYER, Die zivilrechtliche Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf in der Nationalsozialistischen Zeit, Göttingen 2004, 334.

* PHILIPP VON SCHWEINITZ, Justizbauten als ästhetischer Ausdruck des Rechts. Eine rechtshistorische Untersuchung von Gerichtsbauten in Frankreich, Deutschland und in der Schweiz von der Gründerzeit bis zur Gegenwartsarchitektur (Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, 73), Zürich: Schulthess 2020, XXIV, 129 S., ISBN 978-3-7255-8142-9

»Recht« hat jedenfalls nach Auffassung des Rezensenten weder Schönheit noch Würde; und das Recht beschränkt sich schon gar nicht auf das, was innerhalb von Gerichtsgebäuden davon angewandt wird. Sowenig wie – ernsthaft überlegt – die Qualität der Rechtssetzung von der Bauweise des Parlamentsgebäudes oder der Ausstattung des Rats-saales abhängen kann, sowenig dürfte von den architektonischen Gegebenheiten einzelner Gerichtsgebäude eine Rückwirkung auf »das Recht« insgesamt ausgehen. Gerichtsgebäude sind in allererster Linie Arbeitsplätze und notwendigerweise »Bühnen« oder »Bühnenräume« für bestimmte, justizielle Geschehnisse (insbesondere Prozesse); das »Recht« ist mit solchen Gebäuden sicher weniger verbunden als jeder Rohstoff oder jede sonstige Materie mit einem Industriegebäude und nicht mehr als ein Bürokomplex mit den Inhalten derer, die darin irgendwelche Dienstleistungen erbringen.

Die einleitend (1) formulierte These, wonach sich aus der ästhetischen Gestaltung von Justizbauten Rückschlüsse auf die Wahrnehmung des Rechts in der Zeit ihrer Errichtung ziehen lassen, erscheint wenig überzeugend: Denn genauso müsste sich dann aus Spitalbauten, Kirchen oder Industriebauten etwas über die Wahrnehmung von Gesundheit, Gott oder Wertschöpfung ableiten lassen. Recht, Gesundheit und Wertschöpfung (Gott lassen wir jetzt auf der Seite) existieren aber unverändert vor und nach jeder Baute bzw. werden zeitgleich in unterschiedlich alten Bauten »verwaltet«. Und zwei Gebäude, zwischen deren Errichtung 30 Jahre liegen, können radikal unterschiedlich sein, ohne dass daraus abzuleiten wäre, dass sich in den 30 Jahren »das Recht« oder die Wahrnehmung desselben in gleichem Maße verändert hätten. Man nehme nur das »expressionistische« Amtsgericht Dorsten von 1929 (abgebildet: 43) und stelle es neben das als Beispiel für den Jugendstil angeführte Landgericht I (Berlin-Mitte, 1896–1905, abgebildet: 39). Das BGB und die ZPO galten an beiden Orten doch in relativer Stabilität. Und im »Palais de Justice« in Straßburg (erbaut unter Wilhelm II. 1889–1893 und erwähnt: 35) galten hintereinander, ohne dass er einstürzte, der napoleonische Code Civil bis Ende 1899 und das neue BGB ab 1900, und ab 1919 traten nach und nach wieder die französischen Gesetze in Kraft. Die unterstellte Wechselwirkung stimmt allenfalls dann, wenn man über das einzelne, konkrete Gebäude hinaus etwas sagen könnte; bloß ist die

Einzelbaute in allererster Linie das Produkt ihres Architekten, und Architekten sind nicht wirklich dazu berufen, etwas über das Verhältnis ihres »Produkts« zum Recht als solchem verbindlich auszusagen. Dreidimensionales Erleben des juristischen Kontexts (1) findet indessen auch in jeder Anwaltskanzlei und jedem Verwaltungsgebäude statt, und damit hat sich nach Ansicht des Rezensenten die These von Anfang an als wenig tragfähig erledigt.

Denn wie der Verfasser aus einer zuvor ausführlichst herangezogenen Schrift des Württembergischen Beamten-Architekten Theodor von Landauer aus dem Jahre 1900 zitiert (72), sollen die Gerichtsgebäude bzw. Justizpaläste die Bedeutung der höheren Gerichte als staatlicher Institutionen hervorheben – und das hat mit dem »Recht« höchstens indirekt zu tun. Warum dann 120 Jahre später anstelle der »Institution« deren »Gegenstand«, eben das Recht, für die Deutung der architektonischen Botschaft maßgeblich sein soll, wäre zwar eine durchaus spannende Fragestellung, aber die Antwort darauf liefert uns jedenfalls die vorliegende Arbeit nicht. Nach Überzeugung des Rezensenten wird es auf die so formulierte Forschungsfrage auch gar keine sinnvolle Antwort geben können. Nicht umsonst lesen wir sodann (80), dass die Justizbauten des deutschen Kaiserreichs nach damaliger zeitgenössischer Auffassung der Repräsentation »des Staates« (ergo nicht: des Rechts) dienten. An anderer Stelle lesen wir: »Ein Bauwerk ist stets vor dem Hintergrund seiner jeweiligen Kultur- und Zeitgeschichte zu sehen« (11). Womit das »Recht« ausgeschlossen ist, und leider bleibt bis zum Schluss unerklärt, welchen Anteil das »Recht« auf eines der vorgestellten Gebäude denn tatsächlich hatte.

Neben diesen grundlegenden Einwänden ist dem Rezensenten noch Anderes, meist störend aufgefallen: Als praktizierender Anwalt bestreitet er nachdrücklich, dass sich (entgegen 12, 60 f.) die Funktionen eines Gerichtsgebäudes aus den Prozessordnungen oder den Gerichtsverfassungsgesetzen ergeben, und auch aus den Zuständigkeiten an sich folgt nichts für die Architektur (entgegen 13). Inkohärent erscheint sodann die angebliche Beschränkung der Untersuchung auf die Schweiz, Deutschland und Frankreich: Denn die Ausführungen zu den Justizpalästen in Brüssel und Wien nehmen großen Raum ein, es werden sodann Gebäude aus Italien, Indien, Spanien und den USA erwähnt und teilweise sogar im Bild gezeigt, ja

»justizfremde« Bauwerke angeführt. Das ist nicht weiter tragisch, bleibt aber letztlich unerklärt, wie ebenfalls unerklärt bleibt, warum in einer Zürcher Dissertation nicht mehr schweizerische Gerichtsbauten behandelt werden: Es kommen zwar die beiden Bundesgerichtsgebäude, das alte und das neue, in Lausanne vor, desgleichen das Bundesverwaltungsgericht in St. Gallen und das Bundesstrafgericht in Bellinzona; aber die Frage wäre doch, ob diese vier Gebäude für irgendetwas bezüglich des schweizerischen Rechts stehen. Dazu liest man schlicht nichts. Auf S. 103 steht denn auch ein in dieser Hinsicht entscheidendes Zugeständnis über die Gerichtsbauten in Deutschland ab ca. 1960: Es handle sich um eine Vielzahl von Gerichtsgebäuden, die sich nicht von Verwaltungs-, Versicherungs- und Bürogebäuden unterscheiden. Womit zugleich gesagt ist: mit dem »Recht« hat es offenbar alles nichts zu tun.

Gewiss treffen wir auf S. 86 auf einen interessanten Gedanken: Die ganz überwiegend in klassizistischem Stil gehaltenen »Justizpaläste« der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts sollen sich von den neugotischen Kirchen und Rathäusern unterscheiden; demgegenüber seien Amtsgerichte in Deutschland häufig neugotisch gewesen. Was letztlich angesichts desselben Rechts, das in allen diesen Gerichten zur Anwendung kam, doch die Eingangsthese eher zu erschüttern denn zu bestätigen vermag. Dass der Neubau des Bundesverfassungsgerichts auch 50 Jahre nach seiner Vollendung gelobt und als Paradebeispiel einer »demokratischen« Architektur hervorgehoben wird (48, 105 ff.), ändert nichts daran, dass er die Gesamtwirkung der Schlossanlage doch ganz erheblich beeinträchtigt hat, wie der Rezensent als geborener Karlsruher nicht unerwähnt lassen kann. Gelungen ist die Passage zur »Bedeutungsarchitektur« (111 f.), die von Gerichtsgebäuden nunmehr verlangt wird (ganz im Sinne des »demokratischen« Bauens, Autorität ausstrahlend, aber nicht autoritär wirkend). Auf S. 125 steht dann die Wiederholung der

unbelegt gebliebenen These, wonach die Gebäude ein unterschiedliches Rechtsverständnis belegen würden. Aber in den dazu gelieferten Ausführungen (125 ff.) ist nicht vom »Recht«, sondern vom »Staat« die Rede und vom »Dienstleistungsunternehmen Justiz«. Bezüglich der Gegenwartsarchitektur schreibt der Verfasser abschließend von den Schwierigkeiten einer »eindeutig lesbaren Symbolik« – das ist doch das Eingeständnis, dass es die gerade nicht gibt.

Die Bezeichnung der entsprechend großen Gebäude als »Justizpaläste«, letztlich nichts anderes als eine Eindeutschung des französischen »palais de justice«, ist nicht weiter zu beanstanden; altertümlich bzw. künstlich wirkt dagegen die vom Verfasser gepflegte Sprachregelung, von den Gebäuden »zu« Brüssel, »zu« Paris, »zu« Nürnberg etc. zu reden, statt das weniger prätentiose »in« zu verwenden. Unpassend ist zudem, wenn aus dem (im Französischen männlichen) »Palais de Justice« auf Deutsch »das« Palais de Justice wird. Ebenso unbefriedigend ist (122 f.), dass die Ende Dezember 2018 abgeschlossene und 2020 gedruckte Arbeit offenlässt, den tatsächlichen Zustand des Neubaus des Palais de Justice in Paris von Renzo Piano – dass er nämlich schon bezogen wurde – festzuhalten. Auf S. 99 findet sich schließlich ein abgründiger Druckfehler: Hitlers »Neue Reichskanzlei« wird als »Neue Rechtskanzlei« bezeichnet.

Man legt die Arbeit mit dem Gefühl zurück, dass einige gute Ansätze unter einer Vielzahl von wenig überzeugenden Überlegungen verschüttet wurden. Insbesondere bleibt damit eine »Schweizerische Gerichtsarchitektur« noch zu schreiben; ob sie tatsächlich zu Erkenntnissen »über« das schweizerische Recht führt, oder umgekehrt einen Einfluss des schweizerischen Rechts »auf« die Gerichtsgebäude in der Schweiz offenbaren würde, wagt der Rezensent indessen zu bezweifeln.



Philipp Schmitt

The First Steps of Europe's Most Contested Authority*

In his legal dissertation, Martin Thiele undertakes an extensive study covering the early days of the EEC-Commission and its predecessor, the High Authority (HA) of the European Coal and Steel Community (ECSC). He attempts to write a legal history from a public law perspective (15). His approach is threefold. First, regarding the institutional set up of the HA, he focuses on the key actors' legal thought, the negotiations of the ECSC-Treaty of 1951 and its reception in legal science, as well as the failures of the European Defence and European Political Community (EDC and EPC). Secondly, he studies the first steps of the HA in its ambition to secure room to manoeuvre both internally and externally. Thirdly, the last chapter contains an analysis of the Rome Treaty negotiations with a particular focus on the HA's role, as well as an overview of the activities of the early EEC-Commission concluding with the Merger Treaty.

In his first chapter, Thiele analyses the considerations in the French Planning Commissariat under Jean Monnet. He depicts Monnet's experiences in the allied planning authorities during both world wars in a biographical manner (69). His emphasis of Paul Reuter, the adjoint jurist consult in Schuman's Ministry for Foreign Affairs, is noteworthy. Reuter was crucial for drafting both the Schuman Declaration and the initial French proposal for the ECSC-Treaty. Thiele shows how the idea of a powerful sectoral authority found its way from the US Tennessee Valley Authority, which was instrumental in fighting cartels and an example of federal governance, into the Schuman Declaration through a combination of Reuter's suggestions and Monnet's technocratic preferences. Reuter then was one of the presidents of the judicial group during the negotiations and he published the leading study on the ECSC-Treaty

in 1953. Despite his multifaceted role, Reuter and his relationship to Monnet, who eventually replaced him with the later General Attorney Maurice Lagrange, still deserves further research. By combining drafts and publications, Thiele explains Reuter's legal thinking and influence. He analyses how the omnipotent HA in the initial French proposal, whilst remaining the main actor, was restrained by adding a Special Council of Ministers and a Court (109). He also shows how the German delegation, which had to back down on its federal demands, succeeded in the establishment of a permanent Assembly (197). It is illuminating to read about the German delegation's frustration at attempting to convey the need for a federal structure – and, indeed, the very concept of federalism – to their French and Belgian counterparts (120 f.). The other delegations' opposition against the German desire for a federal European constitution, however, did not stop its representatives, such as the later EEC-Commission president Walter Hallstein, from using the federal constitution as a metaphor to describe the ECSC (123). Thiele is also interested in the relationships between these different actors, and he relies on biographies and oral history collections, for example, to emphasise the good atmosphere during the negotiations, which makes his work an enjoyable and at times surprising read (133–137).

Thiele then evaluates the contemporary legal literature on the Treaty (143 ff.) and refers to recent sociological accounts of the debate on the legal nature of the ECSC (Bailleux, *Penser l'Europe par le droit*, 2014). He highlights the practical importance of this question: If the Treaties were regarded as international law, this would have led to a narrow interpretation of the HA's competences, so as to safeguard the sovereignty of the member states (157). Like Delfs (Komplementäre Integration,

* MARTIN THIELE, *Motor der Integration: Europarechtsgeschichtliche Grundlegung der Europäischen Kommission*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, 569 p., ISBN 978-3-16-157566-2

2015), Thiele emphasises the importance of the debate between monism and dualism in international law scholarship for the development of Community law (165). Whilst one should be aware of the debate, it appears an oversimplification to state that proponents of an independent, supranational European legal order followed monism, and adherents of an international law model followed dualism (166 f.). To map out the actual effects of this debate is difficult. The example is again Reuter, who – despite being a dualist – was a strong proponent of the supremacy of community law and supranationalism, as Thiele himself shows (170, 352). He then provides an account of the negotiations on the EDC and EPC (§ 3). Here he struggles to link these to the later EEC-Treaty, which seems to be only possible by showing where negotiators of the latter declared that they had relied on or decided against the EPC/EDC-drafts. The drive for a more state-like shape of the EPC, for example, with laws instead of decisions (266), led to a standstill. To secure ratification of the EDC-Treaty, France demanded a veto right in the Council and that the latter should only decide unanimously for the first eight years – almost a blueprint for the empty chair crisis of 1965/66. In order to understand later developments, it is important to analyse the growing intergovernmentalism, which led to the failure of the EDC. This made it questionable to what extent the HA had discretion to act independently and led its officials to conceive themselves as the »dernier bastion communautaire« (293).

