

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XVI

Herausgegeben von DIETER SIMON



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1989

Paradoxe Justiz als Thema

Zu Diskussion und Forschungsstand in Spanien*

Nähert man sich dem spanischen juristischen Feld, dürfte der erste Eindruck von der dortigen Rechtspflege wohl negativ sein. Doch mit Sicherheit besteht die größte Überraschung darin, daß Justiz in Spanien hochaktuell ist, beispielsweise keine Zeitung sich dieses Problem entgehen läßt, und das ganz im Gegensatz zur Zeit des Franquismus. Die öffentliche Meinung ist aufs höchste um den Justizapparat besorgt. Anlaß besteht genug, gleichgültig, ob es nun im Einzelfall um die Überlastung der Gerichte, den Zustand in den überfüllten Gefängnissen, autoritäre Richter mit unzeitgemäßen juristischen wie ethischen Maßstäben oder demokratische Richter geht, die es wagen, in die herkömmlicherweise vor aller Justiz geschützten, schier grenzenlosen Einflußzonen von Polizei und Innenministerium vorzudringen.

Die Neubewertung der Rechtsprechung in der Form eines potentiell stets relevanten öffentlichen Ereignisses erster Ordnung trifft auf allgemeine Zustimmung. Generell erblickt man hierin eine Komponente umsichgreifender Demokratisierung auf dem Gebiet der staatlichen Verwaltung, zumal die Justiz der Jahre zuvor ihre Arbeit eher in aller Stille versah, was nur ihrer subalternen Stellung im Kernbereich des franquistischen Staates entsprach¹. Eine nie ruhende öffentliche Kritik an der Justiz wird sogar als ein entscheidender Faktor für die Neugestaltung juristischen Denkens verstanden, als geradezu unerläßlich dafür, das Gerichtswesen nicht als vordemokratische Enklave überdauern zu lassen². Steigt man jedoch von der Ebene der Vorsätze und Prinzipien herab, um die demokratische (Re-)organisation der Justizverwaltung aus nächster Nähe zu beobachten, begegnet man bald einem

* Aus dem Spanischen übertragen von JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ.

¹ Cf. ANDRÉS OLLERO, Poder judicial y transición democrática en España, in: Anuario de sociología y psicología jurídicas 1982, S. 10 ss.

² PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ, Justicia/conflicto, Madrid 1988, S. 51 ss. In dieser Schrift, von der noch im folgenden zu handeln ist, werden als weitere Faktoren genannt, auf die die Transformation der juristischen Kultur der letzten Jahre zurückgehen soll: eine justizinterne Debatte, vornehmlich vorangetrieben durch die Vereinigung „Jueces para la democracia“; eine Richterschaft, zu der sich eine neue Generation Zugang verschaffte, insbesondere eine bislang nicht gekannte große Zahl von weiblichen Richtern; und der Ausbau der Verfassungsjustiz.

äußerst negativen Bild, das sich die Spanier von ihrer Rechtspflege machen. Vornehmlich in den Medien und da wiederum an erster Stelle in der Presse herrscht die Meinung vor, die spanische Justiz sei ineffizient, arbeitsüberlastet und materiell wie personell unzureichend dotiert. Sie liege in den Händen grundsätzlich konservativ eingestellter Richter, die ihren Beruf nur unmotiviert ausübten, selbst Korruption – wenn auch nur vereinzelt und in geringem Umfang, aber eben symptomatisch – könne nicht ausgeschlossen werden³.

Empirische Studien vor allem vonseiten des Soziologen José Juan Toharia präzisieren dieses Bild zusätzlich⁴. Als erstes wird so bestätigt, daß der Justiz in der Tat seit dem Ausgang des Bürgerkrieges kontinuierlich die erforderlichen Mittel entzogen worden sind, woran das demokratische Regime bislang nur unwesentliche Korrekturen vornehmen konnte. Typischerweise beläuft sich der Haushalt des Justizministeriums auch weiterhin nur auf 1,5% des Gesamthaushaltes; auf 100.000 Einwohner kommen nur 4,5 Richter. Dergestalt gibt es zweimal weniger Richter in Spanien als in Frankreich und gar fünfmal weniger als in der Bundesrepublik Deutschland. Übergeht man bei der Nachfrage nach Justiz die dramatische Situation der Strafjustiz, die vom Drogenproblem total überfordert wird, ist die Lage für die Ziviljustiz als zunehmend explosiv zu bezeichnen – so jedenfalls Toharia. Gegenüber 2,32 Prozessen auf 1.000 Einwohner im Jahr 1970, registrierte man 4,92 für 1980. Und wenn im erstgenannten Zeitpunkt durchschnittlich 849 Verfahren pro Gericht anhängig gemacht wurden, belief sich 1980 die Zahl auf 1909, eine Steigerung von 125%. Was das besagte Bild in der Öffentlichkeit wie auch das eigene Verständnis der Richterschaft von ihrer Arbeit anbelangt, ließ sich statistisch ermitteln: Ein Großteil der Bevölkerung, d.h. genau genommen 37% im Vergleich zu 34% einige Jahre zuvor, sind immer noch der Ansicht, Gerichte würden eher schlecht als recht funktionieren; und wenn 1972 noch 39% der Richter annahmen, ihre Tätigkeit flöße der Bevölkerung großes Vertrauen ein, waren 1984 nur noch 14% dieser Meinung.

³ Statt eines detaillierten Überblicks über die Tagespresse der letzten Jahre, sei verwiesen auf die journalistisch gehaltenen Schriften von ANTONIO ARADILLAS, *Proceso a la justicia española*, Madrid 1984, und JOSÉ RUIZ, *La Justicia en España*, Madrid 1985. Während die erste eine Anzahl von Interviews mit herausragenden Persönlichkeiten aus dem Justizmilieu und der Advokatur enthält, geht es in der zweiten um die sozialistische Rechtspolitik, die Schwierigkeiten der Justiz im Baskenland und in den unteren Instanzen.

⁴ JOSÉ JUAN TOHARIA, *“¡Pleitos tengas! ...”*. Introducción a la cultura legal española, Madrid 1987. Von Toharia stammt auch die erste empirische Arbeit zur spanischen Justiz der frühen siebziger Jahre: *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid 1975.

Obwohl die empirischen Befunde die allgemeine Einschätzung bestätigen, vermag Toharia auf eine Reihe anderer Daten zu verweisen, die eine gewisse Differenzierung gestatten. Dabei wird ein zentrales Paradoxon angesprochen, das prinzipiell für alle soziologische bzw. historische Justizforschung von Bedeutung ist. Insofern sind folgende zusätzlichen Aspekte zu veranschlagen. Einmal ist in der Tat davon auszugehen, daß in Spanien die Gerichtsbarkeit als defizitär angesehen wird, nur ist zugleich zu bedenken, daß in anderen Ländern, wo davon eher Gebrauch gemacht wird, das Vertrauen in die Gerichte deswegen nicht größer ist, und außerdem in Spanien die Erwartung in andere staatliche Institutionen (Regierung, Cortes, Gemeindeverwaltung) auch nur dem entspricht, was man der Rechtspflege an Vertrauen entgegenbringt. Zum anderen ist es wichtig, festzuhalten: Wenn sich bezüglich der materiellen und personalen Ausstattung trotz der bemerkenswerten Vervielfachung der Arbeit wenig änderte, dann haben doch offensichtlich die Richter ihre Arbeitseffizienz gesteigert. Für Toharia unterliegt es keinem Zweifel, daß die justizielle Produktivität mehr als in anderen europäischen Staaten zunahm, was durchaus nicht auf Kosten der Qualität der erbrachten Leistungen gehen mußte, wofür die Zahl der Entscheidungen steht, die im letzten Jahrzehnt nicht zunahm. Daher das erwähnte Paradoxon: Trotz schwacher struktureller Bedingungen erweist sich die richterliche Aktivität als erstaunlicherweise wirkungsvoll, was Toharia zu dem Schluß veranlaßt, die spanische Justiz funktioniere schlecht, aber auch nicht so schlecht, daß von Nichtfunktionieren gesprochen werden könne. Alles hänge vielmehr von den Parametern ab, die man anlege⁵.

Besonders opportun ist es, sich dieser Einsicht zu öffnen, wenn es darum geht, die spanische Justiz wissenschaftlich aufzuarbeiten. Dazu sei nochmals wiederholt: In Spanien wird heute die finanzielle Vernachlässigung des Justizwesens aufgewogen von einer funktionalen, weil den Mitteln adäquaten Rechtspflege. Desweiteren ist aus methodologischer Sicht zu folgern, daß der Nachweis dieses Paradoxons abhängig ist von den theoretischen Vorgaben. Es spricht infolgedessen alles dafür, daß beide Komponenten, mithin die Funktionalität von Justiz und die Wahl der Beobachtungsinstrumente, im Verbund geeignet sind, besonders dafür Kriterien abzugeben, wie Justiz historisch zu thematisieren ist.

