Rechts Rg geschichte

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Zeitschrift des
Max-Planck-Instituts
für Rechtsgeschichte
und Rechtstheorie

Journal of the
Max Planck Institute
for Legal History
and Legal Theory

Herausgeber
Marietta Auer
Thomas Duve
Stefan Vogenauer

Redaktion
Otto Danwerth
Nadine Gurris
Kerstin Willburth

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Rechtsgeschichte
Legal History

Rg **31** 2023

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Impressum:

Rechtsgeschichte – Legal History
Zeitschrift des Max-Planck-Instituts
für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie
Journal of the Max Planck Institute
for Legal History and Legal Theory

Copyright:
© Vittorio Klostermann GmbH,
Frankfurt am Main 2023

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen
einzelnen Beiträge und Abbildungen sind
urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
in gedruckter und elektronischer Form bedarf
der Genehmigung des Verlages.

Herausgeber:
Marietta Auer
Thomas Duve
Stefan Vogenauer
Redaktion:
Otto Danwerth
Nadine Gurris
Kerstin Willburth

Anschrift der Redaktion:
Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte
und Rechtstheorie
Redaktion Rechtsgeschichte
Hansaallee 41
60323 Frankfurt am Main
Tel. +49-69-78978-200
Fax +49-69-78978-210
www.rg-rechtsgeschichte.de
www.lhlt.mpg.de

Anregungen und Manuskripte an:
rg@lhlt.mpg.de

Verlag und Anzeigen:
Vittorio Klostermann GmbH
Westerbachstraße 47
60489 Frankfurt am Main
www.klostermann.de
Preis pro Band 49 Euro

Graphische Gestaltung:
Elmar Lixenfeld, Frankfurt am Main

Druck und Bindung:
Hubert & Co., Göttingen

Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 31 (2023)
ISSN 1619-4993
ISBN 978-3-465-04614-1

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Stefan Vogenauer

Editorial

Die Rechtsgeschichte steht, wie schon ihr Name zu erkennen gibt, zwischen den Rechts- und den Geschichtswissenschaften. Was aber, wenn eine der beiden »Mutterdisziplinen« nur geringes Interesse an ihren Erkenntnissen zeigt? Mit dieser Frage befasste sich im vergangenen Jahr Dieter Grimm. Er hatte seine Karriere vor über einem halben Jahrhundert am damaligen Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte begonnen, ehe er Professor in Bielefeld, Richter am Bundesverfassungsgericht und schließlich Rektor des Wissenschaftskollegs zu Berlin wurde. In seinem vielbeachteten Buch »Die Historiker und die Verfassung« zeigte er nun, dass die maßgeblichen geschichtswissenschaftlichen Gesamtdarstellungen den Beitrag des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichts zur Entwicklung Deutschlands nach dem Zweiten Weltkrieg nur höchst selektiv diskutieren. Für diesen Band der *Rechtsgeschichte – Legal History* hat er seine Kritik noch einmal in englischer Sprache und für eine internationale Leserschaft zusammengefasst und zu einem Plädoyer für eine Integration der Verfassungsgeschichte in die allgemeinen Geschichtswissenschaften zugespitzt. Reaktionen einer Reihe von renommierten Geschichts-, Rechts-, Politik- und Sozialwissenschaftlern und -wissenschaftlerinnen auf Grimms Thesen, die im Februar dieses Jahres auf einem Workshop am Institut diskutiert wurden, sind mitsamt seiner Replik im *Forum* dieser Ausgabe abgedruckt.

Im *Recherche*-Teil wird ein weiteres Thema im Spannungsfeld zwischen Rechts- und Geschichtswissenschaften angesprochen. Jan Thiessen erörtert, wie das Archivrecht und die Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Deutschland die zeitgeschichtliche Forschung behindern. Dies betrifft, wie Thiessen zeigt, zahlreiche tagespolitisch brisante Fragen, etwa die nach einer Entschädigung für die Verbrechen an den Völkern der Herero und Nama in der ehemaligen Kolonie Deutsch-Südwestafrika. Die Rechtsprechung der deutschen Höchstgerichte im Hinblick auf diese und andere deutsche Kolonien um 1900 steht im Mittelpunkt des folgenden Beitrags. Jakob Zollmann untersucht, wie insbesondere das Reichsgericht Rechtsstreitigkeiten abschließend entschied, die in den lokalen kolonialen Gerichtsbarkeiten begonnen hatten. Der *Recherche*-Teil wird abgerundet durch zwei Beiträge, die uns nach Mittel- und Osteuropa führen. József Szabadfalvi gibt einen Überblick über die Entstehung einer eigenständigen ungarischen Rechtsterminologie, die sich nach Überwindung des Lateinischen als Juristensprache nur mühsam im Widerstand gegen die deutsche Rechtssprache des Habsburgerreichs durchsetzen konnte. Stefan Christian Ionescu wiederum zeigt, wie rumänische Beamte, die sich während des Zweiten Weltkriegs aktiv an der »Arisierung« jüdischen Eigentums beteiligt hatten, ihre Karrieren in der Nachkriegszeit zunächst weitgehend unbehelligt fortsetzen konnten.

Der von David Rex Galindo verantwortete *Fokus* befasst sich mit neueren Ansätzen der Erforschung indigener Zwangsarbeit in Grenzgebieten des spanischen Imperiums vom Spätmittelalter bis zum Verlust der letzten spanischen Kolonien (1898). Nicht alle Erscheinungsformen dieses Phänomens lassen sich mit dem Begriff der Sklaverei zutreffend erfassen, wie die vier Aufsätze unter Berücksichtigung rechts-, sozial- und kirchengeschichtlicher Methoden verdeutlichen. Sie beschreiben diverse Institutionen und Rechtsformen, die die Ausbeutung indigener Arbeitskraft in so unterschiedlichen Territorien wie Granada und den kanarischen Inseln, Chile und New Mexico sowie den Philippinen ermöglichten. Diese Beiträge zur frühneuzeitlichen Arbeitsrechtsgeschichte in globaler Perspektive entstanden im Rahmen einer Max-Planck-Partnergruppe an der Universidad Adolfo Ibáñez in Santiago de Chile.

Angelehnt an den *Fokus* ist die Bildstrecke der gedruckten Ausgabe unserer Zeitschrift: historische Karten, Stadtansichten und Illustrationen vom 16. bis 19. Jahrhundert, die einige der dort behandelten Regionen und Schauplätze zeigen. Sie stammen aus bedeutenden digitalen Sammlungen der Nationalbibliotheken in Madrid und Santiago de Chile, der John Carter Brown Library (Providence) und der California State University, Monterey Bay.

Der ausführliche Rezensionsteil bietet unter der Überschrift *Kritik* 40 Buchbesprechungen, in denen sich die Vielfalt der Rechtsgeschichte und der am Frankfurter Institut betriebenen Forschung wiederspiegelt. Abgerundet wird dieser Band

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

durch eine *Marginalie* von Thomas Duve, die sich mit dem Werk Paolo Grossis auseinandersetzt. Der im Juli 2022 verstorbene italienische Rechtshistoriker, in dessen Schriften die mittelalterliche europäische »Rechtsordnung« eine zentrale Stellung einnahm, war dem Institut über viele Jahre eng verbunden. Wie der vier Jahre jüngere Grimm führte ihn seine Karriere übrigens als Richter an das nationale Verfassungsgericht, wenn auch in Rom und nicht in Karlsruhe. Aus dem eingangs beschriebenen Spannungsfeld zwischen Rechts- und Geschichtswissenschaften scheinen also Persönlichkeiten hervorzugehen, die über die Rechtsgeschichte hinaus für das Rechtsleben prägend sind. Für eine Disziplin, die sich dezidiert der Grundlagenforschung widmet, ist das durchaus bemerkenswert.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Stefan Vogenauer

Editorial

Legal history, as its name indicates, straddles the academic fields of law and history. But what if one of the two »parent disciplines« is not all that interested in the findings of the offspring? This is a question addressed by Dieter Grimm, who began his career over half a century ago at the then Max Planck Institute for European Legal History before moving on to become a professor in Bielefeld, then a Constitutional Court Justice, and eventually assuming the post of Rector at the Wissenschaftskolleg zu Berlin. His widely acclaimed recent book »Die Historiker und die Verfassung« (Historians and the Constitution) shows that the leading historical accounts of Germany's overall development after the Second World War consider the contributions of the German Basic Law and the Constitutional Court only in a highly selective manner. In this volume of *Rechtsgeschichte – Legal History*, Dieter Grimm offers an English summary of his critique for an international audience, honing it into a plea for the integration of constitutional history into the overall field of historical sciences. In February 2023, his theses were discussed at a workshop at the Institute by eminent representatives from the fields of history, law, political and social sciences, and the participants' reactions as well as Dieter Grimm's response are presented in the *Forum* section of this book.

The *Research* contributions tackle a subject matter similarly situated in the area of tension between legal and historical sciences. Jan Thiessen describes how archival law as well as the case law on the right to privacy in Germany function as obstacles for contemporary historical research. He shows that this affects numerous topical – and controversial – issues, such as the question of reparations for crimes committed against the Herero and Nama nations in the former colony of German South West Africa. This territory, as well as other German colonies, generated a raft of case law of the highest German courts around the turn of the 19th to the 20th century, and this is the focus of the subsequent article: Jakob Zollmann investigates decisions – particularly those of the *Reichsgericht* – in cases that started out in the local colonial jurisdictions. The *Research* section is rounded off by two contributions that take us to Central and Eastern Europe. József Szabadfalvi offers an overview of the genesis of an independent Hungarian legal terminology, which – after Latin had lost its predominance as the language for law – struggled to resist, and eventually prevail over, the German legal terminology used in the Habsburg monarchy. Stefan Christian Ionescu shows how Romanian civil servants who had actively engaged in the »Aryanisation« of Jewish-owned property and businesses during the Second World War continued their career trajectories largely unchallenged after the war, at least initially.

The *Focus*, coordinated by David Rex Galindo, presents some new approaches to researching Indigenous forced labour in the frontier regions of the Spanish Empire, from the late Middle Ages to the time Spain lost its last colonies (1898). Drawing upon methods from the fields of legal, social and ecclesiastical history, the four articles in this section illustrate that it would be inaccurate to simply apply the term »slavery« to any and all forms of this phenomenon. They describe various institutions and normative orders that enabled the exploitation of Indigenous labour in territories as diverse as the Canary Islands, Chile, New Mexico, and the Philippines. These contributions to modern labour law in a global perspective were generated at the Universidad Adolfo Ibáñez in Santiago de Chile within the framework of a Max Planck Partner Group.

In the printed edition of our journal, the *Focus* is accompanied by a series of historical images: maps, city prospects and illustrations dating from the 16th to the 19th century that show some of the regions and localities covered in this section. These images are taken from renowned digital collections held by the National Libraries in Madrid and Santiago de Chile, the John Carter Brown Library (Providence) and the California State University, Monterey Bay.

The substantial *Critique* section offers 40 book reviews, which in their entirety reflect the diversity of the field of legal history and of the research carried out here at the Institute in Frankfurt. The volume closes with a *Marginalia* contribution by Thomas Duve on the œuvre of Paolo Grossi, who passed away in July 2022. The Italian legal historian, whose work centred on the medieval »legal order« in Europe, had maintained a close connec-

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

tion to the Institute over many years. Like Dieter Grimm, his junior by four years, Grossi followed a career path all the way to the Constitutional Court – albeit the one in Rome, not in Karlsruhe. Thus, it seems that the abovementioned area of tension between the fields of legal and historical sciences produces personalities that exert significant influence on the law, way beyond the field of legal history. A remarkable feat indeed, for a discipline that is dedicated to fundamental research.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Dieter Grimm 18 Constitutional History as an Integral Part of General History: The German Case

Jan Thiessen 32 Behindert das (deutsche) Recht die zeithistorische Forschung?

Jakob Zollmann 52 Recht sprechen über »besondere Gebilde« – die koloniale Gerichtsbarkeit und das Reichsgericht

József Szabadfalvi 77 A Short History of the Formation of Hungarian Legal Terminology

Stefan Cristian Ionescu 92 Aryanization Bureaucrats in Post-Holocaust Romania

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Fokus focus

Indigenous Labor on the Frontiers of the Spanish Empire

David Rex Galindo 112 Studying Indigenous Labor and Coercion on the Frontiers of the Spanish Empire: An Introduction

Mirko Suzarte Škarica 118 Slaves and Captives Between Castile, Granada, and the Canary Islands: Frontier and Judicial Dynamics in the 15th and 16th Centuries

Constanza López Lamerain 132 Ecclesiastics and Indigenous Slavery on the Frontier: The Case of Chile in the 16th and 17th Centuries

David Rex Galindo 146 Forms of Indigenous Labor on New Spain's Northern Frontiers: The Cases of New Mexico and California (17th–18th Centuries)

Carolina Hiribarren Cardoen 161 Abuse or Slavery? A Look at Practices of Debt Peonage from the 19th-Century Philippines

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Birgit Aschmann 176 Die sozialliberalen Reformen auf dem Prüfstand: zur Abtreibungsfrage

Pascale Cancik 179 Welche »Wirklichkeit«?

Eckart Conze 182 Verfassungswandel durch Grundgesetzänderungen

Verena Frick 185 Die Konstitutionalisierung der Politik. Auch eine Politisierung der Verfassung?

Ingrid Gilcher-Holtey 188 Integration der Rechts- und Verfassungsgeschichte in die Allgemeingeschichte? Die Perspektive der Historischen Soziologie

Anna-Bettina Kaiser 191 Sperrig, aber nicht unlesbar? Zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Jürgen Kocka 194 Herausforderung und Anregung

Christoph Schönberger 197 Das Bundesverfassungsgericht als Deus ex Machina der Geschichte der Bundesrepublik?

Hans Vorländer 200 Wie sich die Geschichte des Grundgesetzes mit einer Rekonzeptualisierung des Verfassungsbegriffs schreiben lässt

Rainer Wahl 203 Der schwierige Zugang zum Richterrecht des Bundesverfassungsgerichts

Christian Waldhoff 207 Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes

Dieter Grimm 210 Ein Rückblick auf »Die Historiker und die Verfassung« anhand der Frankfurter Kommentare

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Kritik critique

Daniel Damler	218	Cicerone der Regeln Lorraine Daston, Rules. A Short History of What We Live By
Stefan Vogenauer	220	Roman Law Reloaded Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek, Thomas Rüfner (eds.), Handbuch des Römischen Privatrechts
Cosima Möller	221	Diversity bei den römischen Juristen – Geschichtlichkeit und die Rolle der Dogmatik Fara Nasti, Aldo Schiavone (Hg.), Jurists and Legal Science in the History of Roman Law
Damian Augusto Gonzales Escudero	224	Performance as a New Direction for Legal History Julie Stone Peters, Law as Performance
Caspar Ehlers	226	Honi soit qui mal y pense Björn Weiler, Paths to Kingship in Medieval Latin Europe
Christoph H. F. Meyer	229	References in the Vineyard of the Legal Text Sabine Griese, Claudine Moulin (Hg.), Verweiskulturen des Mittelalters
Toomas Kotkas	232	What's the Point in Quantifying Legal Codifications? Fredrik Charpentier Ljungqvist, Quantitative Approaches to Medieval Swedish Law
Rômulo da Silva Ehalt	234	The Multilayered World of Medieval Japanese Legal History Matsuzono Junichirō, The World of Muromachi and Sengoku Law
Caspar Ehlers	236	Zettels Raum Larry May, Medieval Legal and Political Thought
Kyriaco Nikias	237	Legal Sources from the Venetian East Nikos E. Karapidakis (ed.), Libro d'ordini del Consiglio della magnifica Città di Corfù, 1422–1797
Camilla de Freitas Macedo	240	El bosque en foco: posibilidades transdisciplinares de estudio Alessandra Dattero (ed.), Il bosco

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Alina Rodríguez Sánchez 242 Historia ambiental e historia del derecho

Richard M. Conway, Islands in the Lake

Andrea Cicerchia 244 Giustizia divina e giustizia terrena

Guido Dall'Olio, Nella valle di Giosafat

Lorenzo Maniscalco 246 Teoria e pratica giuridica nei *tractatus* e *consilia* di Francisco Suárez

Dominique Bauer, Randall C.H. Lesaffer (eds.), History, Casuistry and Custom in the Legal Thought of Francisco Suárez

Pilar Mejía 248 El arte sacro como agente de normatividad

Chiara Franceschini (ed.), Sacred Images and Normativity

Giuseppe Capriotti, Sabina Pavone, Pierre-Antoine Fabre (eds.), Eloquent Images

Manuel Bastias Saavedra 251 El imperio portugués y las raíces profundas de Goa

Ângela Barreto Xavier, Religion and Empire in Portuguese India

Paulien Broens 254 A Deep Dive into England's Early Africa Companies

Julie Mo Svalastog, Mastering the Worst of Trades

Winner Ijeoma 255 *Rule of Law* im kolonialen Africa?