The second chapter analyses how the HA became the »motor« of the ECSC. Concerning the internal sphere of the ECSC (§ 4), Thiele focuses on a series of judgments of the European Court of Justice (ECJ) balancing the HA's need for discretion and the boundaries set by the Treaty. He shows how the HA tried to frame these issues in a constitutional law terminology (303). Both Michel Gaudet, the well-known head of the Legal Service (298 ff.), and Lagrange advocated for a discretion of the HA along the lines known from administrative law, whereas the French government, represented by Reuter, advocated for a restrictive interpretation of the HA's competences as applied to international treaties. The ECJ accepted the HA's discretion to weigh different interests (306), a ruling that corresponded closely to Reuter's writings, as Thiele points out (311). He analyses the case law on the problem of implied powers (317) and combines

this with sociological and historical findings on Gaudet's agenda to align the ECJ to the US Supreme Court. Whilst a first decision in 1956 seemed to open the door on implied powers, the Court eventually decided against this possibility in 1960 (320 ff.). Here it would have been interesting to discuss how the EEC-Treaty of 1957, which provided for a variety of competences, influenced the Court's willingness to find implied powers in the ECSC-Treaty. Regarding the HA's relation to the Council and the Assembly, Thiele relies strongly on traditional accounts. The institutional entanglements of the Commission and national civil servants in the Council and expert commissions led to permanent debates. At each stage in the process, Monnet wanted an exchange with all the relevant interest groups to secure acceptance; he even sought unanimity where it was not required (330–333). This model of continuous negotiation – despite criticism – has remained in practice ever since. Concerning the external sphere, Thiele also highlights Monnet's aim to secure international recognition and treaty-making power for the ECSC (§ 5). Monnet succeeded in preserving US representation to the ECSC and in involving the HA in the association agreements with the UK. Thiele then takes a brief look at the HA's reaction to the coal crisis of 1959 (§ 6), which does not add significantly to the overall picture but exemplifies the extent to which the ECJ accepted the HA's discretion.

The last chapter provides an account of the efforts of the HA (§ 7) leading to the negotiations of the Rome Treaties (§ 8). Thiele approaches this classic part of integration history with a focus on the HA's role and includes sources from EU and German archives. One criticism is that due to this focus, he slightly overstates the HA's influence, for example, on the cross-sectoral approach of the EEC. His analysis of the shift of power from the supranational authority to the Council of Ministers in the negotiations, however, is quite illuminating. Monnet's confidant Pierre Uri, when editing the famous Spaak Report, advocated the Commission's exclusive right to make legislative proposals (412 ff.), which was combined with a mechanism allowing the Council to only deviate from these proposals with unanimity. Thiele leaves it open to what extent the head of the French delegation, Robert Marjolin, was responsible for this mechanism and whether this contradicts Uri's claims of authorship (419 ff.). His account of this

important element in the relationship between Commission and Council is highly useful to better understand the development of the EEC's institutional set-up. He also provides a nuanced account of the well-known legal drafting group (428). Analysing the points in the Treaty attributed to its members, he shows which were their own original propositions, and which were just fleshed out concepts developed at an earlier stage. In doing so, he shows that the group's influence has been exaggerated in past accounts. Thiele then focuses on how the Commission used its right of initiative as a »motor« (§ 9). When explaining the constant exchange between Commission and national officials, he could have emphasised the continuity of this practice to the one established by Monnet in the HA. In any case, he rightly points out that already the earliest Commission proposal for sec-

ondary legislation could be the result of extensive negotiations (457). Regarding the Luxembourg Compromise, Thiele shows to what extent it only summarised already established negotiation routines. After a glance at the origins of comitology, Thiele concludes with an important milestone in European institutional history, namely the merger of the Institutions of the three Communities (§ 10).

All in all, Thiele provides a highly useful account of the first one and half decades of European integration and the institutional development of the Community. His work is well written and a good starting point for every lawyer and historian interested in the legal history of this nascent period of European integration.



Anselm Küsters, Anna Quadflieg

Stell Dir vor, die EU regelt die Weltwirtschaft und keiner sieht hin*

Januar 2021: China vermeldet inmitten der COVID-19-Pandemie als einzige große Volkswirtschaft ein Wirtschaftswachstum für das zurückliegende Jahr. Joe Biden übernimmt die US-Präsidentschaft. Die Welt blickt gespannt nach Washington und Peking. Würden die beiden Supermächte nach vier Jahren des Trump'schen Protektionismus und einer Pandemie wieder zu dem Multilateralismus zurückkehren, der den weltweiten Handel seit der Mitte des 20. Jahrhunderts geprägt hat? Die Vereinigten Staaten und China – die beiden vermeintlichen Taktgeber der Weltwirtschaft – stehen einmal mehr im Fokus. Der finnischen Columbia-Rechtsprofessorin Anu Bradford zufolge gerät die Europäische Union (EU) dabei zu Unrecht aus dem Blickfeld. Sie argumentiert in *The Brussels Effect. How the European Union Rules the*

World, dass die Union den globalen Handel durch ihre Regulierungen europäisiert und dadurch weltweit Unternehmens-, Produktions- und Verarbeitungsstandards anhebt. Mit diesem Perspektivwechsel bereichert Bradfords Buch den Diskurs um den Einfluss des Europarechts auf den Welthandel.

Das Werk weist eine klassische Gliederung in Theorie, Empirie und kritische Diskussion um die Relevanz des *Brussels Effects* auf. Wenngleich der stark operationalisierende Aufbau zu häufigen Wiederholungen führt, gelingt Bradford eine leserfreundliche Struktur mit zahlreichen anschaulichen Beispielen. Im ersten Teil legt sie die Hintergründe und Funktionsweisen des *Brussels Effects* dar. Sie zeigt auf, dass eine Regulierungsbehörde wie die EU in der Lage ist, unilateral Standards

* ANU BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford: Oxford University Press 2020, 404 p., ISBN 978-0-19-008858-3

zu setzen und nennt fünf Faktoren, die dazu beitragen, dass sich diese für das Funktionieren des Binnenmarkts entworfenen Standards global durchsetzen: ein großer Absatzmarkt, ausreichende Regulierungskapazitäten, strenge Standards, unelastische Regulierungsgegenstände und eine nichtteilbare Produktion (25–65). Die Relevanz dieser Faktoren, die zusammengenommen den titelgebenden *Brussels Effect* hervorbringen, macht Bradford eindrucksvoll nachvollziehbar.

Gleichwohl scheint nicht ganz klar, warum andere Einflussgrößen in den Fallstudien erwähnt, jedoch nicht systematisch untersucht werden. Hierzu zählen etwa die öffentliche Aufmerksamkeit, die Vernetzung von Interessengruppen, unterschiedliche kulturelle Voraussetzungen oder transnationale Lieferketten. Obwohl der feste theoretische Rahmen wenig Raum für solche zusätzlichen Faktoren lässt, zeichnet sie innerhalb dieses Rahmens gleichwohl ein nuanciertes Bild. So nennt sie neben dem *Brussels Effect* bi- oder multilaterale Abkommen, diplomatische Beziehungen oder den Einsatz in internationalen Organisationen als Beispiele für weitere Mechanismen, durch welche die EU Unternehmenspraktiken multinationaler Konzerne und Rechtssysteme auf der ganzen Welt verändert. Wahl und Erfolg der Mechanismen hängen vom jeweiligen Politikbereich ab. Zudem können sie im Laufe der Zeit variieren und verhalten sich interdependent. So kann die EU den *Brussels Effect* als Hebel nutzen, um ihren Einfluss auf multilaterale Abkommen zu stärken, wie Bradford anhand des Emissionshandels veranschaulicht (86–91). Ihre Analyse ist insofern auch für Akteure aus Politik und Wirtschaft interessant, als ihre Kriterien Hinweise darauf geben, wann Harmonisierung nicht mehr marktgetrieben durchgesetzt werden kann, sondern politisch durch Verträge und Institutionen geregelt werden muss und wann sich beide Regelungsmechanismen gegenseitig verstärken. Weniger überzeugend ist die Feststellung Bradfords, die EU vermöge moralische Imperative wie Mindestlöhne oder die Einhaltung von Menschenrechten nicht durch unilaterale Normsetzung zu verbreiten (3, 89). An anderer Stelle nennt sie, etwa mit dem in der Europäischen Menschenrechtskonvention festgeschriebenen Datenschutz, selbst Beispiele, die einen durch den *Brussels Effect* initiierten Einfluss von EU-Regulierungen auf die Menschenrechtslage in anderen Ländern aufzeigen. Wenn EU-Normen weltweit Tierversuche reduzieren können, wie Bradford belegt, warum

sollten sie nicht auch zu fairen Löhnen und Arbeitsbedingungen potentiell beitragen können? Hier wäre beispielsweise an ein Lieferkettengesetz zu denken. Oder übersieht Bradford mit dem starken Einfluss von Interessenvertretern der Wirtschaft, die von höheren Produktionskosten nicht angetan sein dürften, einen weiteren Faktor, der über den Erfolg des *Brussels Effects* entscheidet?

Im zweiten Teil erläutert Bradford anhand von Fallbeispielen, inwieweit ihre Hypothesen in Bezug auf die EU-Regulierung des Wettbewerbs, der digitalen Wirtschaft, der Gesundheit und Sicherheit der Verbraucher sowie der Umwelt zutreffen. Dabei beschreibt sie jeweils die beiden Formen, in denen der *Brussels Effect* auftritt: indem Unternehmen ihre gesamte Produktion und ihr Verhalten an EU-Vorschriften anpassen (der *de facto-Brussels Effect*) oder indem ausländische Regierungen EU-Vorschriften übernehmen (der *de jure-Brussels Effect*). Obwohl die Notwendigkeit, Produkte den Bedingungen des Bestimmungslandes anpassen zu müssen, den Grundfall internationalen Handels darstellt, zeigt bereits die erste Fallstudie des Buches, dass der *de facto*-Effekt bei den verschiedenen Arten von Wettbewerbssachverhalten uneinheitlich auftritt. So wirkt er am stärksten bei Fusionsverboten, die nicht teilbar sind, während er bei Fällen von Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, bei denen die Parteien ihre Abhilfemaßnahmen oftmals auf den EU-Markt beschränken können, nur marginal globalen Einfluss nehmen kann. Allerdings hat die EU ihre Wettbewerbsnormen aktiv in andere Länder exportiert, die darüber hinaus oftmals freiwillig die Durchsetzungsentscheidungen der EU kopieren, sodass in jedem Fall ein starker *de jure*-Effekt feststellbar ist.

Wie das nächste Kapitel zeigt, unterhalten die meisten multinationalen Unternehmen heutzutage sowohl aus Gründen der technischen und wirtschaftlichen Nicht-Teilbarkeit als auch zur Minimierung von Komplexität und Compliance-Fehlern eine globale Datenschutz-Policy, die sich eng an die europäische Datenschutz-Grundverordnung anlehnt. Diese Nicht-Teilbarkeit wird auch durch das Bedürfnis dieser Unternehmen angetrieben, eine globale Marke zu bewahren und allen ihren Nutzern den gleichen Schutz zu bieten. Darüber hinaus hat die EU Online-Plattformen dazu gedrängt, Inhalte besser in Bezug auf sogenannte *Hate Speech* zu kontrollieren. Dieses Beispiel veranschaulicht, dass der *Brussels Effect* auch dann

eintreten kann, wenn sich die EU zunächst auf eine freiwillige Regulierung beschränkt und diese zudem nicht den strengsten weltweiten Regulierungsstandard darstellt. So sind die Rechtslagen in Bezug auf Online-Konversationen etwa in China und Russland deutlich restriktiver. Erneut ist hier entscheidend, dass multinationale Unternehmen ihre Marke zu schützen suchen und die EU über normative »soft power« verfügt. Daher erstaunt es, warum sich diese Aspekte nicht in Bradfords theoretischem Kriterienkatalog wiederfinden.

Im Fall der Gesundheit und Sicherheit von Konsumenten bewahrheitet sich erneut: Lässt sich die Produktion nur mit hohen Kosten oder technischen Einschränkungen teilen oder an verschiedene Märkte anpassen, greift der *de facto-Brussels Effect*. Dies ist für die Chemieindustrie der Fall, während die Nahrungsmittelproduktion meist ohne größeren Aufwand geteilt werden kann – mit Ausnahme der praktischen Inkompatibilität des gleichzeitigen Anbaus und der Verarbeitung von gentechnisch veränderten und nicht gentechnisch veränderten Produkten. Darüber hinaus spielen die nicht zu den von Bradford definierten Faktoren zählenden internationalen Verflechtungen von Lieferketten und Produktionsprozessen sowie die Veränderung des Verbraucherbewusstseins und – etwa für Nahrungsmittel – die kulturelle oder regionale Verankerung von Erzeugungsprozessen eine große Rolle für die Durchsetzungskraft europäischer Normen. Aus rechtlicher Perspektive konnte sich der *Brussels Effect* im Bereich der Chemikaliensicherheit stärker durchsetzen als in der Nahrungsmittelproduktion, bei der die EU eher auf bi- und multilaterale Kanäle angewiesen ist, um ihre Standards zu exportieren.