Grundsätzliche Fragen dieser Art sprengen verständlicherweise den Rahmen eines solchen Literaturberichts. Hierfür sei aber auf das For-

⁵ TOHARIA, ¡Pleitos tengas!, (N. 4), S. 138.

schungsprojekt zur spanischen Justiz des letzten Jahrhunderts hingewiesen, das vom Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte her gesteuert wird und wobei auch diese Fragestellung zum Ausgangspunkt gewählt wurde⁶. Der nachfolgende Bericht versucht, den bisherigen Plan zu ergänzen, indem er diesen insoweit konkretisiert, als er die Methoden aufzeigt, mit denen in der jüngsten Zeit Justiz in Spanien bearbeitet wurde. Dazu wird einleitend über die Art zu berichten sein, wie heute über gegenwärtige spanische Justiz gesprochen wird; im Anschluß sollen die Beiträge vorgestellt werden, die sich mit der geschichtlichen Justiz Spaniens befassen.

I. Justiz 2000

Bevor die Diskussion um ein neues Justizkonzept angesprochen werden soll, sei nochmals resümiert: Soziologisch bzw. historisch gesehen ist die spanische Justiz zu komplex, als daß sie speziell auf Ineffizienz oder eine retardierende Entwicklung reduziert werden darf. Außerdem – und dies sei nur der Bedeutung wegen nochmals wiederholt – ist die Analyse der Funktionsweise von Justiz ebenso bedingt durch die zum Einsatz kommenden Beobachtungsinstrumente wie durch die Eigenart der justiziellen Komponenten. Von diesen Kriterien aus und mit Luhmann⁷, nach dem die Sozialstrukturen, auf die sich im allgemeinen die Semantik des Staates bezieht, einer guten Dosis Selbstbeschreibung bedürfen, um ihre eigene Komplexität zu thematisieren, mit Luhmann also ist festzustellen, daß der augenblicklich dominierende Diskurs über Justiz von einer derartigen konzeptuellen Arbeit beherrscht wird. Kurz gesagt, Justiz simplifiziert sich weitestgehend selbst. Komplexität wird damit nicht aufgehoben, vielmehr wird diese über ein semantisch ebenso homogenes wie reflexiv strukturiertes sprachliches Netz abstrahiert, so daß die Rechtspflege in das Beziehungsgeflecht der anderen (staatlichen) Institutionen eingebunden wird. Das gilt einmal für die Relation zu den politischen Instanzen, wird doch gleichermaßen von der richterlichen wie von der politischen Macht gesprochen. Nicht anders ist es für die juristischen Bezüge, so beispielsweise hinsichtlich des Verhältnisses von Judikative zur Legislative bzw. Exekutive oder bezüglich der

⁶ JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, Projekt: Spanische Justiz im 19. Jahrhundert, in: *Ius Commune* 15(1988)209–229; cf. weiterhin in diesem Band die Seiten 179–217 und 219–247.

⁷ NIKLAS LUHMANN, Staat und Politik. Zur Semantik der Selbstbeschreibung politischer Systeme, in: LUHMANN, Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft (= Soziologische Aufklärung, 4), Opladen 1987, S. 74–103.

Gegenüberstellung von ordentlicher und Verfassungsjustiz. Eine solche Entparadoxialisierung hat zwei Seiten.

1. In der Tendenz wird Justiz einerseits unter Rückgriff auf ein genuin politisches Vokabular thematisiert, vorzugsweise im Hinblick auf den binären Code, der ansonsten die politische Rechte von der Linken trennt. Verantwortlich sind hierfür sicherlich die Probleme, die daraus entstanden, daß ein Gutteil der reaktionären Richterschaft ohne weiteres vom demokratischen System übernommen wurde⁸. Gemäß Andrés Ibañez, einem Richter und Justiztheoretiker, erlaubt die herrschende Auffassung, so sie sich wie gesagt politischer Begriffe bedient, rechtspolitische Kriterien namentlich für die Gesetzgebung effizient zu formulieren⁹. Die demokratische Justizverfassung wurde unmittelbar bedingt von einer Logik, die in den Gerichten eine politische Gewalt neben anderen erblickte, weshalb diese sie auch zu kontrollieren hätten. Von dieser Vorstellung waren zunächst die Arbeit an der Verfassung von 1978 und da wiederum insbesondere die Konzeptualisierung der Rechtspflege bestimmt, ein Prozeß, der – nebenbei gesagt – viel schematischer ablief und weniger virulent verlief, als das noch im 19. Jahrhundert aus vergleichbarem Anlaß der Fall war. Und das ist zunehmend richtig für die späteren gesetzlichen Reformen, die in die „Ley orgánica del Consejo General del Poder Judicial“ (1980) und in die „Ley orgánica del Poder Judicial“ (1985) einmündeten. Die praktischen Ergebnisse können sich aber zum Teil durchaus sehen lassen. So vor allem die Schaffung einer richterlichen Selbstverwaltung: des von der Exekutive im Hinblick auf seine Zusammensetzung und Kompetenz beargwöhnten „Consejo General del Poder Judicial“. Daneben freilich überwand man nicht die alten Strukturen des letzten Jahrhunderts; es blieb bei vergleichsweise vertikal organisierten Formen und dem herkömmlichen Karriereprofil nach „categorías“¹⁰. Um die Divergenzen zwischen demokratisierter Regierung und solch kategorialer Organisation auf den Begriff zu bringen, rekurierte man wieder einmal auf begrifflich vage, dafür jedoch poli-

⁸ Obwohl Toharia einräumt, daß es sich um eine bedauernswerte Kontinuität handelt, rechtfertigt er diese unter Verweis darauf, daß ein letztlich gemeinrechtliches Rechtssystem wie das spanische hochpersönlich angelegt sei (TOHARIA, ¡Pleitos tengas! (N. 4). Das dürfte aber zu abstrakt und wenig historisch gedacht sein. Wie kürzlich gezeigt wurde, fehlte es in Spanien – anders als in Portugal – an politischen Säuberungen in Polizei und Verwaltungsspitze, weil es gleich zu Beginn der „transición“ zu einer entsprechenden Absprache zwischen Politik und Krone kam (Cf. JOSÉ IGNACIO LACASTA, *Cultura y gramática del Leviatán portugués*, Zaragoza 1988, S. 117–154).

⁹ PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ, *Justicia/Conflicto* (N. 2). S. 32 ss.

¹⁰ Cf. PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ/CLAUDIO MOVILLA ALVAREZ, *El poder judicial*, Madrid 1986, S. 101 ss.

tisch durchlässige Konzepte wie dasjenige von der Verantwortlichkeit (*responsabilidad*)¹¹ oder der Unabhängigkeit (*independencia*)¹². Kaum verwunderlich, beide in der Folge von jeder Seite verwandt zu sehen, für jede Art von Reform der Prozeßordnung oder Gerichtsverfassung erhalten zu müssen¹³.

Wenn, wie auch Luhmann sagt, Politik in der Stunde des Handelns weiß, welche Politik zum Einsatz kommt, aber nicht, um welche Gesellschaft es sich handelt, und wenn angesichts dieser Grenzen vor allem anderen der zeitliche Horizont einzuengen ist¹⁴, erlangt in diesem Rahmen ein jüngst veröffentlichtes Dokument die Bedeutung, die ihm zusteht, weil es paradigmatisch die Umrisse solcher Justizthematisierung offen legt. Wir beziehen uns auf ein Papier, daß allem Anschein zum Trotz nicht von Politikern, sondern von der sozialistischen Partei (PSOE) nahe stehenden Rechtswissenschaftlern und anderen professionellen Juristen anläßlich der Ausarbeitung des „Programa 2000“ konzipiert wurde¹⁵. Von dieser „Justicia 2000“ sei hier nur folgendes festgehalten. Zuallererst ein historisches Werturteil: Ihm zufolge habe sich das spanische Gerichtswesen anders als die heimische Gesetzgebung, insbesondere aber anders als die Verwaltung, nicht den Strukturvorgaben des 20. Jahrhunderts angepaßt. Zum zweiten ein normatives Werturteil: Justiz obliege die Verteidigung von demokratischer Legalität und konstitutionell verfaßter Ordnung und dies kraft öffentlichen Auftrags. Sie sei eine der drei Gewalten, weswegen sie sich zu integrieren und mit den beiden anderen verantwortlich zusammenzuarbeiten habe. Und drittens ein vorwiegend quantitativ ausgerichtet Plan: Insoweit wird mittelfristig auf dem Weg über das bereits erlassene Gesetz zur Neufestsetzung der Gerichtsbezirke (1988) vorgeschlagen, die Zahl der Richterstellen zu erhöhen. Den Konnex zwischen derart unterschiedlichen, gleichzeitig der Geschichte, der Verfassung und der direkten staatlichen Steuerung entnommenen Ansätzen liefern allein die Handlungsmöglichkeiten, die sich aus einer derart reduktionistischen Thematisierung von Justiz eröffnen. Der Gebrauch des besagten politischen Code

¹¹ Dazu neuerdings JUAN MONTERO AROCA, *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del poder judicial*, Madrid 1986 (mit bibliographie raisonnée).