Michael Lobban, Imperial Incarceration

Matilde Cazzola 257 Guardie, ladri e la giurisprudenza dell'anticipazione

Sal Nicolazzo, Vagrant Figures

Victoria Hooton 259 Pauper Agency and Negotiation Under the Old Poor Law

Peter Jones, Steven King (eds.), Navigating the Old English Poor Law

Emily Kadens 261 Commerce Between Law and Practice

Ross Cranston, Making Commercial Law Through Practice

Uponita Mukherjee 264 Insanity, Crime and Responsibility Cases: A View of Common Law from the British Empire

Catherine L. Evans, Unsound Empire

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Kritik critique

Fabian Klose 267 Zur Ambivalenz humanitären Handelns im British Empire

Zoë Laidlaw, Protecting the Empire's Humanity

Erica Kim Ollikainen-Read 269 Exploring the Power of Victorian Narratives

Leila Neti, Colonial Law in India and the Victorian Imagination

Karla L. Escobar H. 271 Desentrañando el poder colonial: emociones, sentimientos y resistencia para una nueva historia del derecho

Tanya Agathocleous, Disaffected: Emotion, Sedition, and Colonial Law in the Anglosphere

José M. Portillo 273 La modernidad política en el Otro Occidente

María Teresa Calderón, Aquella república necesaria e imposible

Nina Cozzi 275 The Drafting of the Post-War Constitutions in France and Italy. Differences and Similarities

Sandro Guerrieri, Costituzioni allo specchio

Bernardo Sordi 277 Il diritto internazionale visto dal problematico *State building* della penisola italiana

Giulio Bartolini, A History of International Law in Italy

Karl Härter 280 Limitierte positivistische Kriminologie und Herausforderungen der Strafrechtsreform

Michele Pifferi (ed.), The Limits of Criminological Positivism

Christoph Resch 283 Rätsellösende Rechtsvergleicher*innen?

Balázs Fekete, Paradigms in Modern European Comparative Law

Marietta Auer 285 Der Mann ohne Eigenschaften

Thomas Olechowski, Hans Kelsen

Matthew H. Kramer 291 Hohfeld and Some Missed Opportunities

Shyamkrishna Balganesh, Ted Sichelman, Henry Smith (eds.), Wesley Hohfeld a Century Later

Sara Dezalay 293 Capitalizing on International Law's Fragmentation

Kathryn Greenman, State Responsibility and Rebels

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Nina Cozzi 295 Neue Erkenntnisse zur Nichteinhaltung von EU-Recht

Tanja A. Börzel, Why Noncompliance

Anna Quadflieg 297 Drei Dimensionen der Gleichheit im Europarecht

Giovanni Zaccaroni, Equality and Non-Discrimination in the EU

Victoria Hooton 298 Three Cheers to Interdisciplinary Research of European Union Law

Albertina Albors-Llorens, Catherine Barnard, Brigitte Leucht (eds.), Cassis de Dijon

Jan-Henrik Meyer 301 European Union Constitution Making and the Media. Lessons from Maastricht

Manuel Müller, Ein verpasster Verfassungsmoment

Shlomi Balaban 303 Taking the Ambivalent Road

Rotem Giladi, Jews, Sovereignty, and International Law

Fabian Steinhauer 305 Voraussitzungen

Christoph Schönberger, Auf der Bank. Die Inszenierung der Regierung im Staatstheater des Parlamentes

Thomas Duve 308 Erzählen statt prozessieren?

Wolfgang Knöbl, Die Soziologie vor der Geschichte

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Marginalien marginalia

Thomas Duve 314 Rechtsgeschichte und Ordnungsdenken.
Zum rechtshistorischen Werk von Paolo Grossi

Abbildungen 327 illustrations

Abstracts 329 abstracts

Autorinnen und Autoren 335 contributors

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Recherche research

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Dieter Grimm

Constitutional History as an Integral Part of General History: The German Case

I. The Importance of the Constitution for the Historiography of the Federal Republic

1. *The Constitution as Historical Factor*

The German Constitution, the Basic Law (*Grundgesetz*) of 1949, is generally regarded as a successful and effective constitution. Its acceptance in the population has grown from anniversary to anniversary. Many attribute the altogether lucky development of the Federal Republic not least to the Basic Law, especially if the Federal Republic is compared to the Weimar Republic, whose failure is often ascribed to deficits of its constitution. An influential Constitutional Court insured that the Basic Law became a determinant factor for political behavior and social relations and was able to keep up with changed conditions and new challenges. For other countries, particularly those that had turned towards liberal-democratic constitutions in the second half of the 20th century, the German Constitution became a model and the Court's jurisprudence served as a point of reference for their courts.

It is thus the more surprising to see that the Basic Law and its interpretation and enforcement by the Constitutional Court do not play a decisive role in the historiography of the Federal Republic.[1] This is not to say that they are completely absent from the history books. But reading them, one does not get the impression that the Basic Law and the jurisprudence of the Court had a significant impact on the development of the Federal Republic. Even if one admits that not everything that is relevant for historians of constitutional law is equally relevant for general historians, it seems remarkable how little constitutional history has been found worth mentioning in the books by general historians. Should it have been more? And could it have been more? Or does the discipline lack the capacity to take on the legal aspects of its object?

General history does not mean total history, even if there are schools that claim just this. It is predominantly a political history with the understanding that society, economy and culture have to be taken into account, whereas numerous other areas, like the history of architecture, of education, of philosophy etc., may be included, but are not mandatory and can be left to specialists, most of whom will find their place in the systematic disciplines, not in the history departments. But what about the law and, with regard to political historiography, constitutional law in particular? Is it located at the level of society, economy and culture, which ought to be integrated into the general history, or does it belong to the large number of areas that may be neglected without historians being reproached of having missed an important aspect of their object of study?[2]

One distinctive feature of constitutional law in its relation with politics stands out. Historians of the Federal Republic owe their object of study to the Basic Law. Before the Basic Law was enacted, there was no Federal Republic, and once it had been established, it existed in the form determined by the Basic Law. Like all modern constitutions, the Basic Law regulates the establishment and exercise of political power. It lays down the structure in which politics are to operate, and it determines the principles and goals that political actors have to observe in the pursuit of their functions. The provisions of the constitution are not recommendations but obligations. Political decisions must comply with them in order to be valid. The

1 To demonstrate this is the purpose of my book, Grimm (2022), of which this article gives a brief summary, and which was discussed at a conference at the Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie in Frankfurt on 3 February 2023.

2 For a more detailed account, examining the theoretical approach of Wehler (1987–2008), see Grimm (2000) and in the appendix of Grimm (2022) 329–343.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

further development of the country cannot be sufficiently understood without the constitutional arrangement being taken into account.

The regulatory function of constitutions does not allow to reduce them to mere expressions of the power relations at the moment of their enactment and thereby deny them an independent existence. Of course, constitutions do not come out of the blue. Instead, they reflect the experience of the previous system, existing power structures in society, and their drafters' concepts of political and social order. However, the product is never fully determined by the constellation from which it emerges. Rather, the transformation of the concept into a legal document ready for application requires choices and concretizations. Furthermore, constitutions are not just a snapshot of a particular historical moment. They do not merely reflect a certain state of reality, they are aimed at shaping reality. There is a time before and one after the adoption of a constitution, and the difference matters.

Constitutions reach their aim by virtue of being law. The transformation of a concept of political and social order into law decouples it from the moment of enactment and the persons involved in it. As law, the constitution claims binding force regardless of changing governments and conditions. The capacity to achieve this is a consequence of its normativity. In contrast to what was called »constitution« before the American and the French revolutions, modern constitutions are not descriptive but prescriptive, and maintain their binding force until they are repealed or replaced by a different constitution. No subject of a historical subdiscipline is so intimately linked to politics as the constitution. Even a political historiography narrowly conceived cannot excuse itself from including constitutional law in its purview.

2. *Validity and Efficacy of Constitutions*

One proviso must be made, however. Historians have to bear in mind that legal validity is not identical to real efficacy. The constitution contains requirements, but it is not self-executory. It needs to be effectuated.[3] Norm and reality must be brought into congruence through the norm-conforming behavior of its addressees. This is true for all law, but for constitutional law to a heightened degree. The addressees of constitutional law are the power-holders themselves, hence those who dispose of the coercive means of the state to enforce the law. If ordinary people violate the law, they can be compelled by the law enforcement agencies, if necessary through physical force. If the power-holders themselves disregard the law, there is no superior power to enforce it. This difference accounts for the specific weakness that distinguishes constitutional law from ordinary law.

The willingness of power-holders to obey the law cannot be taken for granted. There are constitutions that have been enacted without any intent to make them binding. Their only purpose is to create the impression of a country under the rule of law. There are constitutions that have lost their efficacy over time, for example, when their opponents come to power and ignore or pervert them. These are regarded as failed constitutions, like the Weimar Constitution. Some constitutions are respected only as far as they do not conflict with superior political or religious truths or with hegemonic or economic interests. As soon as constitutionalism was born, it was prone to abuse. One could copy the form without adopting the function. There is abundant evidence in history for this, from as early as the Napoleonic Constitution in France onwards.

But even where politicians are generally willing to comply with the constitution, occasional disregard of its provisions cannot be ruled out. Constitutional requirements meet a political and social reality that follows a different logic than the legal one. Politicians are expected to set aside their own political logic in favor of the law. In concrete situations of political action, however, even a generally law-abiding government will often perceive the law as an obstacle to its goals. It is therefore unlikely that constitutional requirements and political reality will always be in harmony. The fact that constitutional law depends on being followed implies the possibility that it is not complied with, or at least not immediately, not completely, or not in the way imagined by its drafters. The expectation

3 Groundbreaking in this regard was Hesse (1959). For the impact of this seminal publication, see Krüper et al. (eds.) (2019).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

that there will ever be a state of full congruence is futile, if only because of social change that permanently poses new challenges to constitutions.

This difference between the constitution's claim to regulate political behavior and its actual implementation means that historians should not content themselves with a description of the constitution at the time of its enactment. There is no guarantee that what is stipulated by the text will also exist in fact. Validity and efficacy are situated on different levels. Validity is a normative, efficacy an empirical notion. Inefficacy leaves the validity of the law unaffected. But its demands remain unfulfilled. The actual state of affairs is then illegal. But it is nevertheless there. This should not be downplayed as the normal difference between constitutional law and constitutional reality. Constitutional reality develops within the scope of action that constitutional law leaves open. If constitutional law lacks efficacy, however, the result should not be called constitutional reality, but rather what it is, namely a violation of the constitution.

Deficits are more likely in the substantive parts than in the organizational parts of the constitution. The latter concern mainly the establishment and organization of political rule. Normally, the institutional arrangements prescribed by the constitution will be installed immediately after its enactment and continue to operate, even if informal entities or procedures precede or complement the formal ones. The substantive parts, by contrast, mainly concern the exercise of public power over time and are more prone to come into conflict with political plans or interests. As a consequence, they are more at risk of being disregarded. Throughout the 19th century and far into the 20th century, fundamental rights were virtually irrelevant in Europe, although their legal validity did not differ from that of the constitutions' organizational provisions.

3. *Constitutional Change*

However, the possibility of a constitution's failure to take effect, in part or as a whole, is not the only reason why it does not suffice to describe it in its original form. Constitutions are subject to amendment, the more so the older or longer they are. They may have shortcomings that appear in the course of political practice. New challenges may occur that cannot be met under the original provisions. The values that underlie the original constitution may change over time and require an adaptation of constitutional provisions. Some amendments will be of a more technical nature, but others may change the rules of the game, sometimes also the guidelines for politics, and produce different effects. If historians do not take such developments into account, they will miss important changes in the structural conditions of politics or an indication of social change.

Yet, constitutional change can also take place without textual amendments. In this case, the change concerns the meaning of an unchanged text. This change occurs by way of interpretation. Interpretation is inevitable. It is a consequence of the fact that legal norms apply to an indefinite number of future cases and must therefore be formulated in a fairly general and abstract way, whereas the cases to which they apply are always individual and concrete. Consequently, there is a gap between norm and case, which has to be bridged by interpretation. This is true for law in general, but particularly for constitutional law, because large parts of the latter refer to the foundations of the political and social order and resemble principles more than rules. They are not immediately ready for application to cases.

Everybody who has worked with constitutional law has encountered the situation when the constitutional text does not contain the answer to a question raised by a case. This does not necessarily mean that the question remains unsolved and politicians are free to act as they please. Rather, it means that the answer has to be derived from the existing provisions by way of interpretation. This requires generating a more concrete rule from the text, which enables the constitution to be applied at all. While this process finds its starting point in the text, it is not completely determined by it. The task of interpretation cannot be fulfilled without additional input by the interpreter. Interpretation is more than the uncovering of a meaning deposited in the text from the very beginning – to a certain extent, it constitutes the meaning.

How much additional input an interpreter can justifiably introduce is a question of methodology. Methods of interpretation, however, do not share the law's authority. They are the result of the legal practitioners' and scholars' ongoing work with the law. Nor are legal methods established once and for all; rather, they change over time, vary from country to country, and are also quite frequently

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

contested. Several methodological approaches may coexist, between which a choice has to be made. The choice matters. There are minimalist methods that stick closely to the text or to the supposed original meaning of the words or the presumed intent of the constitution's drafters and that reject a change of meaning. More maximalist methods, by contrast, attempt to give utmost effect to constitutional provisions and favor the adaption of their meaning to new challenges.

The choice is, however, one between legal alternatives. The process of interpretation remains part of the legal system, as arguments have to be acknowledged as of a legal nature by the community of jurists. What counts as legal may be contested, but what is undisputed among jurists is that non-legal – for example, political or religious – arguments are inadmissible. As the application of a constitutional norm to a given set of facts is bound, but not fully determined, by the text of the constitution, acts of interpretation and application enjoy a certain degree of autonomy. Usually more than one interpretation is compatible with the text and even with the spirit of the constitution. In order to determine the impact of constitutional law at a certain point in history, knowledge of its then prevailing interpretation is indispensable. Historians therefore have to engage with interpretation.

4. *The Impact of Constitutional Adjudication*

Interpretation takes place whenever the conduct of persons or institutions depends on the meaning of the constitution. The less defined the norm, the more contested the question of its correct interpretation. If, in cases of doubt or controversy, the addressees of constitutional provisions – the politicians – interpret the constitution themselves, their political intentions will inevitably influence the interpretation. Together with the specific weakness of constitutional law discussed above, this led constitutional drafters to establish independent and professional judicial institutions to enforce the constitution against the political organs of the state. In general, the decisions of these institutions enjoy supremacy. Their interpretations are the final word in constitutional conflicts. Constitutional law means what the judges think it means.

With the emergence of constitutional adjudication, a new era for constitutionalism began. Up to then, constitutions had claimed binding force, but lacked mechanisms to enforce this claim. Many early constitutions criminalized intentional violations of the constitution by ministers, but these provisions were rarely enforced, and, moreover, did not undo the unconstitutional act. While constitutional adjudication changed this, constitutional courts still can only mitigate the specific weakness of constitutional law, not eliminate it. Just like constitutional provisions, judgments of constitutional courts depend on being followed by their addressees. Like constitutions, constitutional courts may remain ineffective, either if they are organized or composed in a way that the powerholders have nothing to fear from them, or if politicians can disregard their judgments without risking a loss of legitimacy.

Yet, where constitutional courts are in a position to fulfill their function properly, the constitution gains considerable influence on political activities and social conditions. In political systems without constitutional adjudication, the constitution at best comes in as a corrective after the political will has been formed, and is then seen through the lens of political intentions. By contrast, in political systems with constitutional adjudication, the constitution has to be taken into account at an early stage and in a relatively neutral way in the process of political decision-making, to avoid a later defeat in the court. Furthermore, while in political systems without constitutional adjudication, the majority opinion will prevail in cases of conflict, in political systems with constitutional adjudication, minorities have the chance to succeed in court.