Das bereits erwähnte Verbraucherbewusstsein, die globale Vernetzung von Interessengruppen sowie unterschiedliche kulturelle Prägungen zeigen auch im Bereich Umwelt ihre Wirkung auf die normative Europäisierungsdynamik. Als eindrucksvolles Beispiel für den *Brussels Effect* nennt Bradford die Regulierung gefährlicher Substanzen und Elektroschrott. Allerdings hatten beispielsweise Taiwan und Japan bereits früher als die EU strenge Standards gesetzt (222). Die Vorgeschichte des *Brussels Effects* zeigt in diesem Fall, dass die EU mit ihren Regulierungen nicht immer initial wirkt, doch leider geht Bradford selten auf solche und ähnliche Hintergründe der EU-Regulierungen ein. Daher fehlt eine Einschätzung darüber, wie

originell die europäischen Normen eigentlich sind oder inwiefern sie als Reaktion auf gesetzliche Bestimmungen anderer Länder entworfen wurden.

Eine rechtshistorische Einordnung hätte beispielsweise anhand des Umweltrechts verdeutlichen können, dass die Frage, ob die EU ein Politikfeld initial regulieren kann oder nicht, insbesondere von der Anzahl der für die Regulierung verantwortlichen Beamten abhängt. Hier erkennt man, dass Bradford ausschließlich die aktuellen behördlichen Strukturen in Brüssels im Sinn hat und außer Acht lässt, wie sich diese erst langsam im Laufe der Zeit herausgebildet haben – nicht zuletzt eben als Reaktion auf die regulatorischen Vorgaben anderer Akteure. Mit EU-Standards inkompatible Normen in anderen Ländern zwingen die Unternehmen, ihre Produktion zu teilen, wie am darauffolgenden Beispiel der Tierversuche ersichtlich wird, die in China bis 2014 für die Herstellung kosmetischer Produkte sogar vorgeschrieben waren (216–217). Im Bereich der Tierhaltung und -schlachtung konnte sich der *Brussels Effect* vergleichsweise besser durchsetzen, nicht zuletzt mit der Unterstützung von Aktivisten und Interessenvertretern. Diese konnten europäische Normen in ihrer Argumentation als Vorbild nutzen (218). An seine Grenzen ist der *Brussels Effect* schließlich gestoßen, als der europäische Emissionshandel auf den internationalen Flugverkehr ausgedehnt werden sollte (219–221). Hier sendet Bradford ein starkes Signal an die Politik, da sich laut ihrer Analyse selbst der Versuch, europäische Standards zu exportieren, lohne, indem er letztlich neue multilaterale Verhandlungen anregt (231).

Im dritten Teil befasst sich Bradford in scheinbar entwaffnender Weise mit der Kritik am *Brussels Effect* und seinen Zukunftsaussichten. Fast alle Kritikpunkte und Fragen, die beim Lesen der ersten beiden Teile aufkommen, werden behandelt: von den Kosten, die der *Brussels Effect* erzeugt und die schließlich von Konsumenten getragen werden müssen, über Befürchtungen hinsichtlich innovationshemmender Auswirkungen bis zum Vorwurf des EU-Protektionismus. Obwohl Bradford einräumt, dass das unilaterale Setzen weltweiter Standards »sowohl Kosten als auch Nutzen verursacht« (262), kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass sie den *Brussels Effect* zu verteidigen sucht. So schließt sie mit dem Fazit, seine Vorteile seien unterm Strich höher zu bewerten als seine Nachteile. Zumindest teilweise ist dies das

Ergebnis ihrer sehr weit gefassten Definition von Wohlfahrt, unter der sie versteht, »den Menschen Zugang zu besseren Produkten und Dienstleistungen zu verschaffen [...] und dabei die politische Autonomie der Menschen innerhalb der demokratischen Strukturen der Gesellschaft, in der sie leben, zu respektieren« (235). Ein ausgewogenerer Umgang mit den Einwänden bezüglich des *Brussels Effects*, etwa mittels einer strukturierten Kosten-Nutzen-Analyse oder moderner wohlfahrtsökonomischer Modelle, hätte geholfen, eindeutiger Aussagen über distributive und aggregierte Wohlfahrtseffekte zu treffen. Zuletzt argumentiert sie, dass der *Brussels Effect* trotz des wirtschaftlichen Aufstiegs Chinas, des schwächelnden Multilateralismus, der zunehmend individualisierbaren und damit teilbaren Produktionsmöglichkeiten, des Brexits sowie der populistischen Anti-EU-Stimmung weiterhin existieren wird. Allerdings könnte die Kombination dieser verschiedenen Entwicklungen den *Brussels Effect* in einem größeren Maße aufwiegen, als die Autorin dies vorhersehen möchte. Bradford endet indes mit dem Fazit aller Integrationsbefürworter zu allen Zeiten, indem sie angesichts dieser Herausforderungen für eine Expansion der Regulierungsagenda der EU wirbt, da »viele der bestehenden Probleme der EU am besten durch weitere Integration und zusätzliche Regulierungen gelöst werden können« (286).

Bradfords Argumentationslinien überzeugen nicht zuletzt aufgrund der zahlreichen Beispiele, die Anregung für weitere Untersuchungen bieten. So könnten etwa durch digitale Text-Mining-Methoden oder ähnliche quantitative Ansätze konkretere Aussagen darüber getroffen werden, ob ausländische Gerichte zunehmend europäische Entscheidungen als Beispiel für eine etabliertere Rechtsprechung anführen (75–77) oder inwiefern die Mitteilungen der Kommission im Laufe der

Zeit eine verstärkte Aufmerksamkeit für die externe Dimension des Binnenmarktes aufweisen (21). Auch die theoretische Forschung kann an Bradfords Aussagen anknüpfen, nutzt sie doch implizit spieltheoretische und neo-funktionalistische Ansätze, um markt- und wertgetriebene Normenharmonisierung auf globaler Ebene zu erklären: »die strengste Regel wird zum Punkt der Konvergenz« (83). Mit theoretischen Ansätzen und empirischer Evidenz aus den Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften leistet Bradford einen wertvollen Beitrag zum Diskurs über den Einfluss der EU auf den globalen Handel.

Den größten Neuheitswert leistet sie sicher durch ihre theoretischen Ausarbeitungen, die anhand vieler Beispiele für eine breite Leserschaft veranschaulicht werden, wobei die von ihr diskutierten Fallstudien selektiv ausgewählt zu sein scheinen und in einigen Aspekten differenzierter hätten bewertet werden können. Allerdings lassen sich ihre Thesen gerade aufgrund ihres verallgemeinernden Charakters nicht nur auf die »Fähigkeit jeder Hoheitsgewalt, einseitig Regeln für den globalen Markt zu liefern« (64) übertragen, sondern könnten auch zur wirtschafts- oder rechtsgeschichtlichen Analyse etwa der Europäischen Integration im 20. Jahrhundert oder der wirtschaftlichen Einigung Deutschlands im 19. Jahrhundert verwendet werden. Vor allem aber zeigt der *Brussels Effect*, dass Macht heutzutage nicht mehr allein durch Wirtschaftswachstum oder militärische Größe definiert wird, sondern sich auch in subtileren Formen wie EU-Regulierungen entfalten kann. Bradfords Hypothesen und ihre Untersuchung regen also dazu an, den Mythos der Machtlosigkeit Europas angesichts wirtschaftlicher und militärischer Supermächte weiter zu hinterfragen.



Thorben Klünder

The Age of a European Empire or the Time to Jettison some Terminological Ballast?*

Oliver Jürgen Junge's dissertation draws a legal comparison between the European Union (EU) and other political entities. His analytical tool is the concept of empire (*Imperium*). He compares the EU with a variety of different empires, including the Roman and British ones. His central question concerns the legal nature of the EU. Is Europe a federation, a confederation or something in between?

Junge begins his book by reflecting on the existing concepts that describe the legal nature of the EU (3–102). He outlines how, over the last decades, EU legal scholarship has continuously invented new concepts in order to overcome the supposed dichotomy between federalism and confederalism. Neologisms like supranationalism, neo-functionalism and multilevel constitutionalism don't convince Junge. He is sceptical of the claim that the EU is *sui generis*, a political entity that cannot be subsumed under pre-existing categories and legal concepts of political structures. By introducing the concept of empire to this discourse, he wants to show similarities between the EU and non-state entities such as the Roman empire or the British Empire.

According to Junge, the legal nature of the EU is a controversial question mainly because of its ambivalence: the EU is at the same time universal (185–219) and heterogeneous, and culturally very diverse (220–258) as it continuously expands its sphere of influence. However, the EU has a number of competences that go beyond those of any traditional international organisation. By introducing the concept of empire, Junge adds a perspective that is helpful for legal historians in understanding that ambivalence. For instance, like historical empires, the EU has no pre-determined extraterritorial borders (141–184). Even the borders of the status

quo are difficult to determine. Junge compares the EU with its various stages and levels of integration to the Roman and British empires. Externally, the EU has numerous, differentiated relations with its neighbours, so that Junge considers the terms »informal European empire« or »imperial periphery« appropriate (259–299).

Junge highlights that the legal order of an empire is highly dynamic and pluralistic. This implies that an empire does not have a united legal order (*Einheit der Rechtsordnung*) as we know it from states (396–405). Junge points out that this is a fundamental difference between an empire and the modern constitutional state. In the latter, all power is held and exercised in accordance with an encompassing constitution.

What can lawyers learn from considering the EU as an empire? Junge's concept is first of all an innovation. Of course, there is lively research on empires, but it is mostly done in political science. Although the concept of empire has been discussed by lawyers, also in the debates on the legal nature of the EU, to my knowledge no one has yet elaborated it in detail. In German legal scholarship, the field of research in which Junge is moving has primarily and historically been part of *Allgemeine Staatslehre*. However, the criteria employed in political science research on empires naturally differ greatly from those of *Allgemeine Staatslehre*. The former is primarily concerned with empirically measurable power, the latter with adequate normative concepts. Borrowing political science's understanding of empire to analyse the legal nature of the EU thus entails certain difficulties. Junge has to translate the concept from one epistemological community to another. Due to the large scope of the comparison, the legal observations he draws are necessarily somewhat simplistic.

* JÜRGEN JUNGE, *Imperium: Die Rechtsnatur der Europäischen Union im Vergleich mit imperialen Ordnungen vom Römischen bis zum Britischen Reich*, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, XXII, 609 p., ISBN 978-3-16-156279-2

Junge presents a host of details drawn from many different time periods, which are better examined by those more familiar with these periods. In this book review, I would therefore like to limit myself to interpreting and evaluating the book in terms of its underlying premises.

Junge's study is itself initially based on an interpretation of contemporary European legal studies. He seems to suggest that European legal scholarship rather simplistically divides associations of states (*Staatenverbindungen*) into two groups, federal states and confederations of states, with nothing in between (*tertium non datur*). However, the current doctrine of the state is not really as orthodox as Junge repeatedly implies. There is no doubt that such a theory can be found, for example, in Paul Laband's *Staatsrecht*. But already in the Weimar Republic, defining the distinction between a federal state and a confederation of states was no longer considered particularly important. For Hans Kelsen, it was merely a matter of degree; for Carl Schmitt, an obfuscation of the politically relevant questions. Even in the first decades of European integration, the question was raised whether the distinction between federal state and confederation of states was not actually a »false problem« (Walter Hallstein). Junge does draw on such literature, but he interprets it as a minority, whereas these texts were, and continue to be, very influential.

A second premise of Junge's book is that it makes sense to look for the »legal nature« of the EU. Now, legal »entities« do not have natures, they have usages; it is, therefore, a metaphor to think of the EU as having a legal nature. In European legal studies, asking for the legal nature of all manner of things is common, and perhaps the metaphor of »nature« misleads us into believing that we are working in a similarly verifiable way as the natural sciences. The search for something's »legal nature« would not be problematic if there existed a shared understanding about which conventions of classification we are discussing when using this umbrella term. This is, however, not the case. Thus, Junge's suggestion that the EU is more similar in nature to historical empires than, say, to a federal state, is also due to the fact that he bases his comparison on criteria that are typical for empire research. But other criteria would also be conceivable, such as the protection of fundamental rights, democracy, and the resolution of jurisdictional conflicts through judicial dialogue. Using these criteria, the

EU's similarity to empires would decrease and the parallels with a constitutional state come to the fore.

Determinations of the »nature«, »spirit« or »essence« (*Wesen*) of a legal concept are subject to criticism because they are accompanied by the temptation of what in German legal scholarship is called an *Inversionsmethode* (inverse conclusion) that induces indeterminate concepts and then deduces from them legal consequences that would be implausible if only law was considered. This criticism does not quite apply to Junge, because he does not seek to deduce legal consequences from his use of the concept of »empire«, nor – more importantly – does it serve to justify a certain teleology of integration. Nevertheless, I am left wondering whether attempts to define the essence of European integration are not particularly susceptible to conceptual metaphysics (*Begriffsjurisprudenz*): Junge, too, tends toward an essentialist perspective on empires, as a number of quotations show. For instance, early on his book he asserts that »[t]he legal nature of an order is regarded in a narrower sense as the search for its essence in the totality of its distinguishing legal features« (4); towards the end he concludes that »[o]ne can give the empire a new name, one can reform, change and improve it. But none of this changes the essence of its abstract characteristics« (508), and asserts on the next page that »[t]he essence of European integration did not lie in overcoming the international essence of Europe in favour of a national unity, but neither did it lie in overcoming might by law« (509).

Junge's final premise is that using the concept of empire is better than having no concept at all. I agree with that in part. At least what Junge does is not misleading. Anyone wondering to what extent the EU is an empire can look it up in his book. Therefore, his choice of term is better than many other semantics that circulate unreflectively in European law scholarship. However, the term »empire« also causes problems, because Junge understands it to refer to very different legal phenomena at very different times. This hardly allows for concrete legal doctrinal observations to be made.

Junge's book is very topical. Readers from other disciplines should note that for some years now, and particularly in German European legal scholarship, there has been much discussion about appropriate overarching concepts (*Begriffe*). By its own

admission, this European legal scholarship wants to be »constructive«. But what constitutes an appropriate concept? One that we read a lot into, or whose meaning we know well? I believe the latter.