¹² Cf. das Vorwort von MIGUEL A. APARICIO zu DIETER SIMON, *La independencia del juez*, Barcelona 1985.

¹³ Cf. JUAN IGARTUA SALAVERRIA (ed.), *Los jueces en una sociedad democrática*, Oñati 1987.

¹⁴ NIKLAS LUHMANN, *Enttäuschungen und Hoffnungen. Zur Zukunft der Demokratie*, in: LUHMANN, *Beiträge* (N. 7), S. 136–141.

¹⁵ PSOE/PROGRAMA 2000, *La administración de justicia en España*, Madrid 1988.

(Rechts vs. Links) auf der einen Seite und ein Verständnis von sozialen Phänomenen, die sie als planbar voraussetzt, auf der anderen Seite, erlaubte offensichtlich eine Reduzierung der Komplexität, die ihren sprechendsten Ausdruck in der Kluft findet, die hier ohne Unterlaß zwischen Verwaltung von Justiz und Verwaltung schlechthin gesehen wird. Indem man die Probleme der Rechtspflege zu Problemen der Richterschaft macht, gelingt es, ausschließlich die Justiz für ihren historischen Retard verantwortlich zu machen. So gelingt es weiterhin, die Aufmerksamkeit auf die Wahl der Mitglieder des „Consejo General del Poder Judicial“ zu lenken, während man doch ohne Vorbehalte die bürokratische Organisation des vergangenen Jahrhunderts fortschreibt. Und so gelingt es zum dritten, die Justiz des Jahres 2000 einzig und allein über die Quantität ihrer Richter zu planen.

2. Eine andere, total gegensätzliche Problematisierung von Justiz müßte auf eine Analyse dringen, die die Beziehungen zwischen justizieller Funktion und politischem System mit Hilfe soziologischer bzw. historischer Kriterien ergründet. Was dagegen die spanischen Beiträge zu einer heutigen Justizverfassung angeht, sind diese gekennzeichnet von typisch juristischen Fragestellungen, je nach der Zugehörigkeit zur einen oder anderen Fraktion im Feld juristischer Professionalität. Wie Andrés Ibañez unlängst noch anmerkte, führt dieses Defizit dazu, gewisse, ja die wichtigsten Bereiche theoretischer Reflexion zu Niemandsland erklärt zu sehen, außerhalb aller Disziplinen. Während die Spezialisten der Verfassung bis zur Grenze des Rechtlichen bzw. Juristischen vordringen, ohne sie jemals zu überschreiten, beschäftigen sich die Experten von Prozeß und Gerichtsorganisation abgesehen von wenigen Ausnahmen vornehmlich mit der funktionalen Seite des richterlichen Entscheidungsprozesses. Andere Aspekte spielen, wie Andrés Ibañez bedauert, insoweit keine Rolle, auch nicht die der organisationalen Seite und deren Integration in den staatlichen Gesamtapparat¹⁶. Das Manko habe sogar, immer noch nach Andrés Ibañez, zu einer Okkupation vonseiten der Richter geführt: Sie verstünden es weitestgehend, alles Wissen um ihre Tätigkeit zu ihrem eigenen Wissen zu machen, was zwangsläufig den Übergang von wissenschaftlicher Einsicht zu autolegitimierenden Positionsbehauptungen in des Wortes doppelter Bedeu-

¹⁶ PERFECTO ANDRÉS IBAÑEZ/CLAUDIO MOVILLA ALVAREZ, *El poder judicial* (N. 10), S. 13–14.

tung erleichterte¹⁷. Aber diesen beruflich versierten Juristen sind selbst noch die spanischen Rechtsphilosophen zur Seite zu stellen, deren diesbezügliche Zielvorstellungen sich von einer vorbehaltlosen Parteinahme für Justiz zu einer bedächtigen Einschätzung des Richterrechts veränderten. Sozialwissenschaftliche Aspekte wurden dabei grundsätzlich zugunsten logischer und normativer Aussagen außer acht gelassen¹⁸.

Über diese Thematisierung, die durch die spezifischen Arbeitsinstrumente der jeweiligen Disziplin vorbestimmt ist, sei nicht vergessen, wie stark sich obendrein bei aller Beschäftigung mit Justiz ein akademisch genehmes Verhalten bemerkbar macht. Charakteristisch sind dafür juristisch gehaltene Abhandlungen zu ausgesprochenen Phantomen wie dem Geschworenengericht, das zwar in der Verfassung vorgesehen, aber bis zum heutigen Tag nicht in die Tat umgesetzt wurde und trotzdem von aktuellster Bedeutung ist, da es eben aus diesem Grund einen idealen Gegenstand universitärer Übung in Form eines weiteren Buches abgibt und somit Anspruch auf weitere wissenschaftliche Anerkennung verspricht¹⁹. Und wenn man einmal für einen Augenblick von derartiger Aktualität absieht, gehören hierhin auch die zahlreichen Untersuchungen zum Verhältnis von ordentlicher und Verfassungsgerichtsbarkeit, während bis jetzt eine Analyse zur sozialen Funktion und zur Richterschaft des „Tribunal Constitucional“ fehlt²⁰. Gerade dieses Defizit für die doch vom Plan her bedeutsamste Institution und folglich zentrale Thematik offenbart vielleicht am deutlichsten die Schranken

¹⁷ Dies wird besonders deutlich in den Gesetzeskommentaren der Richterschaft zu ihrem eigenen Statut, z.B. SIRO F. GARCIA PEREZ/FRANCISCO J. GOMEZ DE LIAÑO, *Ley Orgánica del Poder Judicial* (1985), Madrid 1985, wo zwei Richter der „Audiencia Nacional“ – ein Sondergericht u.a. für Delikte im Umkreis des Terrorismus – versuchen, diese Einrichtung zu rechtfertigen, obschon deren Verfassungsmäßigkeit mit Blick auf das Prinzip von der Einheit der Rechtspflege und den natürlichen Richter mehr als zweifelhaft ist.

¹⁸ Exemplarisch hierfür LUIS PRIETO SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid 1987; GREGORIO PECES BARBA, *Sobre la creación judicial del Derecho*, in: *Poder judicial* 16(1985)47; und der Band 1(1984) des *Anuario de Filosofía del Derecho*, mit einem Aufsatzteil, der dem juristischen Entscheiden gewidmet ist.

¹⁹ Cf. VÍCTOR FAIREN GUILLEN, *Los Tribunales de Jurados en la Constitución española de 1978*, Madrid 1979; RAMÓN SORIANO, *El nuevo jurado español*, Barcelona 1985; FRANCISCO DAVO ESCRIBA, *El Tribunal del Jurado. Reflexiones acerca de su desarrollo constitucional*, Madrid 1988.

²⁰ ANGEL FERNANDEZ SEPULVEDA, *Derecho judicial y justicia constitucional*, Madrid 1985; PABLO PEREZ TREMP, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Madrid 1985; ANTONIO LOPEZ PINA (ed.), *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid 1987; FRANCISCO EZQUIAGA, *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati 1987; FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid 1988; JAVIER PEREZ ROYO, *Tribunal Constitucional y división de poderes*, Madrid 1988.

solchen akademischen Debattierens über Justiz und das, wo es darum ginge, jenes Paradoxon zu entschlüsseln, das eingangs erwähnt wurde.

II. Historische Justiz

Normalerweise wären den Arbeiten zur Historischen Justizforschung, die im folgenden zu präsentieren sind, eine Reihe von Auswahlkriterien voranzustellen gewesen. Doch konnte davon weitgehend abgesehen werden, weil sich deren Definition fast von allein ergab. Etwa die Frage, ob umfassend berichtet werden soll, stellte sich gar nicht, da die Anzahl jüngst publizierter Studien zur neueren spanischen Justizgeschichte ohnehin sehr klein ist. Und sieht man einmal davon ab, daß die Zuordnung der zu besprechenden Monographien den Vorgaben ihrer Autoren folgt, war an ein bloße Inventarisierung ohnedies nie gedacht, so daß es sich streng genommen erübrigt, eigene methodologische Kommentare ausdrücklich anzukündigen. Bleibt nur abschließend darauf hinzuweisen, daß aus Gründen der Aktualität im allgemeinen auf das Publikationsdatum 1988 abgestellt wurde. Für frühere Arbeiten zur spanischen Justizorganisation und Prozeßrechtsgeschichte derselben zweihundert Jahre möge es deshalb mit einem Verweis auf die Überblicke bei Lasso und Scholz sein Bewenden haben.²¹

1. Im Zentrum der Justiz: Institutionelle Organisation und spezifischer Output

1.1 Justizorganisation

Wer sich über den Forschungsstand zur spanischen Justiz seit dem Ende des Ancien Régime unterrichten will, tut gut daran, zuallererst die Untersuchungen vorzunehmen, die deren organisatorische Seite besonders berücksichtigen. Ohne genaue Kenntnisse von der institutionellen Verfassung müssen alle weiteren Ergebnisse unverständlich bleiben. Angesichts dessen, daß geschichtlich bestimmte und daher historisch zu definierende Transformationen des Produktionsapparates Form und

²¹ Bis auf weiteres ist noch immer zentral JUAN FRANCISCO LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*: I. Organización judicial (Madrid 1970); II. Procedimiento civil (Madrid 1972); III. Procedimiento penal (Madrid 1975). Speziell zu Quellen und Literatur der Gesetzgebung des spanischen Zivil- und Handelprozesses des letzten Jahrhunderts cf. JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, Spanien, in: HELMUT COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. III. Das 19. Jahrhundert. 2. Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht, München 1982, S. 2403–2441.