Without the Constitutional Court's dominant role in the Federal Republic, which constantly demonstrates the Basic Law's relevance for political behavior and social conditions to the population, the constitution would hardly be as deeply rooted in the collective German consciousness as it is today. This general awareness of the Basic Law's relevance produces effects that go beyond the juridical function of the constitution. If a constitution is not only perceived as legally effective, but also as reflecting a society's aspirations and ideas of a good and just order, it can acquire symbolic value. This, in turn, adds to its efficacy. If a constitution is attributed symbolic value, disregarding it becomes more costly for politicians, and therefore less likely. The symbolic value of a constitution is thus a historical factor of considerable impor-

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

tance and as such should be of particular interest to historians.

However, the symbolic value of a constitution cannot be taken for granted. Constitutions fulfill their function if they are legally effective; anything beyond this legal function is an added value. In the majority of countries, the constitution lacks this added value, but where it exists it contributes to the integration of society, particularly in increasingly pluralistic societies in which the significance of traditional factors of integration is declining, as is the case in Germany. During the forty years that the country was divided into two states, the usual factors on which integration rests were missing, and for West Germany, it was the Basic Law that filled this gap and even shaped the country's identity. It is not by chance that the unusual compound noun *Verfassungspatriotismus* (»constitutional patriotism«) was forged in the Federal Republic to describe the high regard in which the Basic Law was held.

5. *How to Integrate Constitutional History into General History*

For historians, this means that the impact of the constitution on the development of the country can be understood only when all these factors – the original text of the constitution, the major amendments, the jurisprudence of the constitutional court and the constitution's symbolic value – are taken into account. While this analysis can be performed either by general historians or by legal scholars, they will not approach it in the same way. The legal science is a normative discipline, interested in law for law's sake. Its main concern is the correct understanding and application of the law. These interests remain decisive even when legal scholars undertake historical research. History, on the contrary, is an empirical discipline and treats law as fact. Law is relevant to historians insofar as the object of their research is shaped or influenced by it.

This difference in approach becomes particularly salient when scholars seek to assess the effects of law on social and political reality. Constitutional history as studied by a legal scholar focuses on the question of legal validity of law. This does not mean that the effects of law are not of interest to legal scholars, but their main interest is its effects within the legal system. Jurists are not trained to study the impact of law on society. Historians, in turn, are interested in reality, and in law only insofar as it affects this reality; but they are not familiar with legal practice. As a result, a no man's land stretches between the two disciplines, and the real effects of constitutional law on society are often underestimated. However, as constitutional law and adjudication have often been decisive for the history of the Federal Republic, the question is how they can be adequately integrated into historical research.

If it is true that not everything of relevance for legal historians is also relevant for general historians, the criteria for relevance of the constitution in political and social reality have to be those of general historiography. The constitution and its interpretation and application have to be taken into account by general historians when constitutional law has significantly determined or influenced the conditions, developments and events that they regard as worthy of discussion. The influence of constitutional law can be called significant if a development or event that historians consider worthy of description or explanation was largely conditioned by the constitution and would have taken a different turn without the constitution's influence. The exploration of this will sometimes require counterfactual questions, despite the limited certainty of the resulting answers.

This is admittedly a challenge for historians. Constitutional law follows its own logic. Some aspects require just awareness of the constitution's relevance. To understand other aspects, like the jurisprudence of a constitutional court, historians will need assistance from experts in constitutional history. In this respect, it is remarkable that a constitutional history of the Federal Republic as yet remains to be written and that so far only non-German scholars have produced comprehensive historical studies of the Federal Constitutional Court.[4] The following section will give a brief account of how recent general histories of the Federal Republic have dealt with the impact of the Basic Law and the jurisprudence of the Consti-

4 See Collings (2015); Gaillet (2021).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

tutional Court.[5] Given the limited space available, this discussion will necessarily focus on particular examples; a much more detailed account is provided in my book *Die Historiker und die Verfassung*.

II. The Treatment of the Basic Law and Constitutional Jurisprudence in the Historiography of the Federal Republic

1. *The Basic Law*

The production of the Basic Law was not a German initiative, but demanded by the three Western allies of World War II, who wanted to establish a West German state after all attempts to reach an agreement with the Soviet Union on Germany's future had failed. In the »Frankfurt Documents« of 1947, the three Western occupying powers instructed the »minister presidents« (heads of government) of the newly established West German *Länder* to convene a constituent assembly tasked with drafting a democratic and federal constitution with an adequate central government and a bill of rights. The minister presidents, fearing that such a constitution would cement Germany's division, would have preferred to evade the request. Realizing that resistance would be in vain, however, they convoked the Parliamentary Council, which began its work in 1948 on the basis of guidelines for the new constitution drawn up at an informal preparatory convention at Herrenchiemsee.

While the development that led to the establishment of the Federal Republic is dealt with to a greater or smaller extent in all the works of general history analyzed here, much less space and attention is devoted to the drafting of the Basic Law and its contents, which is discussed only incompletely.[6] All authors put the emphasis on the institutional provisions of the Basic Law, and here especially on the so-called »lessons of Weimar«. Some even call the Basic Law an »anti-Weimar constitution«. While the institutional arrangement on the federal level is usually described in detail, the authors neglect to point out the distinctive form of German federalism. Nor do they appreciate the importance and consequences of the introduction of the Constitutional Court, a real novelty in Germany. The books give the impression that its creation merely added one more institution to the traditional list of president, parliament, government, and thus fail to show that it fundamentally changed the conditions under which all other state powers operated.

This lack of awareness continues regarding the formation of the Constitutional Court.[7] The traditional organs of the state were formed and took up their work immediately after the Basic Law had entered into force, but not the Constitutional Court. The Basic Law's provisions on it were rudimentary and left the details to be worked out by parliament. While the establishment of a constitutional court had faced no opposition in the Parliamentary Council, its further elaboration proved highly controversial in the legislature. The Christian Democratic Party that now formed the government favoured a weak court, the opposition and the *Länder* were interested in a strong one. It therefore took two years until the Court was able to take up its work. However, these debates, although of major interest given the Court's growing importance, are not discussed in the majority of the general histories of the Federal Republic surveyed here.

The substantive parts of the Basic Law, the fundamental principles of the Federal Republic (democracy, the rule of law, federalism, republic, and its definition as a »social state«,) as well as the bill of rights, are neglected to a greater or lesser extent.[8] None of the books name all the fundamental principles. The fundamental rights share this fate. Some books even ignore their existence. Others mention that social and economic rights are missing, but almost none of the works spell out what is in fact protected. The seminal guarantee of human dignity, one of the most copied features of the Basic Law, is mentioned in just one book out of thirteen. Some authors point out that, compared to the Weimar constitution, the binding

5 The following books were analyzed: Birke (1997), Conze (2009), Geppert (2021), Görtemaker (1999), Henrich-Franke (2019), Herbert (2014), Morsey (2007), Recker (2009), Rödder (2004), Wehler (2008), Winkler (2000), Wirsching (2011) and Wolfrum (2006). For the reasoning behind this selection, see Grimm (2022) 9–11. Möller (2022) only appeared after the publication of Grimm (2022).

6 Grimm (2022), ch. II, 45–60.

7 Grimm (2022), ch. III, 61–68.

8 Grimm (2022), ch. II, 51–53, 57–58.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

force and the justiciability of fundamental rights had been strengthened. However, they erroneously assume that during the Weimar period, fundamental rights had lacked legal force completely.

Because of the historians' limited interest in the substantive parts of the constitution, their accounts do not only miss important elements of the Basic Law, they also place it into a false opposition to the Weimar Constitution. The similarities between the Basic Law's and the Weimar Constitution's provisions are much more numerous than the differences between the two. The historical works discussed here, therefore, do not paint a reliable picture of the Basic Law. Each offers a fragmentary account, and if the various studies' chapters on the Basic Law were placed side-by-side without saying what they were about, the reader would be hard put to recognize that all treated the same object. All books agree, however, in their high praise of the Basic Law, and ignore the fact that most contemporary experts saw it as flawed and bound to fail. The Basic Law began to be appreciated by both German jurists and German citizens only much later.

2. *Constitutional Amendments*

Between its promulgation and German unification, the Basic Law was amended 36 times. Three of these amendments can be regarded as important.[9] Among these, two concerned subject matters that could not have been regulated in 1949: Germany's rearmament was made possible by an amendment in 1956, and provisions for a state of emergency were introduced in 1968. By contrast, the third important amendment, introduced in 1969, did not consist of additions to the Basic Law, but rather considerably changed existing provisions on the federal system. All three amendments were introduced in response to contemporary developments or took place under conditions whose importance the historians acknowledge in their books. The significance of the resulting constitutional amendments, however, is not reflected by them. Some authors pass them over completely, others mention them but fail to specify the changes and to explain their consequences.

While the rearmament itself is extensively discussed in the general histories analyzed here, little is said about the regulations of the new West German army, the *Bundeswehr*. One might argue that what was of historical importance was the re-establishment of a German army ten years after the end of World War II and Germany's catastrophic defeat, not the constitutional amendment. But without the amendment there would have been no army. Moreover, the necessity of an amendment was not only a formal precondition; it had substantive consequences. The new army's orientation was contested. Traditionalists argued with modernizers. The fact that a constitutional amendment was required (which necessitated a two-thirds majority in both chambers of parliament) gave the opposition a chance to influence both the guiding principles and the structure of the future army. The ideas of the modernizers prevailed. Had a simple majority sufficed, the outcome would most likely have been different.

Like rearmament, the adoption of provisions for the state of emergency required a constitutional amendment. In 1949, the Allies had prevented the adoption of an emergency constitution. By the time West Germany obtained full sovereignty in 1955, emergency rules were regarded as urgent, but it took 12 years until the *Notstandsgesetze* could be introduced into the Basic Law. The subject matter was heavily contested, and only the »Grand Coalition« of the Christian Democratic (CDU) and Social Democratic (SPD) parties formed in 1966, which held a two-thirds majority in parliament, enabled a compromise to be found. Indeed, the urgent need for a number of constitutional amendments was one of the motives for forming the Grand Coalition. Large parts of the population, however, were opposed to the *Notstandsgesetze*, as many feared that their purpose was to provide the instruments for transforming the Federal Republic into an authoritarian system.

Most of the authors of the historical studies discussed here mention that the Grand Coalition with its two-thirds majority paved the way for the emergency rules, but they largely ignore how the necessity of an amendment changed the original concept of the state of emergency. The »lessons of Weimar«, so strongly emphasized in the descriptions of the drafting of the Basic Law, were now forgotten. Among the provisions of the Weimar Constitution that drew the sharpest criticism after

9 Grimm (2022), ch. IV, 81–102.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

World War II had been the emergency clause in Art. 48. In the Federal Republic, no political party wanted to return to it. But whereas the Christian Democrats subscribed to the idea that emergencies were »the time of the executive«, the Social Democrats – whose consent was necessary for the amendment – successfully lobbied to limit the powers of the executive, in some contemporaries' view so severely as to nearly render them ineffective.

Despite the strong social mobilization against the *Notstandsgesetze* among the population, some authors mention this amendment not as such, but only in connection with the 1968 movement, which receives substantial attention in all books. The state of emergency debate appears only as one of the causes for the growth of this movement. An explanation for the historians' lack of interest in the *Notstandsgesetze* may be that, up to now, the Federal Republic's government has never invoked a state of emergency. The opposition against the emergency rules died down after they had been adopted in a mitigated form that even included a right to resistance. However, the fact that the emergency powers have never been used diminishes neither the importance of the unrest among the population in 1968 nor the amendment's importance as part of the current constitution. Its provisions are still ready for use.

In contrast to the rearmament and state of emergency amendments, the 1969 reform of federalism did not add to but actually altered the constitution. It was a response to the first economic crisis that hit the Federal Republic in 1966–67, after a long period of continuous economic growth. This crisis had already contributed to the fall of the chancellor, Ludwig Erhard, who was not prepared to adopt a more Keynesian economic policy. The Grand Coalition, formed after Erhard's fall, made this one of its major projects. However, to do so, it needed a constitutional amendment. The independence of the financial and budgetary policy of the *Länder* from that of the federal government was regarded as the main obstacle to effective crisis management. A creeping transformation of the federal system into a more unitary one had already begun before the crisis; now, with the constitutional amendment, the coalition also undertook to formally change West German federalism from dualist to cooperative.

The main instrument for handling the immediate economic crisis was the Law to promote economic stability and growth of 8 June 1967. It could be adopted only after a constitutional amendment, passed earlier on the same day. While nearly all authors of the general histories discussed here mention this law, few point out that it would not have been possible without the prior constitutional amendment. A comprehensive reform of the federal system followed in 1969, which consisted of three amendments that affected a total of 18 provisions of the Basic Law. German federalism was fundamentally different after these amendments. While again most authors mention this reform, only one of them seems aware of the extent and consequences of the structural changes made. As a result, most of the authors miss the fact that the amendments, in solving the economic crisis, led to a political crisis of much greater significance.

As an essential part of the reform, the *Länder* lost their independence in fiscal and economic matters. In compensation, the position of the *Bundesrat*, the body representing the *Länder* at the federal level, was strengthened. To exercise most of its newly acquired legislative powers, the federal government needed the consent of the *Bundesrat*, which did not increase the power of the individual *Länder*, but of their entirety. Furthermore, the strict separation between the responsibilities of the *Länder* and the *Bund* (the federal level) was given up in favour of several joint responsibilities whose exercise usually required unanimity between the two. The same was true for the financial participation of the *Bund* in the performance of *Länder* tasks, which was made possible by the amendments as well.

The reform helped solve the economic crisis, but it turned out to have high democratic and efficiency costs. The increased number of cases in which the *Bund* needed the consent of the *Bundesrat* for federal legislation made it difficult for a federal government to implement its policies if the majorities in *Bundestag* and *Bundesrat* were held by different parties. In this case, the federal majority could realize its plans only if the opposition agreed. If an agreement was not reached, the *Vermittlungsausschuss* (mediating committee) of *Bundestag* and *Bundesrat* was called upon to find a compromise, albeit behind closed doors. As a result, the federal government's projects were frequently delayed, watered-down, or failed completely. Similarly, the unanimity principle for the joint responsibilities of *Bund* and *Länder* often led to agreements based on the smallest common denominator, and if the

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

compromise turned out to be flawed, it was extremely difficult to change it.

The democracy costs of this reform of federalism consisted in an increased difficulty to hold political actors to account. Both the *Länder* and the federal government could claim responsibility for successes for themselves and blame the other side for failures, without the public being able to know whom to reward and whom to punish at the next elections. All the authors of the historical studies analyzed here point out that the buzzwords of the time were *Politikblockade* (political blockage) and *Politikverdrossenheit* (political disillusionment). However, only a few of them recognize that the situation was a result of the constitutional amendments of 1969. Instead, they blame the political parties for acting only in their own interests and lack of consideration for the common good. It would take more than 30 years until another reform of federalism tried to undo the mistakes of 1969.

Some of the authors conclude their descriptions of this historical period, which for them terminated with the smooth transition from the Grand Coalition to the coalition of SPD and FDP (Free Democratic Party) under Chancellor Willy Brandt in 1969, by saying that by the end of the 1960s, the Basic Law had passed its probationary period and proven itself to be a good constitution. But how does this praise fit with the fact that at the time, the Basic Law was increasingly seen as antiquated and more of a hindrance than a help?[10] This feeling spread rapidly among politicians and within society. The then Minister of the Interior, Paul Lücke, presented a list of no less than 80 articles that he thought were in need of being replaced. Others called for a total revision of the Basic Law. The agitation finally prompted the *Bundestag* in 1970 to install a commission tasked with formulating recommendations for a complete overhaul of the constitution.

However, when the committee presented its report with extensive recommendations for a modernized constitution six years later, interest in a fundamental revision had waned. The general veneration of the Basic Law had begun, and the term *Verfassungspatriotismus* (constitutional patriotism) appeared on the scene. Yet, the fact that the attempts for a total revision of the Basic Law did not bear fruit does not render them unimportant. However, none of the historians mentions either them or their underlying motivations. They are simply unknown. Yet, the discussion regarding the reform of the Basic Law had by no means been restricted to expert circles; rather, it had been conducted in the media and among the general public. For historians of post-war West Germany, it would be worth asking what experiences with the Basic Law, what social changes and ideas of a good and up-to-date constitution had led to the demand for a total revision of the Basic Law.