For European legal scholarship, it would perhaps be more consistent to examine semantics more critically in terms of what they actually mean doctrinally. Instead of introducing ever more new concepts to EU law, it seems more productive to

assess the analytical value of the concepts we already have. We should eliminate those that are characterised more by political and historical suggestiveness than legal substance. I believe it is not the vocation of our age to explain the whole of European integration by just one holistic legal concept. But it might be the vocation of our age to weed out a few of the options.



Thorsten Keiser

Softes Recht und harte Politik*

Wenn man diesem Buch eines nicht vorwerfen kann, dann einen Mangel an Haltung. Es versteht sich in erster Linie als Plädoyer für ein ökologisches und soziales Europa. Der Klimawandel sei eine Chance zur endgültigen Überwindung des Neoliberalismus und damit zur Herbeiführung eines nachhaltigen Paradigmenwechsels (im Sinne von Thomas Kuhn, 322 ff.). Man müsse die Wirtschaft auf erneuerbare Energien umstellen. Dadurch entstünden viele neue Arbeitsplätze (*emplois verts*, 313 ff.), allerdings auch Probleme für die Beschäftigten in den klassischen Industriesektoren. Der Wegfall von Arbeitsplätzen könne mit einer allgemeinen Reduzierung der Lebensarbeitszeit und der Lösung der Erwerbsbiographien von überkommenen Kategorien der Produktivität aufgefangen werden. Die zentrale Antwort auf die Frage der Beschäftigung sei, dass man weniger arbeiten solle, denn es komme nicht auf die Quantität, sondern auf die Qualität der Arbeit und des Lebens an (etwa 325). Hier sieht der Autor die Lösung für die Verwerfungen einer sich notwendig von der Kategorie des Wachstums verabschiedenden Wirtschaftspolitik. Solche Anti-Wachstums-Philosophien sind inzwischen weit verbreitet. Ein zentraler Punkt sind dabei stets die Kosten und sozialen Folgen der Transformation, zumal nicht

alle arbeitenden Menschen die radikale Umstellung ihrer Lebensentwürfe als Fortschritt begrüßen werden. Der vorliegende Beitrag begnügt sich an dieser Stelle mit einem allgemeinen Verweis auf einen europäischen Unterstützungsfonds, der Übergangsprobleme zugunsten arbeitender Menschen abfedern soll (328).

Die Diskussion über solche Themen kann hier nicht vertieft werden. Stattdessen stellt sich die Frage nach der Relevanz des Buchs für die Rechtsgeschichte. Bemerkenswert ist, dass der Autor seinem Zukunftsszenario eine ausführliche Bestandsaufnahme der von der Ebene der EU ausgehenden Sozialpolitik voranstellt. Diese wiederum wird an große Entwicklungslinien angeknüpft, die bis zur Entstehung der Europäischen Gemeinschaften reichen. Insofern könnte das zwischen Politikwissenschaft und politischer Publizistik anzusiedelnde Werk auch von Interesse für die Geschichte des Arbeitsrechts der EU sein. Schnell wird jedoch erkennbar, dass sich die thematisierten Trajektorien europäischer Sozialpolitik und Arbeitsrechtsgestaltung im Rahmen einer teleologisch-linearen Geschichtserzählung bewegen. Ohne Ironie ist von »goldenen Zeitaltern« die Rede (54 ff., 146 ff., 194 ff.), immer gekennzeichnet von einem »Mehr« an (europäischer) Sozialpolitik, der, ungeachtet

* PHILIPPE POCHET, *A la recherche de l'Europe sociale*, Paris: puf 2019, 376 p., ISBN 978-2-13-062616-9

vieler Rückschläge, letztlich alles zustrebt, wobei die Frage, warum die seit langem eschatologisch herbeigesehnte Selbstzerstörung des Neoliberalismus trotz der Finanzkrise (!) wieder einmal ausgeblieben ist, mit einem nonchalanten Schulterzucken quittiert und die Beharrungskräfte der überkommenen Ordnung als »mystérieuses« bezeichnet werden (13).

Diesen Zugriff kann man sympathisch-anachronistisch finden oder methodisch unterkomplex. Jedenfalls spricht einiges dagegen, das Buch zu schnell zurück ins Regal zu stellen. Rechtshistorische Arbeiten in diesem noch wenig erschlossenen Gebiet können davon profitieren, weil es eine umfassende Auswertung von Literatur aus dem Bereich der European Studies in Bezug auf Arbeitsrecht sowie Sozial- und Beschäftigungspolitik bietet. Darüber hinaus sind die vorgenommenen historischen Periodisierungen von Interesse. Bei kritischer Relativierung der wertenden Passagen (der Autor sieht sich weniger als Analytiker denn als engagierter Intellektueller mit akademischem Anspruch), findet man gut begründete Darstellungen von Zäsuren der europäischen Arbeits- und Sozialpolitik, bei der Gesetzgebungsvorhaben auf verschiedenen Ebenen im ökonomischen Kontext und im Hinblick auf politische Entscheidungen in den Mitgliedstaaten reflektiert werden. Die Rechtsprechung des EuGH kommt ebenfalls als zentraler Faktor zur Sprache, wird jedoch nicht intensiv ausgewertet. Lesenswert sind die Ausführungen zu historischen Wendepunkten, etwa dem »Thatcherismus« und den Anfängen des europäischen Sozialdialogs (57 ff., 61 ff.). Dabei wandert der Blick immer wieder zwischen der europäischen und der mitgliedstaatlichen Ebene hin und her. Berücksichtigt werden darüber hinaus Auswirkungen ökonomischer Rahmenbedingungen auf die

Arbeits- und Sozialpolitik, wobei der Weg zur Währungsunion eine zentrale Rolle spielt.

Neben der Herausarbeitung von Zäsuren ist für die Rechtsgeschichte der methodische Rahmen interessant, der für die Beobachtung einer »Europäisierung« des Arbeitsrechts entwickelt wird. Da es sich nicht um ein juristisches Werk handelt, darf man hier keine Synthese der Effekte europäischen Arbeitsrechts in den Mitgliedstaaten erwarten. Lesenswert ist dennoch ein Abschnitt über die analytischen Instrumente zur Bestimmung des Einflusses europäischer Politik auf die Mitgliedstaaten (224 ff.). Hier werden auch verschiedene Rechtsformen (hard law, soft law) in den Blick genommen; direkter wird von indirektem Einfluss differenziert; und Ansätze zur Erkenntnis nicht erwünschter Effekte werden aufgezeigt (230 ff.). Aufschlussreich ist auch die Beschreibung, wie die Union das Thema Antidiskriminierung für sich entdeckte und besetzte, wobei die bekannte Defrenne-Entscheidung ein wichtiger Impuls war (94 ff.). Die EU erscheint hier als arbeitsrechtliche Innovationsplattform, die in von den Mitgliedstaaten vernachlässigte Gebiete vordringt. Wie in vielen Studien wird beim »gender mainstreaming« viel Aktivität auf europäischer Ebene mit wenig Effekten in den Mitgliedstaaten beobachtet (109 f.), wobei die Entwicklungslinien wie stets bis in die Gegenwart gezogen werden. Beleuchtet werden darüber hinaus die Handlungsspielräume weiterer Akteure, nicht zuletzt der Sozialpartner, die als Faktoren europäischer Arbeitsrechtsentwicklung immer wieder hervorgehoben werden. Hier bietet das Buch einiges an Material zur kritischen Auseinandersetzung und als Anregung für die rechtshistorische Forschung.



Carine S. Germond

Au-delà de la courbure des bananes – le pouvoir transformateur du droit européen*

»La Communauté n'a pas d'infrastructure administrative, pas de pouvoir direct de coercition, pas d'armée, pas de police. Son unique instrument, sa seule arme, c'est le droit qu'elle fixe.«¹ Ces paroles prononcées par le Président de la Commission européenne Walter Hallstein en juin 1965 devant l'Assemblée parlementaire européenne pointent l'importance du droit dans la construction de l'Europe. L'intégration européenne est donc un phénomène juridique et non pas seulement économique, politique, ou monétaire.

Cette intégration par le droit est le sujet de l'ouvrage écrit à quatre mains par Kiran Klaus Patel, un historien de l'Europe contemporaine, et Hans-Christian Röhl, un spécialiste du droit européen. Les deux auteurs ont choisi de se pencher sur une période charnière de la construction européenne: celle de la mise en place du marché unique, avec la signature de l'Acte unique européen en 1986, au traité de Maastricht de 1992 qui porte l'Union européenne sur les fronts baptismaux. L'intérêt porté à ce dernier traité et la longue série de réformes institutionnelles qui lui succède ont longtemps éclipsé la période qui lui précède, en dépit d'un intérêt sporadique pour le rôle de certains acteurs institutionnels ou individus. Par ailleurs, l'ouverture progressive – bien qu'encore partielle – des archives permet aux historiens et chercheurs d'accéder à des documents historiques inédits. Ce n'est pas un hasard si plusieurs ouvrages publiés récemment s'intéressent plus particulièrement à cette époque dont ils cherchent à réhabiliter les avancées et à mettre en perspective les jalons qu'elle pose pour le développement ultérieur de l'Union.²

Surtout, l'intérêt de cette période est, selon Patel et Röhl, double. En premier lieu, les sept années qui séparent la signature de l'Acte unique européen du traité de Maastricht marquent une trans-

formation décisive de la nature du droit européen, un phénomène que Wirsching qualifie de »moment constitutionnel« (236) dans sa postface. Cette transformation explique aussi, pour les auteurs, pourquoi et comment la Communauté européenne s'est imposée comme le principal forum international de coopération en Europe, au détriment d'autres instances de coopération multilatérale. En second lieu, les auteurs affirment que cette transformation, dont les conséquences ne deviendront évidentes que bien plus tard, s'est faite de façon rampante et silencieuse.

Pour les deux auteurs, il est impossible d'interpréter les changements cruciaux qui interviennent en Europe entre 1985 et 1992 sans croiser les regards historiques et juridiques. Ils présentent donc cet ouvrage comme une contribution à une »Selbstklärung« (5) et une invitation au dialogue interdisciplinaire. L'objectif de l'ouvrage n'est donc pas tant de présenter des résultats définitifs que d'explorer un champ encore largement vierge et de poser des jalons exploratoires pour de futurs travaux transdisciplinaires. L'entreprise se veut donc avant pragmatique. Ce parti-pris résolument pragmatique s'explique aussi, comme le souligne Wirsching en postface, par la volonté de ne pas tomber dans les chausse-trappes du discours euro-sceptique ou populiste et de ramener à de justes proportions un débat trop souvent normatif.

Le livre comporte cinq chapitres thématiques. Le premier dresse un état des lieux des connaissances historique et juridique. Constatant l'absence d'un réel dialogue entre les disciplines historique et juridique, les auteurs montrent cependant qu'historiens et juristes tendent à interpréter différemment cette période. Si la thèse d'une césure historique fait l'objet d'intenses discussions dans la littérature historique, elle reste encore largement absente des débats juridiques.

* KIRAN KLAUS PATEL, HANS CHRISTIAN RÖHL, *Transformation durch Recht. Geschichte und Jurisprudenz europäischer Integration 1985–1992*, Tübingen: Mohr Siebeck, 345 p., ISBN 978-3-16-159020-7

1 RENAUD DEHOUSSE, *L'Europe par le droit: plaidoyer pour une approche contextuelle*, in: *Politique européenne* 1,1 (2001), 63–83 (63).

2 À titre d'exemple: MICHAEL GEHLER, WILFRIED LOTH (eds.), *Re-shaping*

Europe: Towards a Political, Economic and Monetary Union, 1984–1989, Baden-Baden 2020.

Le second chapitre s'intéresse au projet de Delors visant à finaliser la réalisation du marché commun, prévu dans le Traité de Rome mais resté au stade d'une union douanière depuis 1968. Ce choix s'impose à deux égards. En premier lieu, ce projet met en exergue »die Dynamiken an der Schnittstelle zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft« (3). En second lieu, il montre »die Rolle des Rechts im Rahmen der Europäischen Integration als Instrument, aber auch als Gegenstand der Transformation« (40). En d'autres termes, ce second chapitre vise à montrer comment l'édification du marché commun rompt avec un mode d'intégration, celui de l'intégration par la jurisprudence (*integration through law*) grâce notamment au rôle judiciaire de la Cour européenne de justice, en faveur de nouveaux instruments législatifs et juridiques. Par ailleurs, cette transformation s'opère aussi par le biais de changements en matière de prise de décision.

Les deux chapitres suivants tâchent de mettre en perspective ces diverses transformations politiques et administratives, tant à l'échelon européen que national, à l'aide de deux exemples concrets. Patel examine ainsi l'incidence de ces transformations sur les structures politiques et administratives de la République Fédérale d'Allemagne mais aussi les réactions de ces structures face à une »européanisation« qui les affecte directement. En s'appuyant sur de nombreuses archives fédérales et régionales, il met en évidence une relative continuité institutionnelle au niveau des instances politiques. La réaction la plus importante vient des Länder qui s'efforcent de conserver des compétences, par exemple dans le domaine de l'audiovisuel, qui tendent à être remise en cause. A cet égard, cette période représente »einen wirklichen Wendepunkt im Bund-Länder-Verhältnis in europapolitischen Fragen« (177).

La seconde étude de cas porte sur l'organisation commune du marché de la banane. Si l'exemple peut paraître quelque peu abscons, il n'en est pas moins devenu un symbole, souvent décrié, de l'hyper-bureaucratization et de l'hyper-régulation de l'Union européenne (UE). Il illustre aussi de façon exemplaire la manière dont la création du marché unique – et la jurisprudence qui en résulte – impacte directement les relations externes et

commerciales de la Communauté européenne. Les enseignements que l'auteur tire de cette étude sont de deux ordres. Le premier est que la Communauté »verdrängt [...] ihre Mitgliedstaaten auch im Außenverhältnis, soweit sie im Innenverhältnis zuständig ist« (204). La seconde est qu'il en est de même pour certaines organisations internationales, telles que le GATT/WTO, qui sont peu à peu supplantées comme instances internationales de régulation »insofern die Mitgliedstaaten sie für die Koordination ihrer Politik nicht mehr benötigen« (205).