Inhalt der Produkte determinieren, hängt der Erfolg künftiger justizhistorischer Analysen davon ab, zunächst einmal alles darüber in Erfahrung zu bringen, was bisher an verwaltungstechnischen Informationen sei es zur Richterschaft (Produzenten), sei es zu ihrer Spruchfähigkeit (Produkte) gesammelt wurde.

In diesem Zusammenhang ist vor allem die Darstellung von Gómez Rivero zu nennen, der sich mit den Anfängen des Justizministeriums beschäftigt²². Sein Gegenstand ist hauptsächlich die Institution, die diesem Fachministerium vorausging: die „Secretaría de Estado y del Despacho de Justicia“ zwischen 1714 und 1812, womit bei der Aufteilung der früheren „Secretaría del Despacho Universal“ angesetzt wird, wohingegen der letztgenannte Zeitpunkt eher aus forschungsstrategischen Überlegungen gewählt zu sein scheint. Die Studie basiert vornehmlich auf bis dahin unedierte, ja in ihrer Bedeutung übersehenen Materialien der Abteilungen, die im Staatsarchiv von Simancas den Ministerien vorbehalten sind. Bezüglich der Sekundärliteratur wird insbesondere auf französische Studien zurückgegriffen, die sich parallelen Fragen für Frankreich zuwandten. Im Ergebnis läuft das auf eine eng an den Quellen bleibende Beschreibung hinaus. Kriterium für die Systematisierung der besagten „Secretaría“ ist die hierarchisch angeordnete Personalstruktur, angefangen vom Minister bis hin zum letzten Türschließer und dem Reinigungspersonal, über Schreiber und Archivare sowie alle Arten von hohen und niederen Beamten (*oficiales numerarios, oficiales supernumerarios*) (S. 39–84). Eingeleitet wird mit einem Resümee, das die allgemeine Entwicklung der französisch inspirierten „Secretarías del Despacho“ für das 18. Jahrhundert nachzeichnet (S.19–38). Außerdem ist der Erwähnung wert ein umfangreicher Anhang mit aufschlußreichen prosopographischen Daten zur spanischen Zentralverwaltung ausgangs des Ancien Régime, namentlich zu den damals zwar noch nicht als solche bezeichneten Justizministern (S. 85–184). Zahlreiche Nachweise zur finanziellen Ausstattung des Sekretariats und somit zur Besoldung seines Personals verdienen dieselbe Aufmerksamkeit. Dies freilich stets unter dem Vorbehalt, daß es hier einzig um die Verwaltung geht, nicht um die Justizpersonen selbst.

Die Arbeit folgt wie leicht erkennbar den Spuren José Antonio Escuderos. Er hatte diese Art von historischer Forschung in Spanien für dessen Zentralverwaltung vor 1800 ganz wesentlich begründet, weswegen

²² RICARDO GÓMEZ-RIVERO, *Los orígenes del Ministerio de Justicia (1714–1812)*, Madrid 1988.

er auch mit Fug und Recht diesen Band mit einem Vorwort versieht. Charakteristisch dafür sind zunächst eine exakte Kenntnis der normativen Voraussetzungen und der Wert, der bei der Erkundung des neuzeitlichen Spanien den Verwaltungsinstanzen eingeräumt wird, die ihrerseits über diese Vorschriften geplant und ins Werk gesetzt wurden. Auch das besondere Augenmerk, das dabei dem Personal, seinen materiellen Bedingungen wie der Ernennungs- und Beförderungspraxis geschenkt wird, paßt in dieselbe Linie. Gómez Rivero füllt nur eine Lücke, denn bis zum Erscheinungsdatum seiner Schrift war, folgt man Escudero, das Justizministerium noch nicht einer speziellen Untersuchung nach diesem Muster unterzogen worden (S. 12). Spätere Einzelstudien zur Justiz der jüngsten Zeit werden infolgedessen an dieser empirisch starken Übersicht nicht vorbeigehen können²³.

1.2 Justizielle Praxis

Geht man davon aus, daß richterliche Urteile mit Sicherheit zu den Produkten gehören, die die Arbeit der Justiz vorrangig charakterisieren, bietet es sich fast von allein an, im Anschluß vor allem auf zwei Studien zu verweisen, die die Spruchtätigkeit des „Tribunal Supremo“ zu Zeiten der Franco-Diktatur aufzuarbeiten suchen. Wir denken an die Darstellung von Francisco J. Bastida zur politischen Ideologie des höchsten spanischen Gerichts jener Jahre²⁴ und an Carlos Pérez Ruiz, der sich für die Morallehre desselben Gerichtshofes im Augenblick seiner Entscheidungen interessierte²⁵. Doch mehr als von den Schlußfolgerungen selbst, zu denen beide kommen, soll hier unter methodologischen Vorzeichen von deren Ansatz die Rede sein, d.h. von ihrer einseitigen Konzentrierung auf letztinstanzliche Urteile gerade des Franquismus.

Was den wissenschaftlichen Wert von Untersuchungen angeht, die ihre gesteigerte Aufmerksamkeit der Justiz unter dem Franco Regime widmen, muß diesen vorab schon wegen der Themenwahl ein besonderes Verdienst zugesprochen werden. Daß im hiesigen Fall das Lob mit Juan Cano Bueso geteilt werden muß, da dessen Buch zur franquistischen Justizpolitik während des Bürgerkrieges und der ersten Nach-

²³ Für ähnliche frühere Arbeiten cf. JUAN FRANCISCO LASSO GAITE, *El Ministerio de Justicia. Su imagen histórica (1714–1981)*, Madrid 1984; MINISTERIO DE JUSTICIA, *El Ministerio de Justicia. Notas históricas, organización y competencia*, Madrid 1946.

²⁴ FRANCISCO J. BASTIDA, *Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura*, Barcelona 1986.

²⁵ CARLOS PÉREZ RUIZ, *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940–1975)*, Madrid 1987.

kriegsjahre kurz zuvor erschien, macht insoweit keine Abstriche²⁶. Zur Begründung sei an diesem Ort nur nochmals darauf verwiesen, daß, wenn der Franquismus Geschichte machte, dies zu einem Gutteil einem gezielten, interessenbedingten Vergessen zu verdanken ist. Was nämlich allgemein für die Art und Weise gilt, wie der jüngst beobachtbare politische Übergang zur Demokratie mit seiner eigenen Vergangenheit verfuhr, ist um so mehr gültig für jede Annäherung an ein politisch besonders brisantes Thema: die franquistische Justizorganisation und ihre personelle Ausstattung. Das wird gleich ab den ersten Seiten bei Bastida nur zu überdeutlich. Denn anders als zu erwarten, ist nicht etwa von franquistischer Zensur die Rede, sondern von demokratischer Selbstzensur, der diese Doktorarbeit nach ihrer Fertigstellung (1977) bis zum Jahr 1986 unterfiel, als einer der bedeutendsten spanischen Verlage erstmalig wagte, ein derart heißes Eisen anzufassen. Explosiv war und ist die Thematik nicht zuletzt deswegen, weil – so Bastida – viele der Mitglieder des damaligen Tribunal Supremo noch lebten, die Mehrheit noch aktiv sei, indem sie immer noch im selben Gerichtshof, in der „Audiencia Nacional“, wenn nicht gar im neuen allspanischen Verfassungsgericht Recht spreche (S. 13). Darüber seien nicht die kaum vorstellbaren Schwierigkeiten vergessen, denen der Forscher begegnet, wenn er die Quellen gerade dieser Epoche lokalisieren und auswerten will. Dann wird aber auch bis zu einem gewissen Grad begreiflich, warum bis zum heutigen Tag kaum einer der professionellen spanischen Rechtshistoriker den Mut aufbrachte, sich der Rechtsgeschichte des Franquismus zuzuwenden²⁷.