3. *Rights Revolution through Interpretation*

If one asks whether the amendments or the interpretation have changed the Basic Law more profoundly, the answer depends on which of its sections we look at. Amendments have significantly affected the organizational provisions, whereas the jurisprudence of the Constitutional Court has been decisive for changes to the understanding of fundamental rights. While some textual changes were made to the first 19 articles, their importance ranges far behind the alteration of meaning that the bill of rights underwent in the second half of the 20th century. Both the concept and the impact of fundamental rights have changed in ways that would have been unimaginable in 1949.[11] Because of their vague and open-ended phrasing, fundamental rights depend on interpretation to a greater extent than organizational or procedural norms and even on a general theory of their purpose and function that guides the interpretation. Consequently, they leave more room for different understandings and different interpretation.

During the 19th century and still under the Weimar Constitution, fundamental rights were regarded as binding only for the executive, and only to the extent that intrusions without a basis in statutory law were prohibited. This situation ended with the Basic Law. Article 1 section 3 submitted all public authorities, including the legislature, to fundamental rights. However, the promulgation of the Basic Law did not alter the understanding of

10 Grimm (2022), ch. V, 103–120.

11 The largest part of Grimm (2022) deals with this development, see ch. VII–XII. In addition, there are two chapters on problems resulting from German unification (VI and XIII) and one chapter on European integration (XIV).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

fundamental rights as subjective rights of the individual with vertical application vis-à-vis the state and negative effect, meaning that they obliged the state to omit acts that were incompatible with fundamental rights. Any limitation of these rights required a basis in law, but once a law had been found to be constitutional, the influence of the right ended. The interpretation and application of statutory law was considered to lie outside the scope of the constitution and the control of the Constitutional Court.

This traditional understanding of fundamental rights was revolutionized by a seminal judgment rendered by the Constitutional Court in 1958: the *Lüth* decision.[12] The complainant, Erich Lüth, had called for a boycott of a post-war movie directed by the notorious Nazi director Veit Harlan. Lüth wanted owners of movie theaters not to show the film, and if they did, expected »decent German[s]« not to watch it. The movie companies sued Lüth in the civil courts and obtained an injunction that prohibited him from continuing to call for a boycott of Harlan's film. In his complaint to the Constitutional Court, Lüth invoked his right to free speech. According to the traditional understanding of fundamental rights, Lüth would have lost in Karlsruhe, because fundamental rights played no role in private law relationships.

The question faced by the Constitutional Court was thus whether fundamental rights were limited to vertical application or also had horizontal effect. In order to answer this question, the Court reflected on the nature of fundamental rights in general and came to the conclusion that they were not only subjective rights but also objective values or principles, to wit, the highest principles of the legal order. It concluded that they were therefore decisive for the whole legal order, including private law. Regarding the exact relationship, the Court decided that fundamental rights had no direct effect among private parties, but operated indirectly, namely as guiding principles for the interpretation and application of ordinary law. They developed, as the Court called it, a »radiating effect« on the provisions of ordinary law. Disregard of this effect by the ordinary courts constituted a violation of the rights-holder's fundamental rights.

The consequences of this changed understanding of fundamental rights were threefold: In addition to being seen as subjective rights of the individual vis-à-vis the state, they were now also understood as objective principles and thus horizontally applicable. They were to guide the interpretation of ordinary law in cases where its application had a limiting effect on rights. This, in turn, meant that the whole German judiciary came under the control of the Constitutional Court. What the *Lüth* decision left open, however, was the third traditional element of fundamental rights, namely their negative effect. This gap was filled by the Court's first decision on abortion in 1975, in which it derived from the objective character of fundamental rights an obligation of the state not only to refrain from certain actions that would unduly restrict a fundamental right, but also to protect the freedom guaranteed by a fundamental right if the freedom was threatened by private actors.[13]

Lüth revolutionized the West German understanding of fundamental rights and undoubtedly was the most important decision the Court ever rendered. Every German law student is familiar with the case, and thanks to the booming field of comparative constitutional law, it has also become known worldwide. Internationally, *Lüth* stands for the immense gain in importance of fundamental rights in the second half of the 20th century – but none of the historical works discussed here mentions the case. Furthermore, while the Court's 1975 judgment on abortion is mentioned in nearly all of them, this is not because it introduced the »duty to protect« – another revolutionary step in the field of fundamental rights and a logical consequence of *Lüth* – but because the question of abortion had deeply divided society for quite some time and the decision was a bitter defeat for the ruling SPD-FDP coalition.[14]

4. *The Underestimation of the Constitutional Court's Jurisprudence*

The historians' different reception of *Lüth* and the abortion decision sheds light on their attitude to the judgments of the Constitutional Court.

12 Grimm (2022), ch. VII, 140–157.
13 Grimm (2022), ch. VII, 145–151.
14 Grimm (2022), ch. IX, 185–202.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

These are mentioned when they concern important political and social conflicts, but if a case was not spectacular, it goes unnoticed by historians, regardless of its impact. This is, for instance, true of the *Elfes* decision, which extended fundamental rights protection to every restriction of individual conduct and thus opened the doors widely for individual complaints, and for the so-called *Apotheken-Urteil* concerning freedom of occupation, which formulated the proportionality test that today bears the main burden of fundamental rights protection. These judgments did not only affect the relationship between the Court and the ordinary judiciary, but also between the Court and the legislature. The abortion judgment required the legislature to do more than the constitutional text suggested; the proportionality principle limits the legislature's power beyond what the limitation clauses of the various rights require.

When historians mention cases, they are above all interested in their outcomes, in who won and who lost: the government or the opposition. The rejected alternatives, structural consequences, or resulting power-shifts between the organs of the state are largely ignored. A good example is the *Erste Rundfunk-Urteil* (»first television judgment«), which concerned Adenauer's attempt to create a TV station under the control of the federal government.[15] Some *Länder* governed by the SPD challenged the plan before the Constitutional Court, which ruled that the *Bund* had no competence in matters of radio and television. With this statement, the case was solved. However, the Court found it necessary to add that Adenauer's plan also violated the freedom of broadcasting as guaranteed in Art. 5 of the Basic Law. As society's main source of information, so the judges, television must be free of state control.

While this case is mentioned in almost every book, it is seen only as a symptom of Adenauer's declining power. Its enormous significance for the independence of public television, the overall organization of the broadcasting system, the quality of information, and its importance for the public discourse are overlooked. Twenty years later, the third television judgment reacted to the end of the scarcity problem after the possibility of cable and satellite transmission and the ensuing increase in programs. It marked the end of the monopoly of public television and the advent of commercial TV stations. Almost all the historical surveys under discussion here devote chapters to it, but none of the authors consider it worth mentioning that the judgement permitted private TV only under the condition that public broadcasting retained its full function. A displacement of public TV with all its consequences was thereby averted.

The question therefore is what could have caught the attention of the historians. This would be rather easy, where the context out of which a judgment emerged, is an object of the history books. All of the historical surveys analyzed here discuss the change in moral values that occurred towards the end of the 1950s and during the 1960s.[16] Many call it a *Liberalisierungsschub*, a »wave of liberalization« that consisted of a turning away from traditional values towards new ones like self-fulfillment, anti-authoritarianism, pluralism etc. It seems likely that this had something to do with constitutionally guaranteed liberties. If the latter had been narrowly defined by the Constitutional Court, this transformation of social values would probably not have been stopped, but it would certainly have been impeded and slowed down. This hypothesis is supported by the fact that the Court had to reverse many restrictive judgments made by lower courts in matters of freedom of speech, freedom of assembly, artistic freedom etc.

Many of the Court's decisions were not only discussed in the legal community, but found great interest in the media and with the general public. Some occupied the public sphere for weeks and months, indicating that their relevance was not limited to the legal system. The discussion of a case or a particular line of jurisprudence often led to more general debates on the salience of fundamental rights *(Hypertrophie der Grundrechte)* or the role of the Constitutional Court in the political system *(Richterstaat)*. For some observers, democracy was at stake. The debate was not limited to legal experts. Jürgen Habermas, to name a particularly prominent figure, launched a vehement criticism of the Court's value orientation and proportionality jurisprudence.[17] All this could have attracted the attention of historians.

15 Grimm (2022), ch. VIII, 167–183.
16 Grimm (2022), ch. VII, 151–163.
17 Habermas (1992); in English: idem (1998), ch. VI.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

5. *The Necessity of a Constitutional Turn in Historiography*

Of course, the inclusion of constitutional law into historical research has its own difficulties. The outcome of decisions can be ascertained more easily than their impact. The former can be found in the formula of the judgment *(Tenor)* that precedes the opinion. The judgement's impact that goes beyond the immediate case, however, largely results from the Court's reasons for the judgment. It seems, however, that these are not perceived as a source by historians. In addition, the long-term effects of the Court's decisions become visible only over time. Whereas the effect of the abortion decision was self-evident, the impact of *Lüth* can be understood only if one is aware of how fundamental rights were interpreted before *Lüth* and how they affected other fields of the law, such as political liberties. However, for the *Lüth* decision, there is actually an edited volume with contributions by legal scholars, political scientists, and historians, which does provide general historians with this kind of contextualization.[18]

The lack of attention paid to constitutional law in the general histories analyzed here is not due to any intentional omission on the part of the authors. Rather, it is the consequence of a lack of awareness of the relationship between law and politics and of the relative autonomy of the law and its application, as well as the historians' unfamiliarity with legal phenomena. However, taking the constitution into account is indispensable if the political history of a country like the Federal Republic of Germany is to be understood. There is abundant evidence that certain historical conditions, developments and events cannot be sufficiently understood without appreciation of their legal implications. A constitutional turn in historiography seems necessary,[19] which, however, will depend as much on the willingness of historians as on the cooperation of legal historians.

■

Bibliography

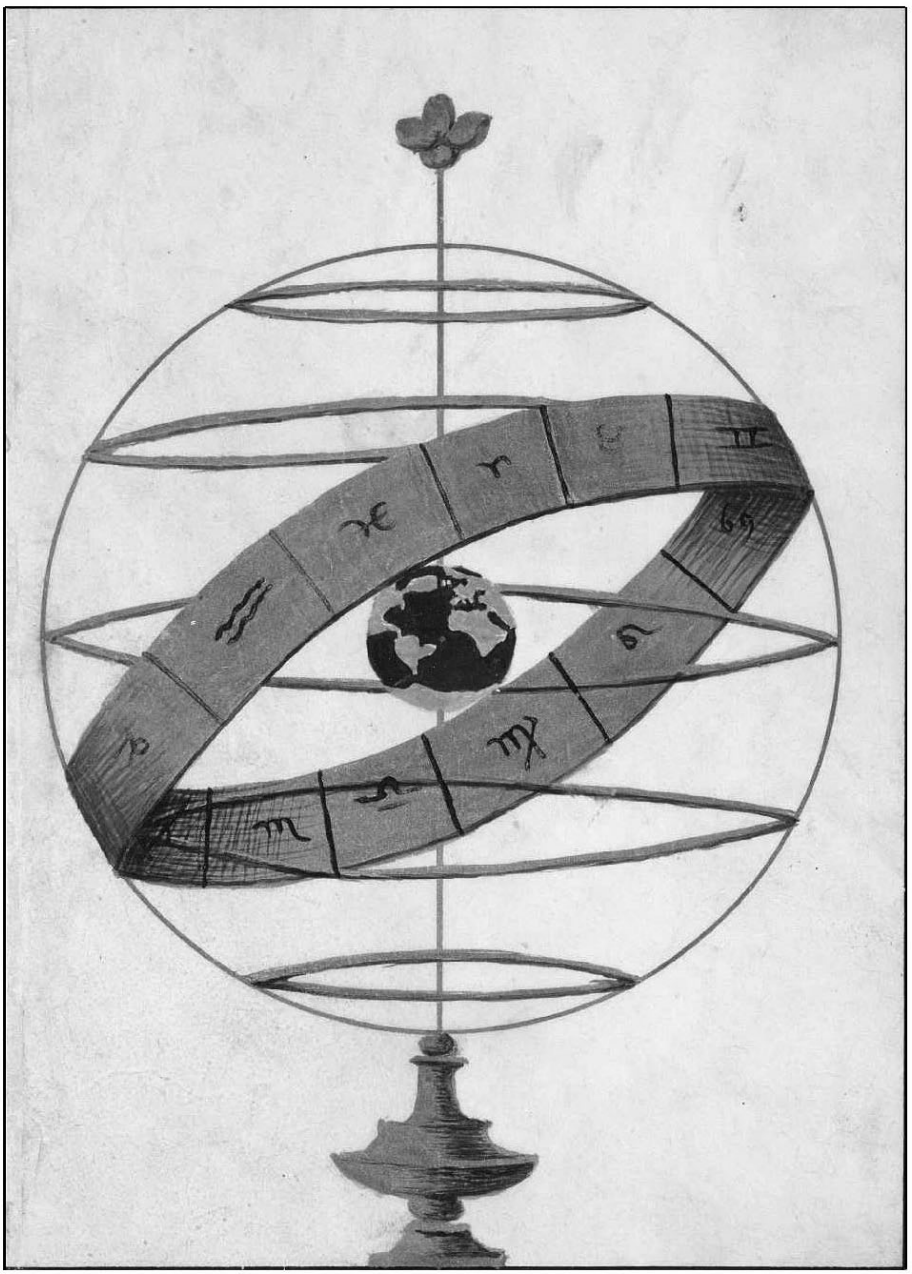
- Birke, Adolf M. (1997), Die Bundesrepublik Deutschland. Verfassung, Parlament und Parteien, München (Neuaufl. 2010 bearbeitet von Udo Wengst)
- Collings, Justin (2015), Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001, Oxford
- Conze, Eckart (2009), Die Suche nach Sicherheit. Eine Geschichte der Bundesrepublik Deutschland von 1949 bis zur Gegenwart, München
- Gaillet, Aurore (2021), La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit, Paris
- Geppert, Dominik (2021), Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, München
- Görtemaker, Manfred (1999), Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Von der Gründung bis zur Gegenwart, München
- Grimm, Dieter (2000), Die Bedeutung des Rechts in der Gesellschaftsgeschichte, in: Nolte, Paul, Manfred Hettling, Frank-Michael Kuhlemann, Hans-Walter Schmuhl (eds.), Perspektiven der Gesellschaftsgeschichte, München, 47–57
- Grimm, Dieter (2022), Die Historiker und die Verfassung. Ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte des Grundgesetzes, München
- Habermas, Jürgen (1992), Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main
- Habermas, Jürgen (1998), Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, Cambridge (MA)
- Henne, Thomas, Arne Riedlinger (eds.) (2005), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht. Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Berlin
- Henrich-Franke, Christian (2019), Geschichte der Bundesrepublik Deutschland. Von der Gründung 1949 bis zur Gegenwart, Wiesbaden
- Herbert, Ulrich (2014), Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, München
- Hesse, Konrad (1959), Die normative Kraft der Verfassung. Freiburger Antrittsvorlesung, Tübingen
- Krüper, Julian, Mehrdad Payandeh, Heiko Sauer (eds.) (2019), Konrad Hesses normative Kraft der Verfassung, Tübingen
- Möller, Horst (2022), Deutsche Geschichte – die letzten hundert Jahre: Von Krieg zu Diktatur zu Frieden und Demokratie, München
- Morsey, Rudolf (2007), Die Bundesrepublik Deutschland bis 1969 (Oldenbourg Grundriss der Geschichte), 5. Aufl., München
- Recker, Maria-Luise (2009), Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, München
- Rödder, Andreas (2004), Die Bundesrepublik Deutschland 1969–1990 (Oldenbourg Grundriss der Geschichte), München

18 Henne / Riedlinger (eds.) (2005).
19 Grimm (2022), ch. XV, 305–325.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Wehler, Hans-Ulrich (1987–2008), Deutsche Gesellschaftsgeschichte, 5 vols., München
- Wehler, Hans-Ulrich (2008), Deutsche Gesellschaftsgeschichte, vol. 5: Bundesrepublik und DDR 1949–1990, München
- Winkler, Heinrich-August (2000), Der lange Weg nach Westen, vol. 2: Deutsche Geschichte vom »Dritten Reich« bis zur Wiedervereinigung, München
- Wirsching, Andreas (2011), Deutsche Geschichte im 20. Jahrhundert, 3. Aufl., München
- Wolfrum, Edgar (2006), Die geglückte Demokratie. Geschichte der Bundesrepublik von ihren Anfängen bis zur Gegenwart, Stuttgart

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH



Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Jan Thiessen

Behindert das (deutsche) Recht die zeithistorische Forschung?*

I. Eine Suggestivfrage

Sprechen wir über Suggestivfragen. Suggestivfragen sind im Strafverfahren unzulässig, weil sie Zeugen manipulieren können. Nun habe ich aber diesen Text nicht ohne Grund unter eine Suggestivfrage gestellt. Also: Natürlich behindert das deutsche Recht die zeithistorische Forschung, was denn sonst! Oder doch nicht? Liegt das Hindernis woanders?