Le livre se conclut par une postface d'Andreas Wirsching dans laquelle l'auteur discute les résultats de cette étude à l'aune de trois thématiques structurant certains débats scientifiques et populaires: 1) l'étendue des transferts de souveraineté nationale à un »législateur européen«, 2) le problème du déficit démocratique et 3) une possible réversibilité de la jurisprudence européenne. De son point de vue, une telle étude historico-juridique permet de s'approcher au plus près de la réalité complexe de ce qu'est l'UE, des continuités et ruptures qui la structure. Pour autant, en montrant l'étendue des transferts de souveraineté nationale, il est aussi possible que les deux auteurs apportent sans le vouloir de l'eau au moulin des eurosceptiques et populistes de tout crin.

Enfin les riches annexes qui incluent une liste des bases de données juridiques, européennes et nationales, accessibles en ligne, et certains documents juridiques clés, dont il est fait mention au cours de l'analyse, seront utiles aux lecteurs. Le choix de publier l'ouvrage en allemand réduit cependant sa portée à une audience germanophone. On peut aussi regretter le format très compact du livre qui rend la lecture, par ailleurs souvent technique, ardue ainsi que l'absence d'un index des noms de personnes.

Nonobstant ces quelques desiderata, cet ouvrage devrait intéresser tous chercheurs et étudiants en études européennes. Ce volume ouvre aussi plusieurs pistes de recherches, aussi bien conceptuelles qu'empiriques, notamment pour étayer la thèse défendue par les deux auteurs d'une Européanisation par le droit et pour en préciser le contenu et la portée.



Mario G. Losano

¿»Sharia councils« para los musulmanes o »One Law for All«? El caso de Gran Bretaña*

Los musulmanes están sujetos al derecho islámico con independencia del ordenamiento jurídico del Estado en que se encuentren; por eso, cuando se hallan o cuando residen en un Estado de *civil law* o de *common law*, están sujetos tanto a su propio derecho personal como al derecho de ese Estado. Esta situación de pluralismo jurídico genera conflictos entre los dos sistemas jurídicos involucrados, cuando uno de los dos prohíbe algo que está admitido por el otro. Esto sucede, por ejemplo, en Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde el Islam es hoy la segunda religión: en 2018 se contaban cerca de 3.400.000 musulmanes, sobre todo sunitas, lo cual equivale al 5,1% de la población total.

El derecho de familia y el derecho matrimonial constituyen el principal objeto de las controversias que los ciudadanos de religión islámica aspiran a resolver sin entrar en colisión con su propia religión, pero buscando al mismo tiempo una situación compatible con el derecho del Estado en el que viven. Como no puede dejarse sin resolver un número cada vez más elevado de casos controvertidos, en Gran Bretaña algunos tribunales aceptan, de hecho, las decisiones de los tribunales islámicos presentes en su territorio. Estos »sharia councils« son, precisamente, el objeto de estudio de Paola Parolari, investigadora de Filosofía del derecho en el Departamento de Ciencia Jurídica de la Università degli Studi di Brescia: *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione. Il caso degli sharia councils in Inghilterra*, que incluye una amplia bibliografía (187–206). En el subsiguiente análisis de la obra, las palabras árabes se reproducirán sin signos diacríticos; además, por Inglaterra deberá entenderse comprendido el territorio de Gales, ya que se trata de las dos áreas donde se registra una mayor presencia de los *sharia councils*.

Los *sharia councils* »son entes privados compuestos por *ulama* – estudiosos de ciencias religiosas islámicas – a los que pueden dirigirse las personas de religión musulmana que viven en Inglaterra, en el caso de que deseen resolver sus propias disputas con arreglo al derecho islámico [...]. Se ocupan principalmente de cuestiones relativas a la disolución del matrimonio islámico y son las mujeres, sobre todo, quienes suelen recurrir a su intervención«, puesto que ellas, »a diferencia de los hombres, no pueden disolver unilateralmente su matrimonio« (89).

La obra se apoya en los conceptos de »derecho policéntrico« y de »interlegalidad«, que se definen de la siguiente manera: »la noción de derecho policéntrico indica la multiplicación de centros de producción del derecho de diversa naturaleza, que no cabe encuadrar dentro de una estructura jerárquica«; »la noción de interlegalidad se refiere, en cambio, a las superposiciones, intersecciones e interacciones que, en este contexto, se producen *de facto* entre formas de derecho policéntricas y heterogéneas«. Se trata de nociones complementarias, »útiles para investigar las transformaciones del derecho en la era de la globalización« (1). Por supuesto, un seguidor riguroso del formalismo jurídico tendería a incluir estas investigaciones en el marco de la sociología del derecho.

El policentrismo y la interlegalidad identifican tres órdenes de problemas: de qué modo pueden coordinarse espacios jurídicos heterogéneos en un contexto de desorden de las fuentes; de qué modo el hecho de moverse en espacios jurídicos diversos (interlegalidad) genera intersecciones inéditas entre derecho estatal y *minority legal orders*; de qué modo la exclusividad de los sistemas jurídicos estatales resulta erosionada por las ponderaciones que las instituciones llevan a cabo respecto a los

* PAOLA PAROLARI, *Diritto policentrico e interlegalità nei paesi europei di immigrazione. Il caso degli shari'ah councils in Inghilterra*, Torino: Giappichelli 2020, VII, 206 p., ISBN 9788892189591. Traducción de la reseña por Luis Lloredo.

derechos fundamentales de las personas de religión islámica sujetas a un ordenamiento distinto. »El propósito de este trabajo – precisa la autora – es poner de manifiesto cómo las interacciones que se producen entre *minority legal orders* basados en la *sharía*, normas internacionales en materia de derechos fundamentales y derecho estatal de los países europeos de inmigración, ofrecen un ejemplo paradigmático de las coordenadas en las que pueden configurarse estas tres cuestiones teóricas« (10).

La primera parte de la obra – *Migrazioni, diritto policentrico e interlegalità*, 15–85 – examina los problemas teórico-jurídicos que el Estado se ve obligado a afrontar en presencia de fuentes que no pueden organizarse en un sistema. »Así pues, los jueces y la interpretación judicial adquieren un papel central en el intento de desenredar esta desordenada complejidad« (17): ante este desafío, los ordenamientos jurídicos de *common law*, que se basan en el precedente judicial, se revelan más adaptables que los de *civil law*, en los que el juez se encuentra vinculado exclusivamente a la ley estatal.

Por otra parte, mientras que el derecho de cuño occidental tiene una estructura piramidal, el derecho islámico o *sharía* es »un sistema normativo policéntrico, plural y dinámico«, que se entrelaza con »varias formas de derecho consuetudinario de implantación local«, así como »con los ordenamientos jurídicos nacionales de los diversos países con mayoría islámica« y, por último, con las normas internacionales y supranacionales y con las normas del Estado de residencia (37). De todo ello se derivan diferencias en las soluciones otorgadas a cada caso concreto; diferencias que, por ejemplo, afectan a los derechos fundamentales.

Además, las propias fuentes de origen islámico sobre derechos fundamentales no son unívocas: la *Declaración del Cairo sobre los derechos humanos en el Islam* suele ser incompatible con la visión occidental de los derechos humanos, mientras que la *Carta árabe sobre los derechos humanos* »se distingue de la anterior por su carácter laico y moderado« (54). Así las cosas, el policentrismo y la interlegalidad involucran a los sujetos agentes y también a los jueces »en un juego de acción y reacción que se distancia significativamente de la experiencia jurídica estado-céntrica« (58).

La conclusión de esta primera parte de la obra pone en tela de juicio la tradicional visión piramidal del derecho de raíz kelseniana y constata que la crisis del derecho como ordenamiento sistemático abre la vía al nuevo paradigma teórico-jurídico de

la interlegalidad, a pesar de que el análisis de este nuevo paradigma siga estando »por ahora, poco más que abocetado« (83). Es decir: la teoría general del derecho está transitando de la metáfora de la pirámide a la de la red.

La segunda parte – *Scioglimento del matrimonio islamico y sharia councils in Inghilterra*, pp. 89–183 – profundiza en el análisis del modo en el que funcionan los *sharia councils*, cuya implantación en Inglaterra puede explicarse al menos por tres razones: »a) la peculiaridad de la experiencia colonial del imperio británico; b) las características de la inmigración en Inglaterra; c) las políticas internas en materia de multiculturalismo introducidas en los años 70 y 80 del siglo XX« (94).

La indefinición del contexto estudiado se produce por la misma razón de que »no existen datos oficiales del número de *sharia councils* que operan en Inglaterra. Las estimaciones que se han propuesto son a menudo divergentes, no sólo por la dificultad de definir qué es lo que constituye o podría constituir un *sharia council*, sino también por una fuerte tensión ideológica que ha levantado la alarma en torno a su proliferación« (alarma sobre la que volveremos enseguida); además, algunos *sharia councils* »están registrados como entidades de beneficencia (*charities*), otros como actividades comerciales (*business*), mientras que otros no tienen ningún estatus específico con base en el derecho inglés« (98).

Como consecuencia de esta heterogeneidad, la autora se dedica a registrar las diversas orientaciones decisoriales de varios *sharia councils* y, a continuación, examina la naturaleza contractual del matrimonio islámico, las modalidades de su disolución y la forma de operar de estos tribunales, que suelen incurrir en contaminaciones con el derecho inglés, hasta el punto de que se podría llegar a hablar de una »British sharia« de naturaleza híbrida (112).

El debate sobre los *sharia councils* se intensificó a partir de la segunda mitad de los años noventa; en particular, en 2008, tanto Rowan Williams, arzobispo de Canterbury, como Nicholas Phillips, »Lord Chief Justice of England and Wales«, »pronunciaron discursos de apertura en los que se planteaba la posibilidad de reconocer las normas jurídicas de los grupos religiosos presentes en Inglaterra« (115), lo cual suscitó críticas, algunas de ellas de intensidad: por un lado, se rechazaba la idea de que hubiera un sistema jurídico paralelo al derecho inglés, pero incompatible con éste; por

otro lado, se rechazaba la *sharía* porque entraba en colisión con los derechos fundamentales, sobre todo de las mujeres. El texto consigna así tanto las tomas de posición contrarias a los «multiculturalistas», como las propuestas de ley para poner freno a los *sharia councils* (122), así como las posiciones del Tribunal Europeo de derechos humanos (124–128) y las tesis más rígidas de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (128–131).

La parte conclusiva de la obra se dedica a examinar el posicionamiento de las instituciones inglesas frente a los *sharia councils*, a los matrimonios y a los divorcios islámicos en Inglaterra, así como frente a las posibles intervenciones legislativas sobre los *sharia councils*. El análisis de las dificultades derivadas del posicionamiento de los tribunales ingleses resulta de particular interés para la teoría del derecho: en efecto, al menos según el *law in books*, «ni los matrimonios ni los divorcios islámicos que tienen lugar en Inglaterra gozan, en cuanto tales, de reconocimiento por parte del derecho inglés» (164). Sin embargo, la situación cambia si se considera el *law in action*, ya que los tribunales ingleses «llamados a decidir controversias nacidas en la intersección del derecho estatal con los *minority legal orders* de las minorías islámicas presentes en Inglaterra», a fin de tomar una decisión, «trascienden los límites entre ordenamientos formalmente distintos», se remiten a fuentes extrasistemáticas con interpretaciones *ad hoc* y

practican «lo que se ha dado en llamar *interlegality in reverse*» (165).

Globalmente considerado, el análisis casuístico de los *sharia councils* en «Inglaterra y Gales» descrito en este interesante volumen puede servir como modelo (y como advertencia) en tres sentidos que aquí sólo cabe mencionar de pasada: 1) la minoría islámica no es la única en territorio inglés y, por lo tanto, se plantea el problema de cómo comportarse respecto a las reglas, se consideren jurídicas o no, de otras minorías como la *hindi* o la *sjj*. 2) El caso británico puede constituir un útil punto de referencia para otros Estados con minorías musulmanas considerables, como Francia o Alemania. Además, estos problemas no afloran únicamente en Europa, sino también en Estados Unidos y en Canadá. En particular, en 2006, el Estado canadiense de Ontario excluyó del ámbito del derecho de familia la eficacia de las decisiones arbitrales basadas en derechos religiosos o extranjeros: no se prohíben estas decisiones, pero tampoco producen efectos. 3) El reconocimiento de un ordenamiento jurídico paralelo al preexistente en el Estado de acogida puede crear fuertes resistencias, como de hecho sucede en Gran Bretaña con el movimiento «One Law for All», que podría traducirse con el lema de «la ley es igual para todos». Los argumentos de este movimiento de protesta han sido expuestos por el islamólogo Denis MacEoin en su libro *Sharia Law or «One Law for All»?*



Marietta Auer

In weiter Ferne, so nah* **

Harvard – das ist Teil der amerikanischen Popkultur und ein nationaler und globaler Mythos.¹ An der Geschichte der Harvard University und insbesondere der Harvard Law School, der ältesten kontinuierlich betriebenen Law School der Vereinigten Staaten, lässt sich die politische, juristische, intellektuelle und soziale Geschichte Amerikas der vergangenen zwei Jahrhunderte wie durch ein Brennglas studieren. Seit ihrer Gründung im Jahr 1817 hat sie zwei amerikanische Präsidenten, siebzehn Richter des Supreme Courts, zahlreiche Träger weiterer höchster Staatsämter sowie einen erheblichen Teil der Professorenschaft an amerikanischen Law Schools hervorgebracht. Die Autoren, ausgewiesene Spezialisten der Universitätsgeschichte sowie der amerikanischen Geschichte, begründen ihr monumentales Unterfangen, die Geschichte der Harvard Law School in zwei jeweils gut 600 bzw. 800 Seiten starken Bänden darzustellen, daher zu Recht mit dem »Isomorphismus« der amerikanischen Rechtsausbildungskultur, der immer wieder nach Harvard zurückverweist (4 ff.). Dieser Begriff beschreibt die eindrucksvolle Leistung der Harvard Law School, in der Juristenausbildung über zwei Jahrhunderte hindurch maßstabsetzend gewirkt zu haben, und zwar in nahezu allen Bereichen vom Fächerkanon über die Lehrmethode bis hin zum Wirtschaftsmodell der Juristenfakultät. Der hier rezensierte zweite Band des Gesamtwerks umspannt die acht Jahrzehnte vom Dekanat Ezra R. Thayers (1910–1915) bis zu den politischen Fakultätskämpfen der 1980er Jahre. Glänzend geschrieben und mit reichem Bild- und Zahlenmaterial ausgestattet, erweckt er das Harvard des 20. Jahrhunderts so anschaulich zum Leben, dass man die weißen Kirchturmspitzen, roten Backsteingebäude und goldenen Herbstfarben Neuenglands selbst dann

buchstäblich vor Augen sieht, wenn man sie nicht wie die Autorin dieser Zeilen tatsächlich kennenlernen durfte.