Das erspart aber nicht, trotz allem die Arbeiten von Bastida und Pérez Ruiz kritisch in Augenschein zu nehmen. Vor dem Hintergrund der neuesten historiographischen Standards steht fest, daß es mehr oder weniger zwei Wege gibt, gerichtliche Spruchpraxis auszuwerten. Einmal die tradi-

²⁶ JUAN CANO BUESO, *La política judicial del régimen de Franco (1936–1945)*, Madrid 1985. Es handelt sich in Wahrheit nur bedingt um eine Arbeit zur Justiz, da ein relativ abstrakt gehaltener Teil die politische Rolle von Justiz und die konkrete Position des Richters im totalitären Staat betrifft, der andere geschichtlich ausgerichtete Teil die (Wieder-)errichtung der ordentlichen Gerichtsbarkeit in den ersten Jahren des Franquismus, demnach insbesondere die politischen Säuberungen der Richterschaft und die überaus hierarchisch geprägte Organisation des Justizapparates.

²⁷ Die namhaftesten Arbeiten über den Franquismus stammen von Vertretern des sog. „Derecho político“ und der Rechtsphilosophie, wobei die eine wie die andere Gruppe in dem Glauben verharret, hierfür von der archivalischen Überlieferung absehen zu dürfen: ELÍAS DIAZ, *Pensamiento español 1939–1975*, Madrid 1973; MANUEL RAMÍREZ, *España 1939–1975 (régimen político e ideología)*, Barcelona 1978; MANUEL RAMÍREZ (ed.), *Las fuentes ideológicas de un régimen (España 1939–1945)*, Zaragoza 1978; JUAN FERRANDO BADIA, *El régimen de Franco. Un enfoque político-jurídico*, Madrid 1984.

tionelle Manier, bei der richterliche Entscheidungen nach dogmengeschichtlichen Kriterien befragt werden, um die Chronologie juristisch relevanter Kategorien mit Blick auf bestimmte Gerichte aufzuzeigen. Statt Hinweisen auf einschlägige Vorarbeiten hier die Idee, die Rechtsprechung des Tribunal Supremo zu den Handelsgesellschaften über das 19. Jahrhundert hin zu verfolgen. Seit einigen Jahren bietet sich indes ein zweites Verfahren an, wobei an ausgesprochen sozialgeschichtliche Fragestellungen zu denken ist. Dort werden dann alle Kräfte nicht nur darauf gerichtet, den eigentlich juristischen Inhalt der Sentenzen zu eruieren. Im Vordergrund stehen nun die Identifizierung des Gerichtspersonals, der Prozeßparteien, der Zugang zu Gericht und das Streitverhalten etwa bestimmter lokal ausgegrenzter Räume. Offensichtlich einen dritten Weg schlagen die hier anzuzeigenden zwei Studien ein. Ihre Verfasser sind darum besorgt, die Urteile des genannten Gerichts daraufhin zu hinterfragen, ob sie verlässliche Aussagen über den spezifischen weltanschaulichen Hintergrund der jeweiligen Entscheidungen zulassen. Dieses zutiefst hermeneutische Verfahren versucht folglich, die moralischen Deskriptoren (Pérez Ruiz) bzw. ideologischen Prinzipien (Bastida) aufzuspüren, die derartige Texte vorprogrammieren. Die Resultate sind in Anbetracht dessen, was Scholz zur hohen Permeabilität von politischem und juristischem Feld für das Spanien des 19. Jahrhunderts herausfand²⁸, nur bis zu einem gewissen Punkt erstaunlich, da schließlich damals wie in den Jahren des Franquismus der justizielle Sektor derselben Regel unterfällt wie sein Feld und sich allem Dafürhalten nach morphologisch nichts grundlegend geändert hatte. So gelingt es Bastida beim Tribunal Supremo alle jene Komponenten wiederzufinden, die auch das Denken der politischen Rechten kennzeichneten: unter anderem ein ausgeprägter Dogmatismus, Zentralismus und Antikommunismus wie auch die Vorliebe für paternalistische soziale Beziehungen und eine autoritäre Staatsverfassung. Und Pérez Ruiz weist nach, in welchem weitem Umfang der Tribunal Supremo dazu neigte, moralistische bzw. religiöse Argumente in seine Beurteilungen einfließen zu lassen, insbesondere auf dem Gebiet des Privatrechts und des sexuellen Verhaltens. Anders gesagt wird damit über die Beobachtung sprachlicher Attitüden einer der wichtigsten Gruppen rechtsfindender Juristen ein weiteres Mal die Professionalisierung des spanischen Richters in Frage gestellt.

²⁸ JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ, *Rendre justice. Eléments pour une histoire contemporaine de l'espace judiciaire espagnol*, in: *Mélanges de la Casa de Velázquez* (Madrid) 25 (1989), S. 355–379.

2. Vor den Türen der Justiz: Konstitutionelle Wegbereiter

Während zuvor interne Aspekte der Justiz im Mittelpunkt standen, ist nun von den Arbeiten zu sprechen, die sich der Randzonen, wenn nicht gar dessen annehmen, was gemeinhin als justizextern angesehen wird. In Wahrheit jedoch weder inner- noch außerhalb von staatlicher Justiz gelegen, dreht es sich um historische Möglichkeiten, die die justizielle Konfiguration, den Rhythmus ihrer Veränderungen, die Funktion und Stellung von Justiz in den juristisch-politischen Systemen bestimmen. Forschungspolitisch konkreter formuliert: Untersuchungen zu geschichtlichen Formen von Justiz haben ihr besonderes Augenmerk auf alle nur denkbaren geschichtlichen Phänomene zu richten, bei denen es um kollektive Entscheidungsfindung in bestimmbar sozialen Räumen geht. Das gilt verständlicherweise an erster Stelle für historische Arbeit an Politik wie ihren Verfassungstexten, insofern dort die Beziehungen zwischen diesen Texten, den staatlichen Funktionen und jeglicher richterlicher Aktivität zur Sprache kommt.

Paradigmatisch scheint dafür die Studie von Marta Lorente zu sein, der es um die Einhaltung der Verfassung von Cádiz (1812) geht, dem ersten und wohl angesehensten Text dieser Art, verglichen mit den nachfolgenden spanischen Verfassungen²⁹. Dort war in den Artikeln 372 und 373 vorgesehen, daß es keinem Spanier benommen werden dürfe, sich an den König bzw. an die Cortes zu wenden, damit sie sich um die Befolgung des Grundgesetzes kümmern. Den Cortes oblag es dann, konkret für Abhilfe zu sorgen und denjenigen in die Pflicht zu nehmen, dem der Verfassungsbruch nachgewiesen werden konnte. Obwohl damit so zentrale Fragen wie beispielsweise die konstitutionelle Kontrolle der Beamtenschaft angesprochen wurden, lag bis jetzt keine entsprechende Untersuchung vor. Insoweit blieb aber zugleich ein wesentlicher Aspekt der Beziehungen zwischen Parlament und Judikative für das erste Drittel des vergangenen Jahrhunderts ausgeblendet, speziell die Möglichkeit der Cortes, mittels fiskaler, disziplinarrechtlicher Interventionen auf die hohe und niedere Richterschaft einzuwirken.

Eine solche Lücke sollte hier von Anfang an nicht rein dogmengeschichtlich geschlossen werden. Im Spanien der achtziger Jahre ist eine derartige methodische Entscheidung durchaus positiv zu werten, zumal die Versuchung groß war, ging es doch um die Beschreibung eines

²⁹ MARTA LORENTE SARIÑENA, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Madrid 1988.

Mechanismus, der sich zunächst einmal in seiner normativen Ausgestaltung darbietet. Wie einleitend nicht zuletzt auch von Tomás y Valiente betont (S. 11–17), wurde statt dessen die praktische Umsetzung der Normen zum Ausgangspunkt gewählt, wobei erstmalig auf eine umfangreiche Serie einschlägiger Dokumente im Madrider Archiv des „Congreso de los Diputados“ zurückgegriffen werden konnte. Die zeitlichen Grenzen dieser Archivalien fallen indes nicht mit der Geltungsdauer der Verfassung von Cádiz zusammen. Entsprechende Bitten an die Cortes wurden so schon für die Zeit vor der Promulgation bekannt wie auch erstaunlicherweise über den 18. Juni 1837 hinaus, als eine neue Verfassung in Kraft trat, die ein derartiges Verfahren nicht mehr vorsah. Aus den zeitlichen und damit auch materialen Verschiebungen bezogen auf die gesetzliche Vorsorge einerseits und deren konkrete Realisierung andererseits wird in der Folge Nutzen gezogen: Sie erlauben die unerläßliche hermeneutische Distanz zum Gesetzeswortlaut.