Zeitgeschichte ist etwas Besonderes, und zwar nicht nur in rechtlicher Hinsicht. Zeithistorische Themen sind oft noch in der Gegenwart politisch brisant und wecken deshalb häufig starke Emotionen. Wer Zeitgeschichte schreibt oder zumindest: wer über Zeitgeschichte schreibt, muss damit rechnen. Und wer sich an einer zeithistorischen Debatte beteiligt, rechnet nicht nur mit Emotionen, sondern be-rechnet nicht selten Emotionen aus politischem Kalkül mit ein. Wissenschaft ist aber etwas anderes als Politik – meine ich zumindest. Deshalb sollte zeithistorische Forschung vorsichtig agieren, keinesfalls aktivistisch.

Wie brisant und zugleich emotionsgeladen zeithistorische Themen sein können, zeigen die folgenden Beispiele, die ich ganz willkürlich aus neueren Debatten herausgegriffen habe und dabei noch nicht einmal auf Pandemie und Krieg eingehe: Sind die Herero und Nama zu entschädigen? Ist der Pergamon-Altar zurückzugeben? Hat in Armenien ein Völkermord stattgefunden? Hat in der Ukraine ein Völkermord stattgefunden? War die Weimarer Verfassung der Anfang vom Ende oder doch ein ganz unschuldiger Text? Wird zu viel oder zu wenig über die NS-Zeit geredet und geschrieben? Haben Hohenzollern dem Nationalsozialismus »erheblichen Vorschub geleistet« oder haben sie das nicht? Waren die fünfziger Jahre in der Bundesrepublik prüde-piefig oder öffneten sie für die damals Jungen viele Fenster? Haben die 68er das Land entnazifiziert oder ruiniert? War die DDR ein Unrechtsstaat oder war sie nicht doch das bessere, weil »antifaschistische« und sozialere Deutschland? Ist Europa friedliche Zukunft oder imperialistische Geschichte? Ist Israelkritik völkerrechtlich fundiert oder einfach nur antisemitisch? Rettet die Europäische Zentralbank die Konjunktur oder enteignet sie die Sparer – oder ist es inzwischen wieder umgekehrt? Über alles das wird geforscht und gestritten. Nicht auf alles gibt es deshalb konsentierte Antworten. Zu allem gäbe es Fußnoten, die oft konträre Aussagen belegen könnten und auf die ich zumindest in der Einleitung verzichte. Ich werde im Laufe dieses Beitrags drei Beispiele aus meiner eigenen, deutlich weniger brisanten Forschung ergänzen.

II. Was ist …?

Zunächst aber verlangt die Suggestivfrage, die mein Thema bildet, nach einigen begrifflichen Klärungen: Was ist zeithistorische Forschung? Was ist Recht? Was ist deutsch? Was sind rechtliche Hindernisse?

1. … zeithistorische Forschung?

Was also ist zeithistorische Forschung? Was das Historische im Zeithistorischen angeht, so sind den beteiligten Disziplinen keine Grenzen gesetzt. Erlaubt ist, was verbindet: Politikgeschichte, Sozialgeschichte, Wirtschaftsgeschichte, Kulturgeschichte und allerlei mehr Geschichte und natürlich

* Erweiterte Schriftfassung der Max Planck Lecture in Legal History and Legal Theory vom 17. Januar 2023. Die Vortragsform wurde beibehalten. Dem Institut sei für die Einladung, dem Publikum für die Diskussionsbeiträge, die ich im Text vielfach aufgreife, herzlich gedankt.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Rechtsgeschichte. Viel schwieriger ist das Zeitliche im Zeithistorischen zu definieren. Es gibt keinen Konsens darüber, wann Zeitgeschichte anfängt und wann sie aufhört.[1] Vor mehr als einem halben Jahrhundert fragte die New Yorker Historikerin Barbara Tuchman: »Should – or perhaps can – history be written while it is still smoking?«[2] Die Frage war nicht einmal suggestiv, sondern nur rhetorisch gemeint, denn diese Art von Geschichte wurde und wird geschrieben, wenngleich Tuchman selbst sich dazu außerstande erklärte. Zeitgeschichte ist das, was noch qualmt, und weil es keinen Rauch ohne Feuer gibt, ist Zeitgeschichte das, was noch brennt. Und was brennt, hat nichts damit zu tun, wie lange es schon brennt, wenn es nur heute noch brennt oder heute wieder brennt. Wenn etwa Kolumbus kein gefeierter Held mehr ist, sondern Symbol eines mörderischen Kolonialismus,[3] dann kann ein Vorgang, der mehr als fünfhundert Jahre zurückliegt, zur Zeitgeschichte gehören, und zwar nicht deshalb, weil er in der nahen Gegenwart geschehen wäre, sondern weil er heute neu historisiert wird, und zwar deshalb heute neu historisiert wird, weil die Auswirkungen dieses mehr als fünfhundert Jahre alten Vorgangs heute besonders kritisch wahrgenommen werden. Es geht also um die Verknüpfung von gestern und heute, weshalb das »gestern« buchstäblich gestern gewesen sein kann oder das »gestern« sogar heute ist, das »gestern« aber auch schon seit einigen Jahrzehnten oder gar Jahrhunderten vergangen sein kann.

Solche Betrachtungen sind natürlich nicht sehr trennscharf. Vor allem müssen sie für jeden Vorgang, jede Region der Welt, jede Verflechtung oder zumindest jedes Land gesondert angestellt werden, je nachdem, was Untersuchungsgegenstand ist.[4] Da die Suggestivfrage, die meinem Beitrag zugrunde liegt, auf das deutsche Recht zielt, sollte ich die Frage, wann die Zeitgeschichte anfängt, wenigstens für Deutschland beantworten. Zumindest muss ich beantworten, welche Quellen aus welchen Zeiten, die irgendwie Deutschland betreffen, ich in den Blick nehme. Schaut man etwa auf die Geschichte der Berliner Republik, dann gehören darauf bezogene Forschungen unbestritten zur Zeitgeschichte. Aber die Berliner Republik gäbe es nicht ohne die Bonner Republik, die Bonner Republik nicht ohne die NS-Zeit, die NS-Zeit nicht ohne das Scheitern der Weimarer Republik, die Weimarer Republik nicht ohne den Untergang des wilhelminischen Kaiserreichs, das wilhelminische Kaiserreich nicht ohne den Norddeutschen Bund, den Norddeutschen Bund nicht ohne die Spaltung des Deutschen Bundes, den Deutschen Bund nicht ohne den Untergang des Alten Reichs und das Alte Reich nicht ohne … – ja, was eigentlich? Irgendwann ist man beim Urknall, falls es den gibt. Das kann es auch nicht sein.

Mein Vorschlag ist, die deutsche Geschichte als Zeitgeschichte bis zur Revolution von 1848/49 zurückzuverfolgen. Nun ist es nicht besonders originell, eine Revolution als Zäsur anzusehen, zumal angesichts eines Jubiläums.[5] Aber eine gescheiterte Revolution? Eine Revolution, bei der man nicht schon im Erleben denkt, »und ihr könnt sagen, ihr seyd dabey gewesen«?[6] Eine Revolution, durch die sich auf den ersten Blick nicht viel geändert hat? Die Frage ist, was sich hätte ändern können. Damals hätte ein ganz anderer Pfad beschritten werden können, als er beschritten wurde. Natürlich darf man es mit solchen kontrafaktischen Spekulationen nicht übertreiben.[7] Aber es ist doch ein bekanntes Phänomen: Hinterher weiß man, dass es irgendwann einmal ein kleines Zeitfenster gab, um etwas zu tun, das man hätte tun

1 Zu Periodisierungen in der Geschichtswissenschaft Metzler (2004) 27 ff.; Möller (2003) 22 ff.; für die juristische Zeitgeschichte Klippel (1985) 39; für die »gegenwartsnahe Zeitgeschichte« Doering-Manteuffel / Raphael (2012) 25 ff.

2 Tuchman (1964).

3 Zu der nicht erst seit 1992 geführten Debatte Loock (2014) 23 ff.; Shohat / Stam (2014) 61 ff.

4 In diesem Sinne bereits Klippel (1985) 39 unter Hinweis auf die damalige zeithistorische Forschung.

5 Aus der aktuellen Jubiläumsliteratur siehe nur Bleyer (2022); Bong (2022); Hachtmann (2022).

6 Wie bekanntlich rückblickend behauptet von Goethe (1822) 112.

7 Zum Konzept der Kontrafaktischen Geschichte Jordan (2021) 17 f.; für einen gelungenen Versuch die ab 9. Dezember 2022 im Deutschen Historischen Museum gezeigte Ausstellung, hierzu Backhaus et al. (Hg.) (2023).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

sollen, und alles wäre anders gekommen. Man weiß es, wenn es zu spät ist. Ich meine also, dass geschlossene Zeitfenster dazu taugen, um eine Zeitenwende zu definieren. Das wusste ich übrigens schon vor Olaf Scholz.[8]

2. … deutsches Recht?

Was ist nun also Recht und was ist deutsches Recht? Was Recht ist, kann uns für unseren Untersuchungszeitraum nicht allzu sehr überraschen. Es geht um menschengemachte Normen, die verbindlich und durchsetzbar sind.[9] Aus dem Rechtsbegriff ergeben sich notwendig Abgrenzungen, nämlich einerseits zum Unrecht und dessen rechtsförmiger Einkleidung, andererseits zu ethischen Normen, die nicht verbindlich und nicht durchsetzbar sind, zuletzt die Abgrenzung zu eher pragmatischen Fragen. Diese Grenzen sind erwartungsgemäß fließend, ich komme darauf zurück.[10]

Was »deutsch« ist, betrifft ganz einfach Quellen, die deutschem Recht unterliegen. Es geht also um das, was in deutschen Archiven überliefert und deshalb hinsichtlich Zugang und Verwertung nach deutschem Recht zu beurteilen ist. Dies ist nur scheinbar provinziell gedacht. Denn da etwa die deutsche Wirtschaft bereits im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts global verflochten war[11] und gerade diese Zeit Teile des immer noch geltenden Rechts prägte,[12] öffnet sich etwa der Blick in die deutsche Kolonialgeschichte.[13] Wenn ich das Recht anderer Länder hier außer Betracht lasse, können wir uns damit trösten, dass das deutsche Recht komplex genug ist.

III. Zugang und Verwertung zeithistorischer Quellen als Rechtsproblem

Damit bin ich nach fünf Spalten Vorspann endlich beim eigentlichen Thema: Was sind rechtliche Hindernisse? Wie jede historische Forschung, so beruht auch zeithistorische Forschung auf zwei Grundvoraussetzungen: erstens auf dem Zugang zu den Quellen, zweitens auf der Möglichkeit zur Publikation aus den Quellen.[14] Für die Zeitgeschichte stellen sich diese beiden Grundvoraussetzungen aber ganz anders dar als etwa für die Mediävistik. Für das Mittelalter ist man froh, wenn überhaupt Quellen überliefert sind. Sind Quellen überliefert, sind sie aus rechtlicher Sicht zumeist auch zugänglich. Auch deren Auswertung ist – Sprach- und Handschriftenkenntnis unterstellt – allenfalls ein technisches Problem, etwa bei der aufwändigen Edition einer mittelalterlichen Bilderhandschrift. In der Zeitgeschichte gibt es eher zu viele Quellen. Sie einzusehen und publizistisch auszuwerten ist dagegen mit allerlei rechtlichen Schranken konfrontiert.[15]

1. Kantianische Archivrechtskunde

Der Zugang zu den Quellen richtet sich primär nach dem staatlichen Archivrecht. Die groben Linien des deutschen Archivrechts sind in Bund und Ländern weitgehend gleich.[16] Ich stütze mich im Folgenden exemplarisch auf das vor wenigen Jahren novellierte Bundesarchivgesetz.[17]

Zum neuen Bundesarchivgesetz gibt es einen einzigen Kommentar, der aber erstens umfassend, zweitens kritisch und drittens aktuell ist.[18] Vor

8 Da der diesem Beitrag zugrunde liegende Vortrag, der aus persönlichen bzw. pandemischen Gründen zweimal verschoben werden musste, bereits am 3. November 2021 hätte stattfinden sollen und das Manuskript in seiner ersten Fassung zu diesem Zeitpunkt abgeschlossen war. Die »Zeitenwende«-Rede von Scholz ist dokumentiert im Plenarprotokoll 20/19 des Deutschen Bundestags vom 27. Februar 2022, 1350–1355.

9 Zum voluntaristischen Rechtsbegriff, der seit Mitte des 19. Jahrhunderts durchgesetzt und nach der NS-Zeit modifiziert wiederaufgenommen wurde: Schröder (2020), Bd. 1, 285 ff.; Bd. 2, 117 f.

10 Unten IV.

11 Torp (2005) 51 ff.; Torp (2022) 171 ff.

12 Vgl. nur die Kapitel D.–O. bei Schmoeckel / Maetschke (2016).

13 Feichtner (2022) 189 ff.

14 So banal dies ist, bin ich dankbar für einen Lehrbuchbeleg: Jordan (2021) 21.

15 Grundlegend bereits die Beiträge in: Institut für Zeitgeschichte (1978).

16 Die Archivgesetze und -benutzungsordnungen aus Bund und Ländern sind abgedruckt bei Partsch (2021).

17 Gesetz über die Nutzung und Sicherung von Archivgut des Bundes (Bundesarchivgesetz – BArchG) vom 10. März 2017, BGBl. I, 410.

18 Partsch (2021).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

allem spannt der Kommentar einen weiten Bogen. So beginnt er sein Vorwort mit einem Paukenschlag: »Alle auf das Recht anderer Menschen bezogene Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, sind unrecht.«[19] Der Kommentator, ein Berliner Rechtsanwalt, zitiert hier aus Immanuel Kants Schrift »Zum Ewigen Frieden« von 1795, und zwar zitiert er die von Kant so bezeichnete »*transcendentale Formel* des öffentlichen Rechts«. Kant begründete dieses ebenso »ethisch[e]« wie »juridisch[e]« »Princip« wie folgt:

»[E]ine Maxime, die ich nicht darf *laut werden* lassen, ohne dadurch meine eigene Absicht zugleich zu vereiteln, die durchaus *verheimlicht* werden muß, wenn sie gelingen soll, und zu der ich mich nicht *öffentlich bekennen* kann, ohne daß dadurch unausbleiblich der Widerstand Aller gegen meinen Vorsatz gereizt werde, kann diese nothwendige und allgemeine, mithin a priori einzusehende, Gegenbearbeitung Aller gegen mich nirgend wovon anders, als von der Ungerechtigkeit her haben, womit sie jedermann bedroht.«[20]

Diese gelehrte Definition von Unrecht und Ungerechtigkeit veranlasst nun den modernen Kommentator des Bundesarchivgesetzes zu einem kühnen Schluss: »Deutschland hat bis heute nicht die Vorstellungen erreicht, die die Aufklärung im 18. und 19. Jahrhundert an die Publizität öffentlichen Handels gestellt hat.«[21]

Das ist wahrlich ein ernüchternder Befund. Anspruch und Wirklichkeit klaffen offenbar weit auseinander. Dabei klingt der oberste Grundsatz des Bundesarchivgesetzes erst einmal gut: »Jeder Person steht nach Maßgabe dieses Gesetzes auf Antrag das Recht zu, Archivgut des Bundes zu nutzen.«[22] Also Nutzung für jedermann, aber: nach Maßgabe dieses Gesetzes.