Je länger man sich mit dem rezensierten Band befasst, desto klarer tritt dabei zutage, dass die Juristenausbildung dies- und jenseits des Atlantiks viel mehr unvermutete Gemeinsamkeiten als Unterschiede aufweist. Das gilt bereits für das erwähnte Wirtschaftsmodell, und zwar erstaunlich unabhängig davon, ob man eine privat finanzierte amerikanische Spitzenuniversität wie Harvard oder die chronisch unterfinanzierte Juristenfakultät einer deutschen Massenuniversität betrachtet. Es gilt weiter für die Lehrmethode, den Fächerkanon, die Wissenschaftlichkeit oder Praxisrelevanz der Ausbildung sowie für die während des gesamten 20. Jahrhunderts nicht abbreißende Debatte über juristische Ausbildungsreformen. Doch die Liste ist noch länger: Sie umfasst die Bedeutung von Benotungssystemen und meritokratischen Selektionsmechanismen für die Verteilung juristischer Karriere- und Lebenschancen. Sie umfasst weiter eine Studienkultur, in der Angst und Leistungsdruck eine signifikant größere Rolle spielen als in den Ausbildungskulturen anderer Fächer. Und sie umfasst schließlich den Habitus des durch rigorose akademische Auslese geformten, zu Führungsaufgaben aller Art befähigten modernen Berufsjuristen, dessen Prägung mit der Selbstselektion eines bestimmten Studierendentypus beginnt und sich durch normalisierende Karrierepfade bis hin zur hochselektiven Elite der auf Lebenszeit berufenen Universitätsprofessoren laufend selbst reproduziert. Wiederum ragt dabei das strukturkonservative Beharrungsvermögen der juristischen Fakultäten auf beiden Seiten des Atlantiks gleichermaßen aus dem akademischen Fächerdurchschnitt heraus.

* BRUCE A. KIMBALL, DANIEL R. COQUILLETTE, *The Intellectual Sword. Harvard Law School, The Second Century*, Cambridge (MA) / London: The Belknap Press of Harvard University Press 2020, 880 S., ISBN 978-0-674-73732-7

** Ich widme diesen Beitrag meinem Lehrer Duncan Kennedy zum 80. Geburtstag im Jahr 2022 in Dankbarkeit für alles, was ich von ihm an der Harvard Law School auch und gerade über Juristenausbildung lernen durfte.

1 Einen kleinen Überblick über die seit dem 19. Jahrhundert erschienenen *Harvardiana* bietet der erste Band des hier rezensierten Werks: BRUCE A. KIMBALL, DANIEL R. COQUILLETTE, *On the Battlefield of Merit. Harvard Law School, The First Century*, Cambridge (MA) / London 2015, 7–12.

Ein Beispiel: Zu den eindrucksvollsten Erträgen des rezensierten Bandes zählt die Mikrogeschichte der jahrzehntelang verschleppten Öffnung der Harvard Law School für Frauen und Minderheiten. Diese Verschleppung betraf alle Ebenen der Institution von den Studierenden über die Professoren bis zum Verwaltungspersonal und konnte sich nicht trotz, sondern gerade wegen des ausgeprägt meritokratischen Selbstverständnisses der Law School, in deren männlich-weiß dominiertem Milieu Juristenausbildung ausdrücklich auch als Charakterbildung nach einem Ideal spartanischer Härte und Männlichkeit verstanden wurde, besonders lange und hartnäckig halten. Für alles, was dem dazugehörigen WASP-Korpsgeist nicht entsprach, war an der Harvard Law School bis weit in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts hinein kein Platz. Den Autoren gelingt es meisterlich, diese langlebige Dynamik in historischen Querschnitten unter Rückbezug auf den persönlichen Stil und biographischen Hintergrund der jeweils amtierenden Dekane und Universitätspräsidenten sowie eines großen Kreises von weiteren Akteuren und Betroffenen zu veranschaulichen. So bedeutete Minderheitendiskriminierung während des langen Dekanats von Roscoe Pound (1916–1936) unter dem Präsidium des Bostoner Bilderbuch-Brahmanen Abbott Lawrence Lowell (1909–1933) etwas anderes als in den 1950er und 1960er Jahren unter Dekan Erwin Griswold (1946–1967) sowie den Präsidenten James Conant (1933–1953) und Nathan March Pusey (1953–1971); und abermals ganz anders stellte sich die Situation während der 1970er und 1980er Jahre unter der Ägide von Derek C. Bok (Dekan 1968–1971, Präsident 1971–1991) sowie den Dekanen Albert M. Sacks (1971–1981) und James Vorenberg (1981–1989) dar.

Unter Pound und Lowell blieb es unhinterfragter Konsens, Frauen die Zulassung zum Studium an der Harvard Law School zu verwehren, obwohl sich die Fakultät bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts mehrfach für ihre Zulassung ausgesprochen hatte und es in den folgenden Jahrzehnten immer wieder Anläufe qualifizierter Frauen gab, diese Hürde zu überwinden (29 ff. u. ö.). Die Stärke des Werks liegt darin, die selbstreproduzierende akademische Kultur Harvards, die solche Aufbrüche trotz des guten Willens vieler Protagonisten über Jahrzehnte hinweg blockierte, plastisch herauszuarbeiten. Paradigmatisch kommt diese institutionelle Kultur etwa in einer von den Autoren

zitierten Stellungnahme Lowells aus dem Jahr 1915 zum Ausdruck, als dieser auf die Frage eines Pressevertreters nach den Gründen für die Ablehnung einer Petition von fünfzehn Frauen, zu gleichen Bedingungen wie Männer zum Jurastudium zugelassen zu werden, sinngemäß antwortete, Harvard könne keine Frauen zulassen, weil die Zulassung Männern vorbehalten sei (31). Nach dem Zweiten Weltkrieg war diese Argumentationslinie allerdings nicht mehr durchzuhalten. Zu diesem Zeitpunkt war Harvard als eine von nur noch fünf Law Schools in den gesamten Vereinigten Staaten, die Frauen den Zugang verweigerten, längst in eine Außenseiterposition geraten. Also hieß die Law School im Herbst 1950 sang- und klanglos den ersten Studienjahrgang von vierzehn Frauen auf dem Campus willkommen, nachdem sich Fakultät und Universität unter dem Technokraten Conant 1949 endlich auf deren Zulassung geeinigt hatten und die Fakultät das Zulassungsverfahren anschließend wegen »mangelnder Erfahrung« mit Frauencolleges monatelang verschleppt hatte (457 ff.). Wieder liefert der Band auch diesseits des Atlantiks reichhaltiges Anschauungsmaterial dafür, was Diskriminierung von Frauen und Minderheiten in der Rechtswissenschaft jenseits des Etiketts dieses schnell ausgesprochenen oder hingeschriebenen Begriffs eigentlich bedeutet: Unter minutiöser Aufbereitung des verfügbaren Zahlenmaterials schildern die Autoren, wie die Zahl der Studentinnen an der Law School bis in die 1960er Jahre hinein stets nur einen Bruchteil der zugelassenen Männer pro Jahrgang ausmachte, weil – so das ständig wiederholte Argument – vermieden werden müsse, dass Frauen qualifizierte Männer von Studienplätzen verdrängen, zumal nicht zu erwarten sei, dass sie in den erlernten juristischen Berufen lange tätig sein würden. Einmal zugelassen, hatten die wenigen Jurastudentinnen im Harvard der 1950er und 1960er Jahre Ordalien zu bestehen wie Einladungen zum Dinner bei den Griswolds, wo jede einzelne von ihnen peinlich befragt wurde, was sie bewogen habe, an die Law School zu kommen und einem Mann den Studienplatz wegzunehmen (469 ff.), oder »Ladies Days« in den Vorlesungen einiger notorischer Professoren, bei denen die Frauen, die sonst übergangen wurden, vor den vollbesetzten Hörsaal zitiert und zum Gaudium der männlichen Zuhörerschaft über »Frauenthemen« wie Ehescheidung oder häusliche Gewalt examiniert wurden (467 f.). Erinnert sich jemand an die hierzulande geführte

Debatte über stereotype Geschlechterrollen in juristischen Ausbildungsmaterialien?²

Doch die Frauen reüssierten, und einige Namen überragender Alumnae wie Ruth Bader Ginsburg tauchten, nicht viel anders als die der besten männlichen Alumni, zeitversetzt ab den 1970er Jahren wieder an der Harvard Law School auf, diesmal als Kandidatinnen für die Besetzung von Professuren (477 ff., 695 ff.). Doch mit jeder bezwungenen Karrierestufe wiederholte sich das Elend sexualisierter sozialer Exklusion: Hatten es die Frauen erst in die elitäre »Harvard Law Review« geschafft, erwies sich der weitere Weg zur Professur als versperrt, der über die prestigeträchtigen wissenschaftlichen Mitarbeiterstellen am Supreme Court führte (515 ff., 524). Hatte sich dieser Weg einmal geöffnet, sahen sich die in Harvard angekommenen Professorinnen mit ungreifbaren sozialen Hürden konfrontiert, die vom »lonely lunch syndrome« (701, 703) über vorgebliche Probleme mit der Lehre bis hin zu endlos verschleppten Tenure-Entscheidungen reichten (692 ff.). Die präzise aufbereitete Zeittafel der in den 1970er und 1980er Jahren begutachteten und abgelehnten oder besser von der »spartanischen Kultur« vertriebenen Kandidatinnen für Tenure-Positionen an der Harvard Law School liest sich wie ein Who's Who bedeutender amerikanischer Juristinnen des 20. Jahrhunderts und stellt der Institution ein Armutszeugnis ersten Ranges aus (811 f.). Auch hier gelingt es den Autoren, die am Werk befindlichen sozialen Praktiken an konkreten Einzelschicksalen plastisch hervortreten zu lassen, ohne historische Komplexitäten durch nachgereichte Bewertungen zu reduzieren. So gehen etwa bis heute die Einschätzungen der für den Band eigens befragten Zeitzeuginnen darüber auseinander, ob Dekan Griswold den studierenden Frauen jenseits der abweisenden institutionellen Kultur persönlich wohlgesonnen war oder nicht (469 ff.). Viele weitere eindrucksvolle Geschichten dieser Art könnten hier noch erwähnt werden:

Die der offen praktizierten Zurücksetzung jüdischer Studierender und Rechtswissenschaftler in den 1920er Jahren, bei der der spätere NS-Sympathisant Pound und der WASP-Gentleman-Jurist Lowell am selben Strang zogen (173 ff., 178 ff., 253 ff., 797 f.). Die des Kampfes afroamerikanischer Studierender und Rechtswissenschaftler um Gleichberechtigung und berufliche Anerkennung, der erst nach der Bürgerrechtsbewegung der 1960er Jahre Früchte trug (182 f., 480 ff., 643 ff., 690 ff., 706 ff.). Schließlich die der Kommunistenjagd unter Studierenden und Professoren, die in den 1920er Jahren in der aufgeheizten Atmosphäre des Sacco-Vanzetti-Prozesses erstmals ihr hässliches Gesicht zeigte und im McCarthyismus der 1950er Jahre in jakobinischen Terror ausartete, der Karrieren und Leben zerstörte und gegen den selbst die juristische Spitzenkultur der Harvard Law School kaum etwas ausrichten konnte (134 ff., 406 ff.).

Die von den Autoren erzählte Geschichte der Harvard Law School ist jedoch mehr als ein großer Bilderbogen der amerikanischen Gesellschaftsgeschichte und Juristenbiographik. Sie ist auch Rechtswissenschaftsgeschichte, Institutionengeschichte, Fakultätsgeschichte und vor allem nach Amtsperioden übersichtlich geordnete Dekanatsgeschichte, die den Leser immer wieder mit den Fragen konfrontiert: Wie steuert man eine Institution wie die Harvard Law School durch ein Jahrhundert voller politischer Umbrüche? Welche Reformen waren nötig und wurden realisiert, welche Entwicklungen hingegen verschleppt oder verschlafen? Welche finanziellen und personellen Risiken darf und muss man eingehen, um die eigene Spitzenposition zu halten, und wie prekär darf es finanziell höchstens werden? Die überraschende Antwort der Autoren lautet, dass das Wirtschaftsmodell der Law School deutlich prekärer war, als es ihr nach außen zur Schau gestellter Reichtum, ihre zahlreichen exzellenten Studenten und ihre durch das ganze Jahrhundert hindurch

2 Die hier wie dort nur einen kleinen Ausschnitt des Geschlechtseffekts in der Juristenausbildung abbildet; vgl. DANIELA SCHWEIGLER, Das Frauenbild in der bayerischen Justizausbildung, in: DRiZ 2014, 52–55 sowie weitergehend EMANUEL TOWFIGH, CHRISTIAN TRAXLER, ANDREAS GLÖCKNER, Zur Benotung in der Examensvorbereitung und im

ersten Examen, in: ZDRW 1 (2014) 8–27; PHILLIP HELLWEGE, JULIA DORFSCHMIDT, KATHARINA SCHARRER, MARTINA BENECKE, Frauen in den Rechtswissenschaften, in: RW 6 (2015), 301–353; THOMAS HINZ, HANS CHRISTIAN RÖHL, Geschlechterunterschiede in der Ersten juristischen Prüfung, in: JZ 71 (2016), 874–880.