Das heißt zunächst, den archivalischen Quellen nicht blind zu vertrauen. Bei Lorente werden die einzelnen Dossiers nicht einfach aneinander gereiht, um gleichsam eine Art Rechtsprechungssammlung mit spezifischem Inhalt nachträglich zu erstellen, die dann einzig an den Entscheidungen der hierfür zuständigen Kommission der Cortes orientiert worden wäre. Die Lösung oszilliert vielmehr zwischen zwei Polen, einer dogmatischen Untersuchung des Verfassungstextes und der zugehörigen Interpretation des Gesetzgebers auf der einen Seite und der bloß systematischen Aufarbeitung der Einzelfälle auf der anderen. Ziel ist es, auf der Grundlage der Verfassungswirklichkeit einen juristischen Schutzmechanismus historisch zu rekonstruieren, der der Verfassung selbst zugute kommen sollte. Zweifellos wurde so allein schon von der Zielsetzung her der allgemeine Standard angeblich historischer Arbeiten auf dem Gebiet des Prozeß-, Verwaltungs-, Verfassungs- und Staatsrechts hinter sich gelassen. Im allgemeinen ist es darum zu tun, durch den Blick auf die Vergangenheit, die je eigene geschichtliche Tradition zu beleben. Indem sowohl die dokumentarische Überlieferung umfassend bemüht als auch im gleichen Maß auf eine typisch juristische Sprache rekuriert wird, gelingt es, sich von solchen Versuchen zu distanzieren. Denn soviel steht außerdem fest: Eine kategorische Abwendung von der herkömmlichen Dogmengeschichte muß keineswegs auf Kosten der Argumentationskraft des analysierenden Juristen gehen. Lorentes Untersuchung ist nämlich vorwiegend juristisch ausgelegt, wenn sie auch beabsichtigt, die Geschichte der Konstruktion einer derart defensiv ausgerichteten Institution des Verfassungslebens zur

rechtshistorischen (Re-)Konstruktion werden zu lassen. Am greifbarsten wird dies in der äußeren Anordnung, der sich der eigene Text unterwirft. So setzt die Studie mit Ausführungen zur Gesetzgebungs- und Prozeßrechtsgeschichte ein, was bei Lorente die „datos normativos“ nennen heißt (S. 21–104). Im selben Sinn wird am Ende mit Betrachtungen zu den zeitgenössischen politischen Faktoren, mithin zu den „condicionamientos políticos“, geschlossen (S. 371–419). Dazwischen geht es formaljuristisch um die besagte Einrichtung zum Schutz der Verfassung. Dort wird zuerst die Eröffnung des Verfahrens angesprochen, dann werden die beizubringenden Beweisstücke erörtert, steht der Streitgegenstand des Rekurses zur Rede wie endlich der Wert der hier getroffenen Entscheidungen. Mit Hilfe dieses Schemas wird der Versuch unternommen, langsam, Schritt für Schritt bei der Problematisierung der juristischen Natur von solcherart Verfassungsschutz voranzukommen. Zu einfachen vorgängigen Definitionen wird glücklicherweise eine Absage erteilt. Hinweise auf, gar längere Zitate aus den konsultierten Parlamentsakten bleiben den Fußnoten vorbehalten. Ein derartiges Verfahren empfiehlt sich unter anderem deshalb, weil die ansonsten narrative Darstellung eine Doppellektüre erlaubt, Institutionengeschichte sich zweifach darbietet, was um so mehr Platz für zusätzliche Reflexionen bietet.

Die methodologischen Vorentscheidungen bewähren sich offensichtlich. Im allgemeinen wird dem Leser ein Bild vom weiten Umfang und von der Dynamik eines Verfahrens vermittelt, das den Cortes gestattete, eigenständig über Verfassungsverstöße und deren Folgen zu entscheiden, die sei es von einfachen Bürgern, sei es vonseiten der Bürokratie als solche denunziert worden waren. Unabhängig von der Tatsache, mit welcher Intensität und welchen konkreten Auswirkungen im Einzelfall auf dieses Mittel zur Zeit der ersten liberalen Epoche von Cádiz (1810–1814), während des sog. „Trienio Liberal“ (1820–1823) oder im Jahr 1836, als eine neue Verfassung in Arbeit war, zurückgegriffen wurde, und ungeachtet dessen, ob nun die Verfassung gelegentlich mehr juristisch verteidigt oder durch den politischen Gegner neutralisiert werden sollte, dürfte wohl nunmehr nach allem, was aus dieser Studie zu schließen ist, kein Zweifel daran bestehen: Das in Artikel 373 verankerte Verfahren wurde von den Cortes ausgiebig genutzt und erwies sich für die damalige Zeit als hoch funktional. Juristen, die an der Implementation von juristischen Normen ebenso interessiert sind wie an den pädagogischen Voraussetzungen demokratischer Institutionen und am gesellschaftlichen Gehalt der Grundrechte, wird so über diese

Besonderheit der für Spanien jedenfalls bislang herausragendsten Verfassung eine wichtige, tröstliche Botschaft zuteil. Tomás y Valiente hat den Zusammenhang begriffen, wenn er im Prolog darauf verweist, gelegentlich würde zwar immer noch davon gesprochen, die Verfassung von Cádiz sei das Werk weniger für wenige gewesen. Die hier ausgebreitete reichhaltige Dokumentation beweise aber zur genüge, daß es in solchen Fällen wohl eher um den Versuch gehe, im eigenen Interesse die erste spanische Verfassung abzuwerten. Allem Anschein nach, so Tomás, waren es dagegen viele, obendrein auch noch Bürger aus den unterschiedlichsten Regionen Spaniens, die ihre konstitutionell garantierten Rechte ernst nahmen – womit zugleich Dworkins „Taking rights seriously“ paraphrasiert worden war (S. 13).

Aus der Perspektive einer neuen Geschichte der spanischen Rechtspflege stellt das Buch von Lorente sicherlich einen wichtigen Beitrag dar. Insoweit reicht es aus, nur daran zu erinnern, in welchem Ausmaß unter spanischen Juristen immer noch das Urteil vorherrscht, bei der Verfassung von Cádiz handle es sich um ein stark judikatives Modell im Zeichen des liberalen Prinzips der Gewaltenteilung. Damit stünde Cádiz im Gegensatz namentlich zum vorausgehenden aufgeklärten, absolutistischen Staat wie auch zur anschließenden Zeit vorwiegend der vierziger Jahre, die in Spanien als „época moderada“ bezeichnet wird. Beide gelten aus juristischer Sicht generell als Zeitabschnitte, in denen die Exekutive die Oberhand hatte und diese Vorherrschaft vergleichsweise autoritäre Züge trug. Lorente kann – soviel dürfte nun einleuchten – einer solchen Vision der akademischen Vertreter des Verfassungs- und Verwaltungsrechts gut gerüstet entgegentreten und das aus dem einfachen Grund, weil die Cortes bei ihrer Anwendung des Artikel 373 ständig mit dem vorgeblich justizorientierten Modell der Verfassung von Cádiz kollidieren mußten, ganz zu schweigen vom Dogma einer strikten Gewaltenteilung. Von den Einzelheiten, die hier vorgestellt werden, seien nur die folgenden ausdrücklich aufgeführt. Erstens, ein Großteil der Eingaben, mit denen an die Cortes herangetreten wurde, bezogen sich auf prozeß- und verfassungsrechtliche Garantien mit der Folge, daß die Cortes eindeutig in der Funktion einer dritten Instanz oberhalb des Tribunal Supremo auftrat, jederzeit in der Lage, in judikative Verfahren einzugreifen, ohne sich um die Rechtskraft vorausgehender richterlicher Entscheidungen zu sorgen. So aber ging ein Verfahren, das im Grunde allein die Verfassung in Anspruch nahm, praktisch über in eine prozessual strukturierte Richterkontrolle, die seinerseits wiederum durchaus relevante prozessuale Auswirkungen zeitigen konnte. Auf die-

se Weise wurde beispielsweise nachgewiesen, wie die Cortes Nullitätsrekluse gleichsam *avant la lettre* nicht nur hinsichtlich prozeßrechtlicher Verstöße, sondern auch mit Blick auf jede Art von Verstößen gegenüber dem positiven Recht anregten (S. 227 ss.). Zum zweiten wird ersichtlich, daß in Übereinstimmung zum voraus Gesagten vorzugsweise die Richter zum Gegner einer legislativen Gewalt avancierten, die in den Cortes ihren augenfälligsten Vertreter fand. Einerseits hielt die Richterschaft auf Abstand, indem sie von der Auslegung und somit Verteidigung der Verfassung absah, die Art. 373 nahelegte (S. 129 ss.); auf der anderen Seite setzten sich die Richter gerade dadurch, daß sie sich wie soeben erwähnt verweigerten oder gar verfassungsfeindliche Attitüden zur Schau trugen, den Sanktionen aus, für die der hier im Zentrum stehende, durch die Verfassung gesicherte Mechanismus eine Plattform abgab (S. 265 ss.). Aus dieser Dialektik, die Freunde und Feinde der neuen Verfassung in den Kernzonen öffentlicher Institutionen miteinander konfrontierte, gingen zwangsläufig entsprechende Konflikte mit den unterschiedlichsten Entscheidungen der Cortes hervor. Von den Kompetenzkonflikten werden bei Lorente namentlich diejenigen zwischen den neuen Bürgermeistern (*alcaldes constitucionales*) und den neuen Richtern erster Instanz einer eindringlichen Erörterung für wert befunden (S. 165 ss, 303 ss). Für ebenso symptomatisch wird in diesem Zusammenhang auch die politische Radikalisierung zu Zeiten des sog. „*Tienio Liberal*“, also nach 1820, angesehen (S. 340 ss., 384 ss.).