Zentrales Zugangskriterium des Gesetzes sind die archivrechtlichen Schutzfristen, die einerseits klar, andererseits starr und aus Nutzersicht überaus lang sind.[23] Sogenannte Sachakten erhält man, wenn der darin behandelte Vorgang mindestens 30 Jahre zurückliegt. Diese 30-Jahresfrist gilt grundsätzlich auch für personenbezogene Akten. Hierzu muss ein Vorgang also gleichfalls mindestens 30 Jahre zurückliegen.[24] Hinzu kommen muss aber, dass die betroffenen Personen entweder seit mindestens zehn Jahren tot sind oder (wenn man das nicht weiß) vor mindestens 100 Jahren geboren sind oder (wenn man das nicht weiß oder besondere Schutzvorschriften existieren) der Vorgang mindestens 60 Jahre zurückliegt.[25]

Die hierbei zugrunde gelegte Abgrenzung zwischen Sachakten und personenbezogenen Akten klingt einfacher, als sie tatsächlich ist.[26] Typische Sachakten findet man in jeder Behörde. Aus rechtshistorischer Sicht ist hier besonders an Gesetzgebungsmaterialien zu denken. Da Gesetze allgemein und nicht für den Einzelfall gelten, jedenfalls wenn es um Grundrechtseingriffe geht, beziehen sich Gesetzgebungsmaterialien nicht auf individuelle Personen. Anders ist es mit Gerichts- und Verwaltungsakten. Diese betreffen regelmäßig Verfahren, an denen individuelle Personen als Parteien, Antragsteller oder Adressaten beteiligt sind. Die personenbezogenen Schutzfristen gelten also nicht nur bei den eigentlichen Personalakten, die es natürlich auch gibt. Daneben gelten Schutzfristen, die am Gegenstand der Akte anknüpfen, insbesondere Geheimhaltungsvorschriften. Für geheime Vorgänge beträgt die Schutzfrist 60 Jahre.[27]

2. *Ein Beispiel*

Ich möchte an einem Beispiel etwas ausführlicher illustrieren, wie diese Vorschriften zusammenwirken. Dabei beziehe ich mich auf einen eigenen Beitrag, der sich mit der Rechtsprechung des frühen Bundesgerichtshofs beschäftigt.[28] Seit 1956 hatte der IV. Zivilsenat in etwa 60 Fällen über Entschädigungen zu befinden, die von deutschen Sinti beansprucht wurden. Dass es ›nur‹ 60 Fälle waren, hatte viele Gründe. Ursprünglich ging es um 2500 Personen, die aufgrund eines Erlasses von Heinrich Himmler 1940 in Konzentrationslager deportiert worden waren. Wie viele von ihnen

19 Partsch (2021) 6.
20 Kant (1795) 93 f., Hervorhebungen im Original.
21 Partsch (2021) 6. Im Weiteren zitiert Partsch (2021) 34 f., 305–310 umfangreich aus dem Artikel »Oeffentlichkeit« von Welker (1841) und verweist auf die Darstellung zur Öffnung der Archive in Frankreich und die entsprechenden Hardenbergschen Reformbemühungen von Manegold (2002) 23–32.
22 § 10 Abs. 1 Satz 1 BArchG.
23 Kritisch deshalb Partsch (2021) § 11 Rn. 8 ff., 20 ff.
24 § 11 Abs. 1 BArchG.
25 § 11 Abs. 2 BArchG.
26 Partsch (2021) § 11 Rn. 6.
27 § 11 Abs. 3 BArchG.
28 Zum Folgenden, soweit nicht anders gekennzeichnet, mit allen Nachweisen Thiessen (2022).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Deportation und Haft nicht überstanden, ist nicht bekannt. Die Wiedergutmachungsämter hatten lediglich 300 Fälle zu entscheiden. Nur wenige der Opfer hatten die Mittel oder auch nur die Kraft, ihre Fälle bis vor die letzte Instanz zu bringen. Vielleicht waren viele der Opfer auch abgeschreckt. Denn der Bundesgerichtshof urteilte seit seiner ersten Entscheidung, dass den Deportierten keine Entschädigung zustehe.

Die Begründung ist nicht nur aus heutiger Sicht unbegreiflich. Der Bundesgerichtshof meinte, die betroffenen Personen seien nicht etwa aus rassistischen Gründen verfolgt worden. Vielmehr sei es seit Jahrhunderten bekannt, dass dieser Personenkreis – ich vermeide das Z-Wort – zur Kriminalität neige. Folglich habe Himmler die Deportationen nur aus Gründen polizeilicher Kriminalprävention angeordnet. Erst 1963 erkannte der Bundesgerichtshof die rassistische Verfolgung der Sinti an. Lange Zeit hat in der Öffentlichkeit kaum jemand diese Fälle wahrgenommen. Erst vor wenigen Jahren hat der Bundesgerichtshof unter seiner gegenwärtigen Präsidentin sich mit dieser Vergangenheit beschäftigt und eine symbolische Entschuldigung ausgesprochen. In der (rechts-)historischen Forschung wie in der Vergangenheitspolitik des Bundesgerichtshofs wurde vor allem die Frage gestellt, wie kaum belastete Richter, die zum Teil selbst vom NS-Regime verfolgt waren, die rassistischen Ziele der Nationalsozialisten bestätigen konnten. Dabei wurden auch die Personalakten der Richter ausgewertet.

Unbeachtet blieben bislang die Verfahrensakten des Bundesgerichtshofs. Diese sogenannten Senatshefte werden seit einigen Jahren nach und nach vom Bundesgerichtshof an das Bundesarchiv in Koblenz abgegeben. Dort sind sie allerdings bislang weder umfassend erschlossen noch bewertet worden. Das heißt: Diese Akten findet man nicht in der Archivdatenbank, sondern nur auf besondere Nachfrage, die manchmal erfolglos bleibt, sei es, weil eine Akte nicht überliefert ist, sei es, dass sie nicht verzeichnet ist. Eine Ausnahme gilt für Akten, die bereits benutzt worden sind. Immerhin ist der Bestand Bundesgerichtshof seit Jahren prominent auf der Startseite der Archivdatenbank des Bundesarchivs abgebildet.[29]

Damit komme ich zu den rechtlichen Hindernissen, mit denen die zeithistorische Forschung konfrontiert ist. Der erste Fall datiert von 1955, der letzte von 1972.[30] Seitdem sind viel mehr als 30 Jahre vergangen. Die allgemeine Schutzfrist ist also längst abgelaufen. Das nützt aber nichts. Denn nicht die allgemeine 30-Jahresfrist ist einschlägig, sondern die besondere 60-Jahresfrist. Das ist erklärungsbedürftig. Zunächst einmal kommt es nicht allein darauf an, welcher Vorgang in den Akten behandelt wird und von wann dieser Vorgang datiert. Deportationen und Inhaftierungen erfolgten zwischen 1940 und 1945. Entschädigungsanträge wurden vor allem in den 1950er Jahren gestellt. Seither sind natürlich mehr als 60 Jahre vergangen, aber das genügt nicht. Maßgeblich sind außerdem – wie gesehen – die Geburts- und Sterbedaten der betroffenen Personen. Maßgeblich ist zuletzt das Datum, zu welchem die Akte geschlossen worden ist, oder wie das Bundesarchivgesetz sagt: »der Zeitpunkt der letzten inhaltlichen Bearbeitung der Unterlagen eines Vorgangs«.[31] Bei Gerichtsakten ist dies regelmäßig das Datum, zu welchem das letzte Urteil oder der letzte Beschluss in dieser Sache ergangen ist.[32]

Nun leben wir heute in einer Zeit, da die letzten Zeitzeugen der NS-Herrschaft uns verlassen. Deportiert wurden ganze Familien einschließlich sehr kleiner Kinder. Diese können also noch leben oder sind vielleicht nicht länger als zehn Jahre tot, noch sind sie vor mehr als 100 Jahren geboren worden. Viele der Opfer waren freilich schon erwachsen, als sie deportiert wurden, und sind längst verstorben. Nur: vielfach weiß man das nicht. Natürlich haben die Antragsteller ihr Geburtsdatum angegeben. Und natürlich haben die Erben, wenn sie anstelle der Opfer prozessiert haben, deren Sterbedaten angegeben. Übrigens kommt es dann zusätzlich

29 https://invenio.bundesarchiv.de/, zuletzt abgerufen am 29. März 2023.

30 BGH, Urteil vom 30. April 1955 – IV ZR 288/54 – BeckRS 2015, 19231, Bundesarchiv Koblenz, B 283/48610; BGH, Urteil vom 27. April 1972 – IX ZR 45/70 – BeckRS 1972, 31207478, Bundesarchiv Koblenz, B 283/118229.

31 § 1 Nr. 5 BArchG.

32 Allgemein zum Kriterium der letzten inhaltlichen Bearbeitung Partsch (2021) § 1 Rn. 20.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

auf die Lebensdaten der Erben an. Helfen können hier zwar die Entschädigungsakten der Wiedergutmachungsämter.[33] Doch befinden sich diese Akten nur zum Teil im Bundesarchiv, jedenfalls aber nicht bei der Überlieferung des Bundesgerichtshofs. Der Bundesgerichtshof schickt die Akten der Vorinstanzen an das jeweilige Vorgericht zurück. Die Behördenakten sind zudem nicht Bestandteil der Gerichtsakten. Im Bundesgerichtshof und damit auch im Bundesarchiv verbleiben nur die Schriftstücke, die unmittelbar den Bundesgerichtshof betreffen, insbesondere also Revisionsschriften, Revisionsbegründungen, Revisionserwiderungen, Entscheidungsentwürfe sowie die Reinschrift der Entscheidung. Immerhin. Aber dort fehlen häufig Angaben zu Alter und Tod der Beteiligten. Und dann gilt eine 60-Jahresfrist seit dem Zeitpunkt, da die Entscheidung ergangen ist bzw. die Akte geschlossen wurde. Rechnen kann jeder selbst: Als ich für den genannten Beitrag recherchiert habe, musste ich wegen der 60-Jahresfrist bis zum Anfang der 1960er Jahre zurückgehen. Was davor liegt, durfte ich sehen. Was danach liegt, durfte ich nicht sehen, jedenfalls nicht ohne Weiteres.

3. *Insbesondere das Beratungsgeheimnis*

Eine 60-Jahresfrist gilt aber noch aus einem anderen Grund. Wie eben erwähnt, enthalten die Akten idealerweise den Entscheidungsentwurf, also das Votum, und die Reinschrift der Entscheidung. Viele Akten des Bundesgerichtshofs enthalten keine Voten mehr, darauf komme ich noch zurück. Aber alle Akten enthalten die Reinschrift. Und die Reinschrift offenbart mehr, als dem Bundesgerichtshof und damit dem Bundesarchiv lieb ist. Bei der Reinschrift handelt es sich in der Regel um eine mutmaßlich letzte maschinenschriftliche Fassung der Entscheidung – eine mutmaßlich letzte Fassung deshalb, weil in allerletzter Minute handschriftliche Änderungen vorgenommen werden, bevor es die allerletzte Fassung gibt. Selbst wenn das Votum nicht mehr in der Akte ist, kann man anhand dieser handschriftlichen Änderungen manche der Überlegungen erkennen, welche die Richter auf dem Weg zur Entscheidung angestellt haben. Es ist aber nicht gewollt, dass Außenstehende erfahren, welche Überlegungen die Richter auf dem Weg zur Entscheidung angestellt haben. Man nennt das »Beratungsgeheimnis«.

Schauen wir in § 43 des Deutschen Richtergesetzes: »Der Richter hat über den Hergang bei der Beratung und Abstimmung auch nach Beendigung seines Dienstverhältnisses zu schweigen.« Nun geht es hier nicht um Richter und deren Dienstverhältnis, sondern um Akten, die von ebenjenen Richtern geführt wurden. Muss der Richter schweigen, muss auch die Akte schweigen – das klingt logisch. Aber ist es auch rechtmäßig? Ja, das ist leider so; ich musste mich hier über die Länge der Frist vom Bundesarchiv belehren lassen. Denn nach § 11 Abs. 3 des Bundesarchivgesetzes darf »Archivgut des Bundes, das aus Unterlagen besteht, die der Geheimhaltungspflicht nach § 6 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 4 unterliegen, […] erst 60 Jahre nach seiner Entstehung genutzt werden«. Und was unterliegt »der Geheimhaltungspflicht nach § 6 Absatz 1 Satz 1 und Absatz 4« des Bundesarchivgesetzes? Das sind »Unterlagen, die den Rechtsvorschriften des Bundes über die Geheimhaltung oder dem Steuergeheimnis nach § 30 der Abgabenordnung unterliegen oder Angaben über Verhältnisse eines anderen oder fremde Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthalten«. Hierzu sagt der Regierungsentwurf zur Novelle des Bundesarchivgesetzes: »Von der Regelung erfasst ist zudem das aus der verfassungsrechtlich garantierten Unabhängigkeit des Richters nach Artikel 97 Absatz 1 GG folgende richterliche Beratungsgeheimnis.«[34] Das Bundesarchiv darf diese 60-Jahresfrist nur abkürzen, »wenn dies im öffentlichen Interesse liegt«, aber nur mit Einwilligung der Institution, aus der die Akten stammen.[35] Über sein Beratungsgeheimnis entscheidet also der Bundesgerichtshof selbst.

Viele zeithistorisch relevante Quellen sind nach diesen Maßstäben zugänglich. Viele sind es jedoch nicht ohne Weiteres. Vom Zugang grundsätzlich ausgeschlossen sind nahezu alle Quellen, welche die Berliner Republik betreffen. Vom Zugang

33 ARK-Bund-Länder-Arbeitsgruppe »Wiedergutmachung« (2010). Leicht zugänglich ist etwa die Wiedergutmachungs-Datenbank im Landesarchiv Berlin, wga-datenbank.de/, zuletzt abgerufen am 29. März 2023.

34 Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Bundesarchivsrechts, BT-Drucks. 18/9633, 57.

35 § 12 Abs. 3, 4 Satz 1 BArchG.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

grundsätzlich ausgeschlossen sind aber auch nahezu alle Gerichtsakten, welche die letzten drei Jahrzehnte der Bonner Republik betreffen. Heißt das jetzt, dass uns für die zeithistorische Forschung nur die prüde-piefigen 50er Jahre offenstehen?

4. *Was schützt wen vor was?*

a) Interessante Interessen

Ehe den Lesern jetzt von diesem Zahlenchaos der Kopf schwirrt, sei gefragt, wen oder was die Schutzfristen eigentlich schützen wollen. Es geht also um eine teleologische Auslegung, wobei wir es hier mit einem Fall von kodifizierter Interessenjurisprudenz zu tun haben. Das Bundesarchivgesetz schützt nämlich allerlei Interessen, die zum Teil auch »Belange« genannt werden. Ich zähle sie entlang der Legalordnung auf.

Archivwürdig sind unter anderem Unterlagen »für die Sicherung berechtigter Interessen der Bürger und Bürgerinnen«.[36] »Die Nutzung kann zum Schutz öffentlicher Belange und zur Wahrung schutzwürdiger Interessen Betroffener mit Auflagen verbunden oder unter dem Vorbehalt des Widerrufs genehmigt werden.«[37] Personenbezogene Schutzfristen können verkürzt werden, wenn »die Nutzung für ein wissenschaftliches Forschungs- oder Dokumentationsvorhaben oder zur Wahrnehmung berechtigter Belange unerlässlich ist, die im überwiegenden Interesse einer anderen Person oder Stelle liegen«.[38] Die Geheimhaltungsschutzfrist kann verkürzt oder verlängert werden, »wenn dies im öffentlichen Interesse liegt«.[39] Die Nutzung kann eingeschränkt oder versagt werden, wenn mutmaßlich »durch die Nutzung das Wohl der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder gefährdet würde«, wenn »der Nutzung schutzwürdige Interessen Betroffener oder ihrer Angehörigen entgegenstehen«, wenn »durch die Nutzung Rechtsvorschriften des Bundes über die Geheimhaltung verletzt würden« oder bei Unterlagen, die etwa der ärztlichen oder anwaltlichen Schweigepflicht »unterlagen« – Imperfekt –, »soweit dies zur Wahrung schutzwürdiger Interessen Betroffener erforderlich ist«.[40] Diese Aufzählung ist nicht ganz, aber doch fast vollständig.