vorangetriebene üppige Bau- und Expansionspolitik vermuten ließen. Die Autoren konstatieren ein »tuition dependence syndrome«, hinter dem ein über Jahrzehnte hinweg selbstverstärkender Rückkopplungskreislauf zwischen struktureller Unterfinanzierung, großen Jahrgangsstärken und dadurch erzwungener weiterer Expansion der Law School steckt: Aus struktureller Unterfinanzierung folgte die Notwendigkeit, möglichst viele Studierende zuzulassen, um den Betrieb der Law School durch die laufenden Einnahmen aus Studiengebühren zu decken. Für die vielen Studierenden waren Campus und Fakultät aber chronisch unterdimensioniert, so dass immer weiter expandiert werden musste, was wieder neues Geld kostete, das mangels Kapitalreserve nur durch noch mehr Studierende erwirtschaftet werden konnte – und so weiter (105 ff., 216 ff., 569 ff. u. ö.). Fühlt sich jemand an das Finanzierungsmodell der hiesigen Juristenfakultäten erinnert, die ihre typische Drittmittelschwäche im Gesamtplan der Hochschulfinanzierung etwa im Vergleich mit den medizinischen Fakultäten ebenfalls nur durch überproportionale Kapazitätsauslastung wettmachen können, was dazu führt, dass Hörsäle überbelegt, Betreuungsverhältnisse schlecht und Abbrecherquoten hoch sind? So etwas wie Drittmittelschwäche gab es in der ersten Jahrhunderthälfte auch in Harvard, wo Dekane wiederholt an der Aufgabe scheiterten, Alumni und reiche Geldgeber zu Spenden an die Law School und nicht etwa an die im naturwissenschaftlichen 20. Jahrhundert viel einleuchtender nützliche Medical School zu bewegen (347 ff.). Und noch in einer anderen Hinsicht zeigen die Autoren anschaulich, dass Juristenausbildung ein Wirtschaftsunternehmen ist und die Basis hier wie dort den Überbau bestimmt: Die für den Band titelgebende Kultur des »intellektuellen Schwerts«, die bis in die zweite Jahrhunderthälfte hinein in übertrieben feinen Notendifferenzierungen (34 ff., 529 ff., 664 ff. u. ö.) und Durchfallquoten von bis zu einem Drittel im ersten Studienjahr zum Ausdruck kam, war nicht zuletzt direkte Folge der Abhängigkeit von Studiengebühren und einer institutionellen Politik, die jahrzehntelang lieber hohe Einschreibezahlen und hohe Durchfallquoten akzeptierte als auf die Studiengebühren der später aussortierten Studenten zu verzichten (9, 788 u. ö.). Sogar zu dem hierzulande nach wie vor geläufigen Angstmacherspruch aus Erstsemesterveranstaltungen, wonach von den beiden Sitznachbarn bei einem Blick nach

links und rechts am Ende des Jahres einer nicht mehr da sein werde, gab es in Harvard einst ein exaktes Pendant (160).

Was hätte man an der Harvard Law School, an der diese Zeiten heute längst vorbei sind, schon früher anders und besser machen können? Die Law School hätte, wie die Autoren für jede Zeitschicht und jedes Dekanat einzeln darlegen, aus der Abhängigkeit von Studiengebühren ausbrechen können, wenn sie rigoros auf das namentlich von der Yale Law School seit den 1920er Jahren erfolgreich als Gegenentwurf zu Harvard praktizierte Boutique-Modell hochselektiver Zulassung, geringer Jahrgangsstärken, kleiner Klassen, wissenschaftlicher Spezialisierung und daraus folgender konstant kleiner, aber exzellent besetzter Fakultät sowie geringer Bautätigkeit umgeschwenkt wäre (586 ff.). Wäre das, wie die Autoren nahelegen, auch ein für Harvard gangbarer Weg gewesen? Die meisten Dekane der Law School waren anderer Ansicht, so namentlich Griswold, der diese Überzeugung 1950 in die schlichten Worte kleidete, seine Vorgänger hätten entschieden, dass Harvard eine große Law School sein solle (515, 553). Nun: Wer es zwei Jahrhunderte lang schafft, die maßgebliche Isohypse für den von den Autoren konstatierten Isomorphismus der amerikanischen Juristenausbildung zu setzen, kann so viel nicht falsch gemacht haben. Und so verfolgt man gespannt, wie die einzelnen Dekane im Spagat zwischen Law School, Universität und Zeitgeschichte der Aufgabe gerecht wurden, die weitreichenden und wagemutigen Investitionsentscheidungen zu treffen, die die Spitzenstellung der Harvard Law School bis heute prägen. Nicht alle waren dieser Verantwortung gewachsen; manche zerbrachen an ihr. Thayer (1910–1915) beging Selbstmord, Pound (1916–1936) mutierte zum Faschisten, und James M. Landis (1937–1946) zog eine Skandalspur ehebrecherischer Verhältnisse und Steuerdelikte nach sich, ehe er am Alkohol zugrunde ging (21 ff., 253 ff., 291 ff.). Indessen hatte die zukunftsweisende Expansion bereits unter James Barr Ames (1895–1910) mit dem Bau der Langdell Hall begonnen, die als Sitz der weltgrößten rechtswissenschaftlichen Bibliothek bis heute das Gesicht der Law School prägt (73 ff., 213 ff.). Wäre es eine Alternative gewesen, dieses Gebäude nicht zu errichten und stattdessen im Baubestand des 19. Jahrhunderts mit einer auf diese Maße eingefrorenen Fakultät und Studentenschaft zu verharren? Wohl kaum. Noch deutlicher wird die insti-

tutionelle Fruchtbarkeit des zukunftsgerichteten Wachstums am Dekanat Griswolds (1946–1967), durch dessen Initiative nicht nur weitere große Bauprojekte realisiert wurden, sondern der auch darüber hinaus für viele zukunftsweisende Reformen von der deutlichen Vergrößerung und Modernisierung der Fakultät über die Einführung eines professionellen Alumni-Managements bis hin zur Abkehr von der Politik überzähliger Zulassungen und hoher Durchfallquoten verantwortlich zeichnete (378 ff.). Seitdem betreibt Harvard bekanntermaßen eine ebenso selektive Zulassungspolitik wie Yale, nur auf höherem Zahlenniveau. Insgesamt zeigt das Dekanat Griswolds, was gutes Hochschulmanagement in der Juristenausbildung bewirken kann – wieder eine unbedingt lesenswerte Lektion auch und gerade diesseits des Atlantiks.

Den Nachfolgern Bok (1968–1971), Sacks (1971–1981) und Vorenberg (1981–1989) fiel die Aufgabe zu, die Law School durch die von politischen Grabenkämpfen geprägten Jahrzehnte von der Bürgerrechtsbewegung bis zur Reagan-Ära zu steuern. Seit den 1960er Jahren hatte sich das gesellschaftliche Klima in den Vereinigten Staaten grundlegend gewandelt. Dabei spielten sich einige der signifikantesten Veränderungen wiederum auf der Mikroebene des sozialen Systems der Law School ab. Ein Beispiel bildet der Niedergang der bis in die 1960er Jahre wichtigsten Frauenorganisation auf dem Campus, der »Harvard Law Wives« (462 ff.). Diese bot den Ehefrauen studierender Männer seit den 1930er Jahren ein Forum zum sozialen Austausch, wobei die Gattin des Dekans als Schirmherrin fungierte und die selbstlose Unterstützung der Karriere der studierenden Männer im Vordergrund stand. Doch mit diesem Idyll dienender Weiblichkeit war es vorbei, als der spätere Dekan Bok auf einem Treffen der Vereinigung im Jahr 1960 dafür warb, dass Frauen sowohl im eigenen als auch im Interesse ihrer Männer ihre eigene Karriere verfolgen sollten. Die empörten Reaktionen zeigten nur, dass das Frauenbild auch auf dem Campus der Harvard Law School längst in unaufhaltsamem Wandel begriffen war. Die dort

seit zehn Jahren studierenden Frauen hatten kein Interesse an den Treffen der Harvard Law Wives, weil sie sich in deren Rollenverständnis nicht wiedererkannten. In den 1970er Jahren löste sich die Vereinigung schließlich auf. Auch diese kleine Erzählung erweist sich als exemplarische Mikrogeschichte, die den breiten Verfall hergebrachter sozialer Rollen und Autoritäten seit den 1960er Jahren sogar im konservativen Milieu der Law School illustriert. Die symbolische Macht der alten Ordnung wirkte nicht mehr: Erratisches Verhalten von Professoren, zu Griswolds Zeiten noch an der Tagesordnung (382 ff.), war nunmehr verpönt; aus Klagen über harte Studienbedingungen wurden politisch ausgetragene »grade wars« (664 ff., 734 ff.); Frauen und Minderheiten forderten lautstark Gleichbehandlung; die elitäre WASP-Clubkultur starb aus (741); wo früher durchregiert wurde, musste jetzt langwierig diskutiert werden. Unterdessen explodierten die Studiengebühren mitten in die Rezession der 1970er Jahre hinein (683 ff.).

Am Ende des Bandes steht die durch fakultätspolitische Auseinandersetzungen rund um das »Critical Legal Studies Movement« zerrüttete Fakultät der 1970er und 1980er Jahre (763 ff.). Aus heutiger Sicht wirkt dessen linksradikale Politik gesellschaftlichen Wandels durch Enthierarchisierung der Law School indessen geradezu erfrischend. Dabei ging es noch um ein echtes politisches Ziel, nämlich um die Partizipation bislang ausgeschlossener Gruppen. Die Rollen von Freund und Feind waren klar verteilt, als Duncan Kennedy 1980 sein »Utopian Proposal on Law School as a Counterhegemonic Enclave« formulierte und dabei nicht weniger als eine grundlegende Reform des Zulassungsverfahrens, des Benotungssystems, der Auswahl der Mitglieder der Law Review, der Professorenberufung und Professorenbesoldung forderte, um »the School's role in promoting illegitimate hierarchies« zu reduzieren oder umzukehren (730, 770 ff.).³

Man spürt allerdings von ferne schon den Frosthauch politischer Überempfindlichkeit, der seit-

3 Grundlegend und bis heute lesenswert DUNCAN KENNEDY, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*, Cambridge (MA) 1983, neuveröffentlicht: New York 2004. Vgl. bereits DERS., *How the Law*

School Fails: A Polemic, in: *Yale Review of Law & Social Action* 1 (1970) 71–90; DERS., *First Year Law Teaching as Political Action*, in: *Law & Social Problems* 1 (1980) 47–58.

dem in den amerikanischen Hochschulen Einzug gehalten hat und mit der üblichen Zeitverzögerung inzwischen unübersehbar auch in Europa angekommen ist. Am Ende des Bandes wird deutlich, wie sehr in der gegenwärtigen akademischen Cancel Culture die Saat aufgegangen ist, die durch die gesellschaftliche Polarisierung der Vereinigten Staaten seit der Reagan-Ära gesät worden ist. Natürlich darf dabei auch die Geschichte des Wappens der Law School nicht fehlen, das 2016 unter internationaler Medienaufmerksamkeit abgeschafft wurde, nachdem die Autoren im ersten Band ihrer hier vorgelegten Geschichte den Zusammenhang zwischen dessen Gestaltung in

Anlehnung an das Familienwappen Isaac Royalls, der den ersten Lehrstuhl an der Law School gestiftet hatte, und der Herkunft des Stiftungsvermögens aus dessen von Sklaven betriebener Zuckerplantage in Antigua hergestellt hatten (2 ff., 394 ff.). Wieder handelt es sich um ein signifikantes Stück Mikrogeschichte, in der sich die große Zeitgeschichte spiegelt, und man möchte der Harvard Law School wünschen, dass sie noch viele Jahrzehnte und Jahrhunderte in ständiger Transformation auf ihrer einzigartigen Höhenlinie ausharrt, wo der Wind des Wandels rauer weht als anderswo. ■

Amber Rose Maggio

Heimatlos*

Mira L. Siegelbergs Monographie *Statelessness: A Modern History* ist eine umfassende Begriffsgeschichte der Staatenlosigkeit als Konzept und als rechtliches Phänomen. Wie die Autorin im einleitenden Kapitel schreibt, bezieht sich das Konzept der Staatenlosigkeit auf eine breite Palette von Fragen rund um die politische Organisation der Menschheit, umfasst gleichzeitig aber einige der destabilisierendsten Entwicklungen der modernen Politik. Siegelberg untersucht diese Themen und Entwicklungen anhand einer Vielzahl von Quellen und legt so eine Ideengeschichte der Staatenlosigkeit vor, die zum Kern der Frage vordringt, wie die politische Organisation um Souveränität dem Menschenrechtsschutz für Staatenlose widerspricht.

Wie man es von einer Geschichte eines Rechtsbegriffs erwarten würde, sind viele der in dem Band herangezogenen Quellen juristischer Natur. Sie reichen von nationalen und internationalen Gerichtsentscheidungen, den Minderheitenverträgen nach der Pariser Friedenskonferenz, den Berichten und Dokumenten des Völkerbundes und

den Akten der Haager Kodifizierungskonferenz 1930 bis hin zur nationalen Gesetzgebung und natürlich den völkerrechtlichen Verträgen. Zugleich zeichnet dieses geistesgeschichtliche Werk das politische Denken in der turbulenten Zwischenkriegszeit über den Zweiten Weltkrieg bis in die Nachkriegszeit nach, unter besonderer Berücksichtigung von Rechtstheoretikern und Emigranten. Interessanterweise greift die Autorin auch auf fiktionale Werke zurück, die versuchen, die Erfahrung derjenigen einzufangen, die in dem Zustand leben, keinen Staat zu haben: heimatlos zu sein. Die reiche Vielfalt an Quellen und die Auseinandersetzung mit dem Gedanken der Staatenlosigkeit auf unterschiedlichen Ebenen liefern eine originelle und aufschlussreiche Darstellung, die über die bisherige Forschung zu diesem Thema hinausgeht.