Abgesehen davon, daß eine Vielzahl neuer Daten über die Beziehungen zwischen Cortes und Magistratur im frühen 19. Jahrhundert eruiert werden, ist das Buch nicht zuletzt auch insoweit interessant, als Historische Justizforschung unbestreitbar theoretischer Überlegungen zum Verhältnis von Recht und Politik bedarf. Angesichts der Materialien, mit denen gearbeitet wurde, wird nur allzu leicht verständlich, inwieweit hier für andere Analysen exemplarisch einer Perspektive das Wort geredet wird, die jenem nun schon öfters apostrophierten Beziehungsgeflecht von Politik und Recht Rechnung trägt, das sich in gegenseitig bindenden Entscheidungen niederschlägt. Bleibt freilich nur sogleich anzumerken, daß derartige Korrelationen, wie sie sich damals im Rahmen der zentral angesprochenen Verfassungsinstitution darboten, an dieser Stelle vergleichsweise undifferenziert aufgearbeitet werden. Dafür sei nochmals daran erinnert: Die Verfassung von Cádiz gestattete den Cortes ihre eigentliche, d.h. aber gesetzgeberische Zuständigkeit zu überschreiten und zwar mit dem Ziel, als oberste (Justiz-)Instanz für alle die Fälle für Abhilfe zu sorgen, wo die Verfassung hintergangen

wurde und Folgenbeseitigung angesagt war, ganz besonders dann, wenn die Richterschaft sich weigerte, dem Verfassungstext Gehör zu verschaffen. Offen bleibt, ob nun ein solches Vorgehen als streng juristisch einzustufen ist oder nicht vielmehr als politische Aktion, die den Gegner neutralisieren, wenn nicht gar ins Abseits stellen sollte. Aktuell formuliert wäre es mithin um das Problem gegangen, inwiefern ein solches Verfahren eher einer juristisch gesteuerten, beiderseitigen Kontrolle zweier funktional ausdifferenzierter Entscheidungsorgane zuzurechnen ist oder einer binär verfaßten Stabilisierungsmechanik, die zwei diametral exponierte Positionen kennt und der zufolge die, die momentan die Oberhand gewonnen hatten, ihren Opponenten gegenüber im wesentlichen auf ein tradiertes Instrumentarium rekurrten. Von dieser Disjunktion wird nur auf den letzten Seiten des Buches gesprochen, damit aber die Frage nach der Modernität des durch Artikel 373 konkretisierten Schutzes nicht abschließend beantwortet.

Insgesamt gesehen neigt Lorente wie bereits angedeutet einer juristischen, also verfassungsorientierten Auslegung zu, wenngleich sie die politischen Implikationen nicht völlig verkennt. Für sie scheinen sich einmal die dortigen Voraussetzungen zu bestätigen, so etwa hinsichtlich der klaren Trennung von staatlichem Apparat und bürgerlicher Gesellschaft (S. 112 ss., 136 ss.) oder bezüglich der Erwartungen der „pueblos libertados“, denen folglich auch nach ihrer Meinung nur mittels konstitutionell verankerter Rechte genüge getan werden konnte (S. 61 ss.). Zum anderen greift sie explizit auf juristisches Argumentieren zurück, wo sie daran denkt, die Institution, die sie vor allem anpeilt, von denen abzuheben, die unbestreitbar juristischer Natur sind: dem Petitionsrecht, der Popularklage, den strafrechtlichen Blankettnormen bzw. der Verfolgung genuin politischer Delikte (S. 29 ss., 82 ss.). Ihrer Ansicht nach habe man bei der Formulierung von Artikel 373 vornehmlich einen objektiv gewährleisteten Schutz der Verfassungsnormen selbst im Auge gehabt. Nicht zufällig korreliere die Garantie der Verfassung perfekt mit einer normativen Kategorisierung, der gemäß die Verfassung zur obersten aller Normen gemacht worden sei (S. 22 ss.). Damit begibt man sich aber eindeutig auf juristisches Terrain, wo durchaus kontrovers darüber verhandelt wird, bis zu welchem Grade ein derart Kelsensches Verfassungskonzept plausibel und ob nicht statt dessen dem Faktum der Vorzug zu geben ist, daß die Cortes als höchste Machtinstanz eingesetzt wurden. Speziell hierauf gibt es an diesem Ort keine Antwort, soweit war die Untersuchung schließlich nicht ausgelegt, weshalb der Leser eigene Schlußfolgerungen ziehen darf und muß. Was aber mit

Sicherheit zu bedauern ist, ist die Art und Weise, wie mitunter der Argumentationsfluß dort unterbrochen wird, wo genau genommen hochinteressante Stellen der zeitgenössischen Doktrin nicht hätten unterschlagen werden dürfen. Ein Beispiel liefert die Benthamsche Kritik an der hier zentral veranschlagten Verfassungsinstitution, bleibt doch dafür nicht mehr als eine Fußnote mit einem knappen Kommentar (S. 81). Aber abgesehen von diesen kritischen Anmerkungen und dem Umstand, daß den Cortes und ihren Interventionen vielleicht ein übertrieben juristischer Status zugesprochen wird, kann man nicht das Verdienst absprechen, niemals voreiligen Vereinfachungen, leichtfertigen Vergleichen oder anderen billigen historischen Extrapolationen aufgesessen zu sein. Klassisch hierfür wäre ein gar zu einfaches Verfahren gewesen, die fragliche Institution in den Rang eines Vorläufers des heutigen spanischen Verfassungsgerichtshofes zu erheben. Alles in allem also ein überzeugendes Beispiel, welche guten Dienste eine im Ansatz rechtshistorisch geplante Studie leisten kann, die sich im Prinzip an den methodologischen und ideologischen Parametern orientiert, welche das juristische Feld im heutigen Spanien determinieren.

3. Von Justiz wegen: Justizgeschichte und Gesellschaftsprojekt

Ende des letzten Jahres erschien in Spanien ein justizhistorischer Essay, der seinesgleichen sucht. Gedacht ist an die in jeder Hinsicht bemerkenswerte kleine Schrift von Bartolomé Clavero unter dem Titel „Los derechos y los jueces“³⁰. Bei einer solch vagen, sicherlich gezielt allgemein formulierten Überschrift ist es doppelt nötig, ein derart positives Gesamturteil zu rechtfertigen. Was den Inhalt anbetrifft, werden zunächst einmal auf etwa hundert Seiten nicht mehr und nicht weniger als die europäische Verfassungsgeschichte und diejenige der Vereinigten Staaten jeweils unter dem Blickwinkel abgehandelt, welche Optionen den Richtern im Augenblick der Interpretation der verfassungsmäßig statuierten Rechte eingeräumt wurden. Im einzelnen klopft man die neuere Geschichte der Justiz daraufhin ab, in welchem Umfang sie auf die Gegenwart projizierbar ist. Das heißt methodisch vor anderem: Clavero greift sich ein juristisches Teilgebiet heraus, das Verfassungsrecht, verstanden als ein Ensemble von Textstellen und überpositiven Rechten, durchkämmt diesen Raum soweit als nur irgend möglich, im gegebenen Fall von den amerikanischen Gründervätern bis zu den

³⁰ BARTOLOMÉ CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid 1988.

Vätern der spanischen Verfassung von 1978, um am Ende die Rechte aufzutun, die dem Richter zu Interpretationszwecken zur Verfügung stehen. Auf der anderen Seite profitiert er von einem derartigen tour d'horizon und zwar dergestalt, daß dieser ihm eine an den Fakten geschärfte Optik bietet, dank derer er sich sich für befähigt glaubt, bezüglich der Evolution der Grundrechte und der konstitutionell fixierten Rolle des Richters bislang übersehene Komponenten aufzudecken bzw. Voraussagen zu wagen.

Abhandlungen von dieser Art sind immer für Überraschungen gut. Und in der Tat, an Provokation und Stimulanz fehlt es nicht. Das folgt einmal schon aus der Ausgangsfrage, wenn hiermit auch nicht alles erklärt ist. Für Clavero, so hat es den Anschein, kann grundsätzlich über die ureigensten Funktionen von Justiz nachgedacht werden, ohne zuvor den Gesetzesbegriff in Anschlag zu bringen. Selbst wenn diese Haltung nicht ausdrücklich offen gelegt, einmal für immer definiert wird, ist sie doch bei der Lektüre ständig mitzudenken. Clavero geht unmittelbar zur Sache; bei ihm steht sofort das Problem institutioneller Durchdringung vorpositiven Rechts kraft jurisdiktionellen Agierens an. Wo in einem juristischen Feld nicht die Richterschaft, sondern der Gesetzgeber aufgrund demokratischer Legitimation den ersten Rang beanspruchen darf, in einem Ambiente, wo es einem justiziellen Naturrecht an Kreditwürdigkeit mangelt, ist dies ein Ansatzpunkt, der wohl nur in solcherart Literatur und mit leichter Hand formuliert werden kann, fernab von aller juristischen Verkrampfung.