Das Archiv muss also häufig Interessen gegeneinander abwägen, insbesondere öffentliche, private oder wissenschaftliche Interessen an der Nutzung der Unterlagen gegen öffentliche Geheimhaltungsinteressen oder schutzwürdige private Interessen.[41] Öffentliche Geheimhaltungsinteressen habe ich bereits erwähnt. Berechtigte private Interessen betreffen etwa Unterlagen, die zur privaten Rechtsverfolgung dienen, also zum Beispiel Gerichtsentscheidungen, die unverjährte Ansprüche titulieren, oder Beweismittel.[42] Was »schutzwürdige private Interessen« sind, wird am besten deutlich, wenn man die wichtigste Ausnahme von den personenbezogenen Schutzfristen betrachtet: »Die [personenbezogenen] Schutzfristen […] sind nicht auf Archivgut des Bundes anzuwenden, das sich auf Amtsträger in Ausübung ihrer Ämter und auf Personen der Zeitgeschichte bezieht, es sei denn ihr schutzwürdiger privater Lebensbereich ist betroffen.« Persönliche Informationen über Amtsträger und Personen der Zeitgeschichte sind also unabhängig von den Lebensdaten der Betroffenen zugänglich. Eine Rückausnahme besteht, wenn der »schutzwürdige private Lebensbereich« der Amtsträger oder Personen der Zeitgeschichte betroffen ist, wenn also die Privatsphäre so sehr berührt ist, dass das Informationsinteresse an amtlicher Tätigkeit oder dem Wirken von Personen der Zeitgeschichte dahinter zurücktreten muss.

Abzuwägen sind also das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegen das Informationsinteresse, das vor allem die Presse und die Wissenschaft artikulieren.[43] Denn dies sind die wichtigsten Nutzer von Archivgut. Private Nutzer recherchieren häufig nur Unterlagen, die sie selbst oder ihre verstorbenen Angehörigen betreffen. Recherchiert oder forscht man also etwa über Entscheidungsträger in Politik, Wirtschaft oder Justiz, hat man gute Chancen, Zugang zu den Akten zu erhalten, auch wenn die Schutzfristen noch nicht abgelaufen sind. Berührt man hingegen den schutzwürdigen privaten Lebensbereich der ›Zielperson‹, wie

36 § 1 Nr. 11 a bb BArchG.
37 § 10 Abs. 2 BArchG.
38 § 12 Abs. 2 Nr. 1 BArchG.
39 § 12 Abs. 3 BArchG, dazu bereits oben bei Fn. 35.
40 § 13 Abs. 1, 3 BArchG.
41 Vgl. Partsch (2021) § 10 Rn. 1, § 11 Rn. 1.
42 Zur Behebung einer Beweisnot Partsch (2021) § 12 Rn. 13.
43 Partsch (2021) § 11 Rn. 23–28; § 12 Rn. 1.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

ich sie hier nennen will, so muss man im Gesetz weiterlesen.

Wie auch sonst zur Schutzfristverkürzung ist es möglich, die Zielperson oder deren Angehörige um Einwilligung zu bitten, dass die privaten Informationen eingesehen und verwendet werden dürfen.[44] Dies mag Aussicht auf Erfolg haben oder auch nicht. Erhält man keine Einwilligung, muss man dem Archiv vortragen, dass »die Nutzung für ein wissenschaftliches Forschungs- oder Dokumentationsvorhaben […] unerlässlich ist« und sich darauf einlassen, dass »eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange Betroffener oder ihrer Angehörigen durch angemessene Maßnahmen wie die Vorlage anonymisierter Reproduktionen oder das Einholen von Verpflichtungserklärungen ausgeschlossen« wird.[45] Geht es um einen historischen Vorgang, kann die Anonymisierung helfen. Geht es hingegen um historische Akteure, ist eine Forschung mit anonymisierten Quellen praktisch unmöglich. Erhält man in einem solchen Fall dann doch unanonymisierte Quellen, heißt dies nicht, dass man daraus auch unanonymisiert publizieren darf. Die staatlichen Archive lassen den Nutzer unterschreiben, dass er das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Personen wahrt und widrigenfalls das Archiv von Schadensersatzansprüchen bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen freistellt. Es ist also die Risikobereitschaft des Archivs und des Autors, die darüber entscheidet, wie eingeschränkt oder uneingeschränkt Quellen eingesehen und publiziert werden können.

Geht es um Personen, so ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht die entscheidende rechtliche Hürde für Recherche, Forschung und Publikation. Das Persönlichkeitsrecht erlischt zwar mit dem Tod der Person, doch werden die ideellen Bestandteile der Persönlichkeit über den Tod hinaus geschützt.[46] Für das postmortale Persönlichkeitsrecht gibt es keine festen Grenzen. Die archivrechtlichen Schutzfristen geben eine Orientierung, ebenso die Fortdauer des Urheberpersönlichkeitsrechts 70 Jahre nach dem Tod.[47] Im Übrigen gilt, was ich über den zeitlichen Rahmen der Zeitgeschichte gesagt habe: Es kommt darauf an, ob Person und Vorgang heute noch die Gemüter bewegen, so als sei die Person noch am Leben. Ein besonders prominenter Fall betrifft eine Psychiatrie-Akte über den Schauspieler Klaus Kinski von 1950. Das Landesarchiv Berlin gab diese Akte im Jahr 2008, 18 Jahre nach Kinskis Tod, für die Forschung frei. Angehörige von Klaus Kinski prozessierten dagegen und erreichten im Vergleichsweg, dass die Akte nur mit Zustimmung von Kinskis Sohn genutzt werden darf.[48] Fälle wie dieser erschüttern Archive und Journalisten ähnlich, wie es bei Hohenzollern und Historikern zu sehen war. Dazu sogleich.[49]

b) Geheime Justizräte

Bleiben wir aber noch einen Moment bei den Gerichtsakten aus meinem oben genannten Beispiel.[50] Das Beratungsgeheimnis soll die »innere Unabhängigkeit des Richters« sichern.[51] Welchem Zweck aber dient das Beratungsgeheimnis, wenn der Fall, über den geheim beraten wurde, rechtskräftig entschieden ist? Die vergangene Entscheidung kann nicht mehr beeinflusst werden, und wenn sie nicht beeinflusst wurde, dann wurde sie auch unabhängig getroffen. Wo also ist das Problem? Das Problem ist: Richter könnten mit einer Schere im Kopf entscheiden, wenn sie damit rechnen müssen, dass ihre Auffassung und ihr Abstimmungsverhalten öffentlich bekannt werden. Es gibt ja nicht allzu viele Leute, die öffentlich dasselbe sagen wie im Verborgenen. Sondervoten gibt es nur beim Bundesverfassungsgericht.[52] Richter denken zudem an Beurteilungen und Beförderungen, vielleicht auch an persönliche Bedrohung, weil richterliche Entscheidungen den Betroffenen ja nicht immer willkommen sind. Da ist es sicherer, im Kollektiv des Spruchkörpers unsichtbar zu bleiben.[53] In der Regel erfährt man nicht einmal, wer den Fall als Berichterstatter betreut, wer also die Entscheidung entworfen hat, und das, obwohl

44 § 12 Abs. 2 Satz 1 BArchG.
45 § 12 Abs. 2 Satz 2 BArchG.
46 Specht-Riemenschneider (2023) § 823 Rn. 1177 f.
47 Specht-Riemenschneider (2023) § 823 Rn. 1181.
48 Frankfurter Rundschau vom 30. April 2009, 47.
49 Unten III. 7.
50 Oben bei Fn. 28.
51 Staats (2012) § 43 Rn. 12.
52 § 30 Abs. 2 BVerfGG; hierzu Klatt (2023) 96 ff.
53 Insoweit kritisch Schmidt-Räntsch (2009) § 43 Rn. 4.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

umstritten ist, ob vorbereitende Voten überhaupt dem Beratungsgeheimnis unterliegen, selbst wenn der Berichterstatter sie über die Geschäftsstelle auf den Weg an seine Kollegen gebracht hat.[54] Eigennützig neige ich hier der publizitätsfreundlichen Auslegung zu: »Was der Richter vor Beginn der Beratung aus der Hand gibt, ist ohnehin faktisch nicht mehr geheim.«[55] Aber ist es nicht doch rechtlich noch geheim?

Das Beratungsgeheimnis hat allerdings noch einen anderen Hintergrund als denjenigen der richterlichen Unabhängigkeit. Die Autorität von gerichtlichen Entscheidungen[56] beruht nach meinem Eindruck zu keinem geringen Teil auf der uneingestandenen Illusion, dass die Richter aus Rechtsgelehrsamkeit, Erfahrung und Weisheit schöpfen, was im Recht bereits vorbestimmt und nur dem Laien nicht zugänglich ist, einer Illusion, die von Ferne an das volksgeistige Richterbild der Historischen Rechtsschule[57] erinnert. Mindestens Laien gegenüber möchte man nicht gern eingestehen, dass das geschriebene Recht die Richter manchmal ziemlich allein dastehen lässt und die sich selbst überlassenen Richter zuweilen improvisieren müssen. Ist der Richterspruch nur Ausdruck des Rechts, begründen Zweifel am Richterspruch zugleich Zweifel am Recht. Deshalb sollen möglichst auch keine richterlichen Selbstzweifel sichtbar werden. Das ›Dogma der Unfehlbarkeit des Richters‹ ist nach meiner Überzeugung der wesentliche Grund, warum Richter nicht möchten, dass man ihnen bei der Herstellung der Entscheidung zu sehr auf die Finger schaut. Es gab einmal einen Senatsvorsitzenden beim Bundesgerichtshof, der las gern, was ich aus den Prozessakten des Reichsgerichts schrieb, fühlte sich aber ausgesprochen unbehaglich bei dem Gedanken, dass ich den Weg zu seinen Entscheidungen ebenso akribisch rekonstruieren könnte. So hielt er den damaligen Präsidenten des BGH an, die Akten frühestens nach 50 Jahren an das Bundesarchiv abzugeben. Überdies mahnte der Senatsvorsitzende seine Kollegen, ihre Entwürfe nicht in den Akten zu lassen. Und er warnte seinen Nachfolger vor mir. Dieser begrüßte mich bei unserer ersten Begegnung mit den Worten: »Ach, Sie sind das!« Ich bin das, der ich gern in den Akten wühle und enthülle, was es nicht geben darf. Der Nachnachfolger des Senatsvorsitzenden wiederum hatte aus familiären Gründen Verständnis für historische Forschung. Er sagte mir, von ihm aus könne ich seine Akten sehen, sobald die Entscheidung rechtskräftig sei. Aber das ist die Ausnahme.

Auch beim Bundesverfassungsgericht findet der Begriff des »Geheimen Justizrats« moderne Inkarnationen. Ein Vizepräsident sagte mir ganz offen, je mehr die Historiker suchen, umso weniger lassen die Richter in den Akten. Und es gibt eine hinreißende Korrespondenz zwischen einem früheren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts und einem Frankfurter Rechtshistoriker, der für den Ständigen Ausschuss des Deutschen Rechtshistorikertags dafür kämpfte, dass die Akten des Bundesverfassungsgerichts endlich über das Bundesarchiv zugänglich gemacht werden, was dem Gericht nicht willkommen war.[58] Nach dem inzwischen geänderten Bundesverfassungsgerichtsgesetz müssen wir auf die Gerichtsakten übrigens auch 30 bis 60 Jahre warten, nicht anders als beim BGH.[59] Für die Korrespondenz des Gerichtspräsidenten gilt das zwar nicht, doch möchte ich hier nicht der Frage nachgehen, ab welcher Schöpfungshöhe Briefe urheberrechtlich geschützt sind.[60]

Die Vorbehalte der Richter gegenüber einer zu frühen Öffnung der Akten illustrieren einen bestimmten Zweck aller Schutzfristen. Der Umstand, dass der Inhalt der Akten wenigstens für gewisse Zeit den Augen der Öffentlichkeit verborgen

54 Dafür Schmidt-Räntsch (2009) § 43 Rn. 5.

55 Staats (2012) § 43 Rn. 5.

56 Sie ist traditionell ein wesentliches Motiv für das Beratungsgeheimnis, Schmidt-Räntsch (2009) § 43 Rn. 4.

57 Ogorek (1986) 171 ff.; Haferkamp (2004) 150 ff., 176 ff.; Haferkamp (2018) 284 ff.; zur Fortentwicklung nach 1900 Schröder (2020) 309 ff.

58 Mir zur Kenntnis gelangt als Mitglied des Ständigen Ausschusses des Deutschen Rechtshistorikertags zwischen 2016 und 2022 aus den Akten des Ständigen Ausschusses. Anlass war eine Resolution des 38. Deutschen Rechtshistorikertags in Münster, die wiederum auf die Berichterstattung der Frankfurter Allgemeinen Zeitung Bezug nahm, dazu Otto (2010a); Otto (2010b).

59 § 35b Abs. 5 BVerfGG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes vom 29. August 2013, BGBl. I, 3463. Einen Unterschied zum BGH sieht Pawelletz (2021) 151 darin, dass die Fristen gemäß § 35b Abs. 5 BVerfGG nicht gemäß § 12 Abs. 1 und 3 BArchG verkürzbar seien. Doch verweist § 35b Abs. 5 BVerfGG auf die »archivgesetzlichen Regelungen«, also auch auf § 12 Abs. 1 und 3 BArchG. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/13469, 3. Anders war dies nach §§ 5 Abs. 3 Satz 1, 2 Abs. 4 Nr. 2 BArchG a. F., dazu Meinel / Kram (2003) 917.

60 Zu Briefen von Friedrich Nietzsche RG, Urteil vom 7. November 1908 – I 638/07 – RGZ 69, 401, 404 f.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

bleibt, fördert die Bereitschaft von Behörden und Gerichten, überhaupt relevante Inhalte in den Akten zu belassen, bevor diese abgegeben werden.[61] Angesichts steigender Lebenserwartung würden Amtsträger wohl eher für längere Fristen plädieren, während Archivnutzer zumal im Digitalzeitalter zunehmend an eine sofortige Verfügbarkeit von Informationen gewöhnt werden.[62]

Ist speziell das Beratungsgeheimnis ein alter Zopf? Das kommt darauf an, wen man fragt. Der Präsident des Bundesarchivs Michael Hollmann gibt zwar zu bedenken: »Die besondere Bedeutung, welche die Bundesgerichte und vor allem das Bundesverfassungsgericht dem richterlichen Beratungsgeheimnis beimessen, zeitigt zum Teil erhebliche Einschränkungen für die zeitgeschichtliche Forschung.«[63] Aber er stellt die zugrunde liegenden Rechtsnormen nicht in Frage. Eine Fundamentalkritik an den Normen wie an deren Auslegung formuliert die Historikerin Annette Weinke. Ihr zufolge werden der juristischen Zeitgeschichte »jene wichtigen Justizakten« zum »Verhalten der NS-Juristen und deren Weiterwirken im öffentlichen Dienst der Bundesrepublik« »mit zum Teil spitzfindigen legalistischen Begründungen wie einem angeblich mit Ewigkeitscharakter ausgestatteten richterlichen Beratungsgeheimnis […] bis heute erfolgreich verweigert«, was »hinter allgemein anerkannten Standards der bundesdeutschen Archivgesetzgebung zurückbleibt«.[64] Johann-Friedrich Staats, Ministerialrat außer Dienst, Rechtsanwalt und Kommentator des Deutschen Richtergesetzes, hält hingegen das Beratungsgeheimnis für wichtiger als je zuvor:

»In einer Zeit, in der Indiskretionen durch Presse und andere Medien schnell zu weit verbreiteten Sensationen und Bloßstellungen führen können, hat das Beratungsgeheimnis heute noch mehr Bedeutung als früher. Der an der Beratung und Abstimmung teilnehmende Richter und das Kollegium müssen im Interesse ihrer Unbefangenheit frei davon sein, wegen einer vielleicht unpopulären oder erst in der Verhandlung sich entwickelnden Meinung oder wegen der Verhandlungsführung oder der Art der Teilnahme an den Pranger gestellt zu werden, dies auch im Verhältnis zu Justizangehörigen außerhalb der Beratung.«[65]

Das Beratungsgeheimnis als Rechtsnorm ist übrigens relativ neu; es wurde erst 1961 im Deutschen Richtergesetz normiert.[66] Bis dahin galt es als selbstverständlicher Teil der Amtsverschwiegenheit, welcher die Richter als Justizbeamte unterlagen – ein Status, der seit dem Kaiserreich umstritten war. Als die Richter durch ein ihnen gewidmetes besonderes Gesetz aus dem Kreis der häufig weisungsgebundenen Beamten herausgenommen wurden, sah man neuen Regelungsbedarf. Die Gesetzgebungsmaterialien seit 1949 offenbaren, wie prekär die Autorität der Richter nach dem Ende der NS-Herrschaft erschien – »in einer Zeit des Überganges, für die ein Mangel allgemein anerkannter Werte und damit tiefgreifende Gegensätze und harte Machtkämpfe kennzeichnend sind«.[67] Vielleicht leben wir ja wieder in einer solchen Zeit.