Staatenlosigkeit als Kategorie definiert sich durch ihre fehlende Verbindung zum Staat. Siegelbergs Darstellung der Entwicklung dieses Konzepts zeigt, wie wichtig die Vorstellung von staatlicher Souveränität für die Positionierung von

* MIRA L. SIEGELBERG, *Statelessness: A Modern History*, Cambridge (MA) / London: Harvard University Press 2020, 318 p., ISBN 978-0-674-97631-3

Staatenlosigkeit in der modernen internationalen Ordnung war. Sie zeigt überzeugend auf, wie nach 1945, als eine andere Zukunft möglich gewesen wäre, Staatenlosigkeit als Kategorie benutzt wurde, um zu »advocate for the validity of the sovereign state as the primary source of rights and law, rather than as evidence for the future of non-state political order« (156). Gleichzeitig verdeutlicht sie den Zusammenhang zwischen dem Konzept der Staatenlosigkeit und dem Status von Individuen im Völkerrecht und belegt, wie dieser mit der Konzeption staatlicher Souveränität verknüpft ist: Nur durch den Staat können Individuen Rechte besitzen, was Staatenlose mit unerfüllbaren Ansprüchen zurücklässt.

Im Laufe des Buches setzt sich die Autorin mit Rechtstheoretikern und politischen Denkern auseinander, vor allem mit Hans Kelsen und Hersch Lauterpacht, aber auch mit Carl Schmitt, Josef L. Kunz, neben vielen anderen. Doch am fesselndsten liest sich Siegelbergs Auseinandersetzung mit Hannah Arendt. Arendt gilt als eine der bedeutendsten politischen Denkerinnen zum Totalitarismus im 20. Jahrhundert, und ihre persönliche Erfahrung der Staatenlosigkeit verleiht ihren Überlegungen zu diesem Thema besonderes Gewicht. Arendt gehört zwar nicht zu den Denkern, die die moderne internationale Ordnung in Bezug auf Staatenlosigkeit geprägt haben, aber ihre Analyse zeigt, dass sie die politisch-rechtliche Ordnung nach dem Zweiten Weltkrieg als konstitutiv für die Marginalisierung der Staatenlosen verstand. Siegelberg verortet Arendt als eine Denkerin ihrer Zeit, die aber auch »critical insights« in die Natur des Problems im Hinblick auf seine formalen, strukturellen Implikationen für die internationale Rechtsordnung bietet (205). Arendt ist es auch, die in Siegelbergs Werk andere Möglichkeiten der Vorstellung einer regionalen oder internationalen Lösung für das Problem der Staatenlosigkeit zum Ausdruck bringt. Siegelbergs Auseinandersetzung mit Arendts Denken im Laufe der Zeit lässt viele Übereinstimmungen erkennen, und es wird deutlich, dass ihre Darstellung der Staatenlosigkeit – obwohl als Geschichte des intellektuellen Denkens konzipiert – große Sympathie mit Arendts Verständnis hegt.

Im letzten Hauptkapitel untersucht die Autorin fundiert, wie die Trennung zwischen Flüchtlingen und Staatenlosen in der internationalen Rechtsordnung, u. a. durch die Flüchtlingskonvention von 1951 und das Übereinkommen über die Rechtsstellung der Staatenlosen von 1954, Staatenlose zu einer Randgruppe in der internationalen Rechtsordnung machte, die bis heute anhält. Gleichzeitig zeichnet sie überzeugend nach, wie die Vergesellschaftung der Staatsbürgerschaft die Nationalität und damit die Staatenlosigkeit zu einer weniger juristischen Kategorie degradierte.

Als Historikerin des intellektuellen Denkens und der internationalen Ordnung, und nicht der Staatenlosigkeit im 20. Jahrhundert im Allgemeinen, erwähnt sie nur kurz die Verbreitung der Staatenlosigkeit im Zuge der Dekolonisation (226). Es handelt sich zwar um eine verständliche Entscheidung, doch die Beschäftigung mit Intellektuellen aus ehemaligen Kolonien bezüglich des Phänomens der Staatenlosigkeit hätte eine weitere wichtige Dimension in Bezug auf die Rezeption der Ordnung hinzugefügt, deren Konzeption sie so meisterhaft darstellt – nicht zuletzt, weil eines der zentralen Ziele ihrer Studie darin besteht, die konzeptionellen und normativen Ressourcen zu klären, die zum Verständnis der Bedeutung von Staatenlosigkeit in der Gegenwart zur Verfügung stehen. Auch wenn diese Stimmen das internationale System und seine Marginalisierung von Staatenlosigkeit vielleicht nicht entscheidend geprägt haben, könnten sie sicherlich zu unserem heutigen Verständnis von Staatenlosigkeit beitragen.

Abgesehen von diesem geringfügigen Einwand bietet Siegelbergs aufschlussreiche und fesselnde Monographie eine neue Perspektive für das Verständnis der Geschichte der internationalen Ordnung und der Art und Weise, wie das rechtliche Denken über Staatenlosigkeit diese geprägt hat. Ihre Arbeit ermöglicht es uns, die Frage nach den Rechten des Individuums im Völkerrecht besser zu verstehen, die für die Lösung aktueller und zukünftiger Herausforderungen im Zusammenhang mit Klimawandel, Meeresspiegelanstieg und Massenmigration so zentral ist.



Alessandro Somma

Non solo razionalità economica. Stato e morale nel pensiero neoliberale*

Si usa ripetere che il neoliberalismo sia mera razionalità economica, in quanto tale votato a fare a meno dello Stato. Si evita così di cogliere il radicale mutamento di paradigma cui rinvia il nome: esplicito nell'evocare la tradizione liberale, effettivamente incline a limitare l'ingerenza dei pubblici poteri, ma a stimolare nel contempo anche e soprattutto un suo rinnovamento.

Eppure questa circostanza è chiaramente evocata nel momento in cui venne coniato il termine »neoliberalismo«, ovvero nel corso del celebre colloquio Walter Lippmann tenutosi a Parigi sul finire degli anni Trenta: quando si volle rifondare l'ordine economico oramai incapace di reggersi sulla mitica mano invisibile, destinata a produrre l'autofagia del mercato. Allora si invocò l'edificazione di uno »Stato forte e indipendente« cui attribuire compiti di »severa polizia del mercato«, per impedire la »disintegrazione« sociale cui preludeva il »rispetto delle regole puramente razionali del gioco della concorrenza«. ¹ E questo implicava evidentemente il riconoscimento che la razionalità economica non poteva da sola alimentare il libero incontro di domanda e offerta e dunque il funzionamento della concorrenza: occorreva la mano visibile rappresentata dai pubblici poteri, i quali avrebbero dovuto imporla e anzi impiegarla come strumento di direzione politica del comportamento dei consociati. Il tutto in una fase storica caratterizzata dalla dissoluzione degli imperi alla base di un contesto internazionale cui si era affidato il compito di preservare l'ordine proprietario. ²

Il ruolo dello Stato nel sostegno dell'ordine economico neoliberale, pure ignorato nel nome di un consolidato fraintendimento circa il senso della locuzione »libero mercato«, non venne trascurato dagli ordoliberali: questi gli attribuirono anzi fin da subito il fondamentale compito di polverizzare il potere economico al fine di condan-

nare gli individui a tenere i soli comportamenti descrivibili in termini di reazioni automatiche agli stimoli del mercato. Ciò nonostante sono numerosi coloro i quali tracciano una netta distinzione tra ordoliberalismo e neoliberalismo, sostenendo che il secondo, diversamente del primo, non ha abbandonato la credenza secondo cui i mercati hanno la capacità di autoregolarsi. Trascurando così la circostanza che non è dato stabilire in termini assoluti la quantità e qualità dell'intervento statale nell'ordine economico cui rinvia il neoliberalismo, essendo queste in funzione di ciò che di volta in volta si rende necessario al fine di rendere il capitalismo storicamente possibile.

Pertanto il neoliberalismo non innova rispetto alla tradizione solo con riferimento al ruolo dei pubblici poteri, bensì anche rispetto a una ulteriore caratteristica cui si dedica se possibile un'attenzione ancora minore: il suo rapporto con la morale. Su questo aspetto ha ora concentrato la sua attenzione l'ultimo libro di Jessica Whyte, professoressa di filosofia nell'Università australiana del Nuovo Galles del Sud.

La morale di cui parla il volume è quella riassunta nella filosofia dei diritti umani, che l'ortodossia neoliberale esalta nella misura in cui consentono di promuovere l'individualismo proprietario, e soprattutto di contrastare l'ingerenza dei pubblici poteri nell'ordine economico: ovviamente non quella destinata a promuovere attivamente il libero incontro di domanda e offerta, bensì quella volta a sostenere l'emancipazione contro il funzionamento della concorrenza. Il tutto opponendosi a un diverso modo di intendere i diritti umani: quello promosso dalle Nazioni unite nella Dichiarazione universale adottata alla conclusione del secondo conflitto mondiale sulla spinta di chi intendeva contrastare il neocolonialismo e promuovere l'equilibrio tra capitalismo e demo-

* JESSICA WHYTE, *The Morals of the Market. Human Rights and the Rise of Neoliberalism*, London / New York: Verso Books 2019, 278 p., ISBN 978-1-78663-311-8

1 ALEXANDER RÜSTOW (1938), in: SERGE AUDIER, *Le Colloque Walter Lippmann: Aux Origines du »Néo-Libéralisme«*, Lormont 2012, 469 ss.

2 QUINN SLOBODIAN, *Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge (MA) / London 2018.

crazia, anche ricorrendo a forme di redistribuzione della ricchezza alternative a quelle realizzate dal mercato.

Whyte documenta come fosse questo il senso dell'opposizione tra società civile e società politica alimentata dai neoliberali raccolti attorno alla nota Società Mont Pèlerin, fondata anch'essa alla conclusione della seconda guerra mondiale per dare corpo ai propositi manifestati nel corso del Colloquio Walter Lippmann. Il tutto supportato da una copiosa documentazione volta a illustrare l'approccio evoluzionista dei neoliberali, i quali reputavano che la promozione della parità e la redistribuzione fossero l'aspirazione di corpi politici votati alla regressione, laddove lo sviluppo coincideva con la promozione dei commerci in un contesto cosmopolita.

Proprio un contributo confezionato da Friedrich von Hayek ai tempi dell'incontro parigino anticipava simili propositi nel momento in cui stabiliva un nesso tra sovranità nazionale e conflitto: quello bellico ma anche quello redistributivo. Di qui l'invito alla creazione di una federazione interstatale, cui affidare il compito di realizzare la libera circolazione dei fattori produttivi, sul presupposto che solo abolendo le barriere economiche si sarebbero eliminate le occasioni di conflitto tra Stati nazionali. E solo così facendo si sarebbe spolticizzato il mercato, ovvero impedito agli Stati di promuovere forme di emancipazione diverse da quelle cui prelude l'equazione che identifica l'inclusione sociale con l'inclusione nel mercato: «sarà difficile produrre persino le discipline concernenti i limiti al lavoro dei fanciulli o all'orario di lavoro».³

Whyte offre numerosi riscontri del nesso tra neoliberalismo e moralità, o meglio tra il primo e la cultura dei diritti umani, pur nella limitata accezione di cui abbiamo detto. Di particolare interesse quelli relativi alla nascita di tre note organizzazioni non governative come Amnesty International, Human Rights Watch e Médecins sans Frontières, di cui si documenta l'oggettivo contributo alla diffusione di un clima culturale di

favore per la diffusione del pensiero e delle pratiche neoliberali.

Si intuisce a questo punto che il volume non rileva esclusivamente come mera riflessione storico filosofica sul passato, ovvero che costituisce un importante contributo al dibattito politico attuale, se non altro perché offre uno sfondo culturalmente ricco per affrontare questioni particolarmente spinose. Si pensi a titolo esemplificativo al dibattito, a dire il vero non recentissimo, sulla centralità delle lotte per il riconoscimento, ovvero per l'identità e la differenza, rispetto a quelle per la redistribuzione.⁴ Si pensi poi alla sua attuale rivisitazione alla luce di quanto appare una rinuncia da parte delle forze politiche tradizionalmente impegnate sul fronte dei diritti sociali a rivendicarli, anche e soprattutto perché inconciliabili con tensioni neoliberali oramai divenute il loro orizzonte ideale. Magari accompagnando il tutto con una inedita enfasi sul tema dei diritti civili legati al riconoscimento, che rispetto a quelle tensioni è innocua, se non addirittura allineata, per i medesimi meccanismi descritti da Whyte con riferimento alle menzionate organizzazioni non governative.

Ha poi a che vedere con l'attualità politica, sebbene conosca una tradizione risalente,⁵ una diversa funzione che la morale ha assunto in combinazione con la diffusione del pensiero neoliberale. Si è detto che quest'ultimo guarda oltre la razionalità economica, perché così facendo contribuisce a neutralizzare il conflitto redistributivo prodotto dal funzionamento della concorrenza. Ebbene, ciò non chiama in causa la sola morale collegata all'individualismo proprietario, bensì anche quella destinata ad alimentare valori premoderni evocati ad arte per alimentare conflitti identitari, e consentire così alla modernità capitalista di prosperare. A dimostrazione che il neoliberalismo non solo richiede l'intervento dello Stato per potersi affermare, ma anche che l'ingerenza dei pubblici poteri non è di per sé fonte di conflitti, come la demonizzazione neoliberale della sovranità nazionale mira a far credere. In verità il conflitto è una prerogativa del mercato e più in generale di un

3 FRIEDRICH VON HAYEK, *The Economic Conditions of Interstate Federalism*, in: *New Commonwealth Quarterly* 5 (1939) 131–149.

4 Scontato il riferimento a NANCY FRASER, AXEL HONNETH, *Umverteilung oder Anerkennung? Eine poli-*

tisch-philosophische Kontroverse, Frankfurt am Main 2003.

5 MELINDA COOPER, *Family Values. Between Neoliberalism and the New Social Conservatism*, Cambridge (MA)/London 2017.

rapporto squilibrato tra democrazia e capitalismo, il cui recupero richiede inevitabilmente di riportare l'emancipazione al centro dell'orizzonte politico dei pubblici poteri. E con ciò di recuperare in chiave emancipatoria la dimensione nazionale in quanto arena politica entro cui sviluppare il conflitto redistributivo.⁶

Il volume di Whyte contribuisce a identificare le dinamiche che hanno finora impedito un simile risultato, e rappresenta pertanto un contributo importante nella direzione giusta.



6 ALESSANDRO SOMMA, *Sovranismi. Stato popolo e conflitto sociale*, Roma 2018.