Aber es kommt noch ein Weiteres hinzu. Denn wie Clavero gleich eingangs bedeutet, würde zwar gemeinhin die Möglichkeit der Richter, ihre Entscheidungen nicht allein auf den Gesetzestext, sondern auch auf hierzu vorgängige, wenn man gar will davon abweichende Rechte zu stützen, mit dem angelsächsischen Rechtskreis in Verbindung gebracht und historisch aus den divergierenden juristischen Traditionen von Common Law und kontinentaleuropäischem Recht erklärt. Von solchen Divergenzen dürfe man sich indes nicht täuschen lassen. Daß in Amerika der „judicial review“ zulässig sei, während auf dem Kontinent offensichtlich Sondergerichte wie die Verfassungsgerichtsbarkeit erdacht werden mußten, um jenen Rechten im justiziellen Rahmen Gestalt zu geben, bliebe hieraus unverständlich. Der Grund dafür liege auf der Hand: Vor den Verfassungen wäre eben alle juristische Tradition im wesentlichen Justiz gewesen (S. 15). Daher dann auch noch eine weitere interessante Anregung für künftige Reflexionen. Justizstudien zur richterlichen Auslegung und Anwendung überpositiven Rechts versprechen

Clavero zufolge auch dann Erfolg, falls man auf eine historische Aufarbeitung der justiziellen Produktion und ihrer materiellen wie personellen Bedingungen verzichtet. Ihm nach reiche es zu, allein auf die Verfassungsgeschichte abzuheben, die in einem ganz besonderen Maß die Textrelationen zweier schriftlich fixierter Normenmassen offenbare, wobei hauptsächlich an die Verfassung selbst wie an die Kodifikationen gedacht wird. Methodologisch gesehen ist davon bei Clavero freilich nicht alles absolut zu setzen, zumal das Ziel einer historischen Exploitation in gestaltender Absicht nie aus den Augen verloren wurde. An keiner Stelle jedenfalls ging es zuerst um eine weitere geschichtliche Explikation, sondern um Deskription mit Bezug zur Gegenwart. Dann treten soziale und ökonomische Daten selbstverständlich in ihrer unmittelbaren Bedeutung in den Hintergrund, obwohl sie nicht vergessen wurden, wovon – wen nimmt es wunder bei Clavero – ein überaus reichhaltiges wie aktuelles Verzeichnis des eingearbeiteten Schrifttums zeugt.

Auch wenn bei der Gliederung Konzessionen gemacht, die anstehenden Probleme bis auf die beiden Schlußkapitel grundsätzlich lokal an den Vereinigten Staaten, Europa und Spanien zentriert wurden, kommt niemals Langeweile auf. So versteht es Clavero im Sinne seiner Vision von der nordamerikanischen Verfassungsentwicklung ausgangs des 18. Jahrhunderts äußerst beeindruckend darauf zu verweisen: Wenn dort die Aufgabe, jene vorpositiven Rechte zu bestimmen und zu vergegenständlichen, von den Richtern und nicht von der Legislative erfüllt wurde, dann resultiere das richtigem Verständnis zufolge nicht aus der Natur des Common Law, sondern einzig aus einer ausgesprochen offen konzipierten Verfassungsnorm, einer textuellen Konstellation mit Deklarationscharakter und Rahmenvorgaben (S. 19–39). Ganz im Gegensatz dazu stünde ab 1791 das französische Modell mit seiner charakteristischen Unterwerfung allen Rechts unter das Gesetz und der dann unausweichlichen, verfassungsmäßig aufgegebenen Konsequenz, einen Code zivilrechtlicher Vorschriften auszuarbeiten, der im Hinblick auf die Verfassung niemals nur ihr Appendix sein sollte. Ihm wäre vielmehr die Sonderaufgabe zugefallen, den Grundrechten eine Basis zu verschaffen, indem auf diesem und nur diesem Weg für ihre Konkretisierung gesorgt wurde. Eng damit verbunden seien damit eine Reihe negativer Effekte allen späteren Kodifizierens, von denen Clavero an erster Stelle die Beseitigung des damit unverträglichen, gleichermaßen ständisch wie justizorientierten *ius commune* nennt, daneben die übereilte Etablierung des Kassationsverfahrens und eine streng hierarchisch orientierte Justizorganisation – eines wie das andere darauf ausgerichtet, die Kom-

petenz richterlicher Auslegung von Legaltexten zu beschneiden (S. 41–56).

Wie zu erwarten wird damit auch Claveros Eindruck von der Justiz des spanischen 19. Jahrhunderts vorgeprägt, sein Bild von der konstitutionell definierten Stellung der Richterschaft bestimmt (S. 59–76). Kodifikationsprozeß und Verfassungsentwicklung werden konsequent aufeinander bezogen. Im Detail schlägt nach Clavero die extrem enge Verflechtung von Verfassungstexten und danach auszuformulierenden Kodifikationsprojekten der Jahre 1820 bis 1869 unmittelbar auf die Position durch, die dem spanischen Richter im Verlauf des gesamten Jahrhunderts zugewiesen wurde. Man könne von einer positivistischen Fehlentwicklung unter legalistischen Vorzeichen zum Nachteil eines keineswegs undenkbaren justiziellen Weges sprechen. Dafür hätte weiterhin eine über alle Maßen gesetzlich orientierte und insoweit abgewertete Verfassungsmäßigkeit Platz gegriffen, der sich die richterliche Interpretation auf jeden Fall zu unterwerfen hatte. Hierfür verweist Clavero insbesondere auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die in den Rechtsquellenkatalog des Código civil aufgenommen wurden. Und dazu zählt schließlich wie angedeutet die voreilige Entscheidung für ein strikt hierarchisch durchorganisiertes Justizmodell einschließlich der Einführung der Kassation. Vergißt man für einen Moment die spanische Verfassung von 1869, die laut Clavero ein Gespür für jene vorpositiven Rechte verrät und sich deswegen nicht zufällig auf konstitutionelle Weise der Grundlagen richterlichen Handelns annimmt, ist aus dieser engagierten Schrift zu schließen: Das spanische 20. Jahrhundert habe letzten Endes übernommen, was in der Verfassung von 1845 angelegt wurde – eine Art von Justizverwaltung (*Administración de justicia*), die so in der allgemeinen Verwaltung (*Administración*) aufgehoben war, daß diese ihr nicht nur den Namen gab, sondern auch Struktur (S.65).

Unbestritten steht Spezialistentum nicht entgegen, wo wissenschaftliche Einsicht die aktuelle Diskussion fördern soll. Allerdings sind dann persönliche, politische wie grundsätzliche (Vor-)Urteile nur schwer zu trennen. Dazu sei nur nochmals in Erinnerung gerufen, wie es Clavero obendrein fast kommentarlos versteht, bei seinen häufigen Rekursen auf Recht außerhalb des gesetzten Rechts den semantischen Raum zwischen „*iusnaturalismo*“, Naturrecht, dem er sich verweigert, und „*iushumanismo*“, mithin grundrechtsähnlichen Positionen, denen er anscheinend den Vorzug gibt, zu nutzen. Aber ohne hierauf zu insistieren sei angemerkt, sein Beitrag zur augenblicklichen Debatte um spanische Justiz heute hebt sich eindeutig von anderen ab. So wenn er mit Erfolg

das oft ungeprüft übernommene Schema von den abweichenden Rechtstraditionen auf dem Kontinent und in England verabschiedet – eine Vereinfachung der eigentlichen Probleme, die nicht ohne Nostalgie den real existierenden spanischen Richter am Ideal vom angelsächsischen Richter mißt. Und so auch da, wo Erklärungsansätze komplexer gestaltet werden, der textuelle Konnex von Verfassung und Kodifikation in Ansatz kommt, und nicht mehr Justizprobleme auf eine rechtspolitisch immer problematische Vorherrschaft der Exekutive reduziert werden. Schließlich dann, wenn er unter Zuhilfenahme der Geschichte die enge Bindung von Richter und Grundrechten beschwört und dies angesichts der theoretisch gefestigten Hegemonie der Verfassungsgerichtsbarkeit. Daran kann nach allem kein Zweifel mehr bestehen: Claveros scheinbar kleine Schrift zur Geschichte der Justiz ist zugleich historische Erkundung mit Blick auf eine alternative Justiz 2000.