5. *Informationsfreiheit und Datenschutz*

Nur sehr kurz streifen kann ich hier eine weitere Facette des staatlichen Rechts. Bleiben die archivrechtlichen Schutzfristen unüberwindbar, kann man versuchen, den Weg über die Informationsfreiheitsgesetze von Bund und Ländern zu gehen.[68] Was es etwa in den Vereinigten Staaten als Freedom of Information Act schon sehr lange gibt,[69] gewinnt in Deutschland immer mehr an

61 Partsch (2021) § 11 Abs. 1 unter Hinweis auf Manegold (2002) 269 f., der dies mit abweichenden internationalen Erfahrungen konfrontiert.

62 Hiermit greife ich Fragen von Stefanie Rüther und Heinz Mohnhaupt aus der Diskussion nach dem diesem Beitrag zugrunde liegenden Vortrag auf.

63 Hollmann (2021) 44.

64 Weinke (2021) 99, welche für eine auf das Beratungsgeheimnis gestützte Weigerung, Akten vorzulegen, keine Beispiele nennt. Im Übrigen verweist sie auf eine – im Ergebnis gerade nicht erfolgreiche – Verweigerung von Akteneinsicht auf der Grundlage von »nicht näher konkretisierten Bestimmungen des Bundesbeamtengesetzes«, die von Kramer (2009) berichtet wurde, dem die Personalakten von Heinrich Ebersberg und Eduard Dreher vom Bundesjustizministerium dann doch vorgelegt wurden, allerdings erst nach mehrfacher »Belehrung der Ministerialbeamten über die eindeutige Rechtslage«.

65 Staats (2012) § 43 Rn. 2.

66 Überblick bei Schmidt-Räntsch (2009) § 43 Rn. 1.

67 Entwurf von 1949 zum Gesetz über die Rechtsstellung der Richter in Bayern (Bayerisches Richtergesetz), in: Schubert (2020) 84.

68 Zur Abgrenzung auch zum Umweltinformationsgesetz und zum Verbraucherinformationsgesetzt Partsch (2021) § 10 Rn. 29 ff.

69 Zur dortigen Gesetzgebungsgeschichte: United States Senate (1974) 6 ff.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Bedeutung. Doch reicht der Quellenzugang nach Informationsfreiheitsrecht nur scheinbar weiter als nach Archivrecht.

Schauen wir exemplarisch ins Informationsfreiheitsgesetz des Bundes.[70] Aktenzugang ist zwar die gesetzliche Regel, kein Aktenzugang die gesetzliche Ausnahme.[71] Praktisch kann der Zugang aber – vereinfacht gesagt – für jeden Vorgang verweigert werden, der noch nicht (lange genug) abgeschlossen ist, als dass nicht der Erfolg der behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung durch vorzeitige Aufhellung ihrer Hintergründe gefährdet würde.[72] Geheimhaltungsvorschriften wie das Beratungsgeheimnis gelten selbstverständlich auch hier.[73] Weitere Zugangshindernisse werden begründet mit dem Persönlichkeitsrecht der in den Akten genannten Personen, ausgedrückt im Datenschutzrecht,[74] oder – sehr phantasievoll, aber praktisch relevant – mit dem Urheberrecht des Autors eines behördlichen Vermerks.[75] Grundsätzlich hat das Archivrecht ohnehin Vorrang vor dem Informationsfreiheitsrecht.[76] Umgekehrt gilt aber: Was nach Informationsfreiheitsrecht frei geworden ist, darf nach Archivrecht nicht mehr gesperrt werden.[77]

Zum hochkomplexen Thema Datenschutz seien nur zwei Beruhigungen für die zeithistorische Forschung ausgesprochen. Erstens privilegiert das Datenschutzrecht eine Verarbeitung personenbezogener Daten »zu im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken, zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken«, wenn zugleich die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen gewahrt bleiben.[78] Wie immer geht es also um eine Interessenabwägung. Und es liegt an der zeithistorischen Forschung, ihre Interessen im Konfliktfall zu artikulieren. Zweitens schützt das Datenschutzrecht nur Lebende.[79] Um Schutzfristen und das postmortale Persönlichkeitsrecht muss man sich natürlich trotzdem kümmern.

6. *Verfahrene Akteneinsicht*

Gleichfalls nur kurz kann ich eingehen auf den Quellenzugang, den das Verfahrensrecht zu den juristischen Kernmaterien eröffnet. Hierzu zwei kleine Beispiele: Mehrere Forschungsprojekte untersuchen den Linksterrorismus der 1970er Jahre.[80] Entsprechende Forschungen müssen selbstverständlich die Persönlichkeitsrechte der genannten Personen wahren. Die Forschung profitiert aber davon, dass vielfach Amtsträger oder Personen der Zeitgeschichte betroffen sind. Zeitzeugen, die Interviews geben, könnten sich allerdings in strafrechtlich relevanter Weise selbst belasten. Für Wissenschaftler gilt umgekehrt nicht ohne Weiteres derselbe Schutz durch ein »Zeugnisverweigerungsrecht der Berufsgeheimnisträger«[81] oder vor Durchsuchung und Beschlagnahme wie für Journalisten[82]. Abgesehen von diesen für die zeithistorische Forschung recht ungewöhnlichen Sorgen unterscheidet sich dieses Beispiel von anderen dadurch, dass die Strafprozessordnung ebenso wie andere Gesetze eine eigene Norm über »Auskünfte und Akteneinsicht zu Forschungszwecken« kennt, nämlich § 476 StPO.[83] Die Zugangs- und Verwertungskriterien sind ähnlich wie im Archivrecht: Die personenbezogenen Daten müssen für die Durchführung der Forschungsarbeiten erforderlich sein, und das öffentliche Interesse an der Forschung muss das schutzwürdige Interesse des Betroffenen überwiegen. »[I]m Rahmen des öffentlichen Interesses« ist »das wissenschaftliche Interesse an dem Forschungsvorhaben besonders zu berücksichtigen«. So weit, so gut. Allerdings: Das wissenschaftliche Interesse wird von wissenschaftsfremden Personen beurteilt. In den Archiven arbeiten wenigstens Historiker, keine Staatsanwälte. Schwerer wiegt, dass die Daten nur an öffentliche Bedienstete übermittelt werden dürfen, die aufgrund ihrer Stellung zur Verschwiegenheit ver-

70 Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) vom 5. September 2005, BGBl. I, 2722.
71 §§ 1, 3 IFG.
72 §§ 3 Nr. 1 g, 4 Abs. 1 IFG.
73 § 3 Nr. 4 IFG.
74 § 5 Abs. 1 IFG.
75 Kritisch hierzu Kraetzig (2022) 37 ff.
76 § 1 Abs. 3 IFG.
77 § 11 Abs. 5 Nr. 2 BArchG.
78 Siehe nur Art. 89 DSGVO, §§ 27 f. BDSG.
79 Siehe nur Erwägungsgrund 27 zur DSGVO.
80 Publizierte Ergebnisse bei Jessberger / Schuchmann (2021); siehe außerdem das von Margit Szöllösi-Janze betreute DFG-Projekt »Politische Gewalt in der Bundesrepublik. Bewegung 2. Juni – Revolutionäre Zellen und Rote Zora – Rote und Schwarze Hilfen«.
81 § 53 StPO.
82 § 97 Abs. 5 Satz 1 StPO.
83 Ähnlich § 150 GewO, § 21 des Gesetzes über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (BKAG) oder § 19 des Zollfahndungsdienstgesetzes.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

pflichtet sind. Speziell bei Nachwuchswissenschaftlern in Drittmittelprojekten ergibt sich hier einiges an Begründungsaufwand. Bei Veröffentlichungen darf der Personenbezug nur dann sichtbar bleiben, »wenn dies für die Darstellung von Forschungsergebnissen über Ereignisse der Zeitgeschichte unerlässlich ist«.[84] Im Übrigen ist zu anonymisieren. Außerdem muss die Stelle, welche die Daten übermittelt hat, der Veröffentlichung zugestimmt haben, ähnlich wie ich es bei der Verkürzung von Schutzfristen für Justizakten beschrieben habe. Ich selbst habe zu zeithistorisch bedeutenden Strafverfahren nicht geforscht, kenne aber die Sorgen von betroffenen Kollegen.

Ein weiteres, eher anekdotisches Beispiel kann ich wieder meiner eigenen Forschung entnehmen. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Berliner Mietendeckel[85] dürfte im Leserkreis dieser Zeitschrift wenigstens insoweit bekannt sein, als es ihn gibt. Was weniger bekannt ist: Das Bundesverfassungsgericht zitiert darin Otto von Gierkes Kritik am liberalen Eigentumsbegriff des ersten BGB-Entwurfs von 1889.[86] Gierke beklagte hier besonders den mangelnden Mieterschutz des ersten Entwurfs. Deshalb wollte ich für einen Aufsatz[87] wissen, ob Gierke den ersten BGB-Entwurf aus der Position des Eigentümers oder des Mieters kritisierte. Wie mir ein kluger Student an meiner Berliner Fakultät erklärte, findet man diese Information in den digitalisierten Berliner Adressbüchern, in welchen Eigentümer mit einem großen »E« gekennzeichnet sind.[88] Das Ergebnis: Ab 1. April 1891 war Gierke Eigentümer; 1889 war er es noch nicht. Ich wollte nun aber sicherheitshalber noch die historische Grundakte sehen, die jenseits aller Schutzfristen liegt. Das Amtsgericht Charlottenburg verweigerte mir zunächst die Akteneinsicht mit dem Bemerken, bloße historische Neugier sei kein berechtigtes Interesse im Sinne von § 12 der Grundbuchordnung.[89] Ich hatte es aber auch falsch angefangen, nämlich einfach eine E-Mail über das Kontaktformular des Gerichts im Internet geschrieben. Richtig belehrt, habe ich einen schriftlichen Antrag gestellt und dargelegt, dass ein wissenschaftliches Interesse (entgegen der herrschenden Meinung) sogar im Sinne der Grundbuchordnung ein berechtigtes Interesse ist.[90] Dann durfte ich alles sehen.[91] Es hilft also ungemein, wenn man sich als Jurist rechtskonform verhält. Gierkes Haus ist auch im Übrigen ein Lehrstück für den Quellenzugang. Die Bauakte für das Grundstück wird bis heute geführt. Man bekommt sie im Bauaktenarchiv Charlottenburg-Wilmersdorf.[92] Rechtsgrundlage ist das Berliner Informationsfreiheitsgesetz. Einzig die Abrissakte für Gierkes im Zweiten Weltkrieg zerbombtes Wohnhaus findet man ganz regulär im Landesarchiv.[93] Anders als die Grundakte und die Bauakte wird die Abrissakte im Geschäftsgang der Behörden nicht mehr gebraucht. Drei Akten für dasselbe Grundstück – drei Aktenzugänge.

7. *Rechtsschutz durch Wissenschaftsfreiheit?*

Meine wichtigste Frage habe ich mir fast bis zum Schluss aufgehoben: Wen und was schützt die Wissenschaftsfreiheit? Ich möchte dies anhand des Beispiels illustrieren, das in jüngster Zeit am meisten Aufmerksamkeit gefunden hat: der Streit um die Entschädigung der Hohenzollern.[94] Alles, was ich über staatliches Archivrecht gesagt habe, hilft uns hier nur begrenzt weiter. Denn viele Quellen sind im Privatarchiv des Hauses Hohenzollern überliefert. Es ist in einem solchen Fall buchstäblich eine Privatangelegenheit des Eigentümers, welche Archivalien Historikern zur Verfügung gestellt werden oder nicht. Dies gilt auch für viele Unternehmensarchive[95] ebenso wie für private

84 § 476 Abs. 7 StPO.

85 BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 – BVerfGE 157, 223–298.

86 BVerfGE 157, 223, 268 Rn. 117.

87 Mit allen Nachweisen Thiessen (2021) 893, 937.

88 https://digital.zlb.de/viewer/berliner-adressbuecher/, zuletzt abgerufen am 29. März 2023.

89 Der Präsident des Amtsgerichts Charlottenburg an den Verfasser vom 4. Mai 2021: »Die Einsichtnahme in ein Grundbuch wird lediglich auf schriftlichen bzw. persönlichen Antrag und nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses erteilt. Dieses müssen Sie sehr detailliert vortragen. Eine historische Recherche alleine stellt noch kein solches Interesse im Sinne der Grundbuchordnung dar.«

90 Wilsch (2023) § 12 Rn. 3, 6; Wieling / Finkenauer (2020) § 19 Rn. 22.

91 Grundbuch von Stadt Charlottenburg Bd. 380 Blatt Nr. 12208.

92 Carmerstraße 12, Bd. 1.

93 Landesarchiv Berlin, B Rep. 207-01 Nr. 152.

94 Unter bewusstem Verzicht auf eine eigene Einordnung in den Debattenkontext seien hier nur genannt die Beiträge in Kroll et al. (Hg.) (2021) sowie als Kontrapunkt Conze (2020) 249 ff.; Malinowski (2021) 567 ff.; Schönberger (2021) 22 ff.; Süss (2021).

95 Grieger (2016).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Archive, deren Träger aufgrund ihrer Erfahrungen Anlass haben, auf Distanz zum Staat zu gehen.[96] Es gilt sogar dann, wenn Private ihre Archivalien dem Bundesarchiv anvertraut haben, weil »besondere Vereinbarungen zugunsten von Eigentümern Archivguts privater Herkunft […] unberührt« bleiben.[97] Besteht eine solche Vereinbarung, bleibt es dem (gegebenenfalls vormaligen) privaten Eigentümer, dessen Erben oder Testamentsvollstrecker überlassen, was er wem zur Einsicht überlässt. Das Bundesarchiv prüft im Einzelfall zurückhaltend, ob es sinnvoll ist, Akten unter den vom Eigentümer vorgegebenen Restriktionen in Verwahrung zu nehmen.[98]

Ein Privatarchiv unterhält übrigens auch die Max-Planck-Gesellschaft. Dies allein rückt die Max-Planck-Gesellschaft natürlich noch nicht in die Nähe der Hohenzollern, ungeachtet der Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft als Vorgängerin. Übrigens folgt das Statut des Max-Planck-Archivs in weiten Teilen dem Bundesarchivgesetz.[99] Das ist konsequent, denn ein privatrechtlicher Verein, der seine Institute fast ausschließlich aus öffentlichen Mitteln finanziert,[100] kann seine archivalische Überlieferung nicht legitimerweise als Privatangelegenheit behandeln. Ich selbst habe von dem umfassenden Aktenzugang profitiert, den mir das Archiv der Max-Planck-Gesellschaft und das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte gewährt haben, als ich über dessen Geschichte gearbeitet habe – herzlichen Dank an dieser Stelle. Inhaltlich möchte ich hier dazu nichts sagen; man kann dies inzwischen nachlesen.[101] Es ist lediglich ein drittes Beispiel aus meiner Forschung, das zeigt, wie unterschiedlich die Arbeitsbedingungen für zeithistorische Forschung sein können. Hier waren sie sehr gut.

Doch zurück zu den Hohenzollern. Der Streit um deren Entschädigung war immer wieder in der Presse nachzulesen; inzwischen ist etwas Ruhe eingekehrt, zuletzt deshalb, weil das Haus Hohenzollern den Fall nicht weiterverfolgt, die Entschädigungsklagen ebensowenig wie die äußerungsrechtlichen Verfahren gegen Historiker.[102] Vier Gutachter – übrigens kein Rechtshistoriker[103] – behandelten die Frage, ob eine Rückgabe von entzogenen Gütern deswegen ausgeschlossen sei, weil die Hohenzollern dem Nationalsozialismus »erheblichen Vorschub geleistet« hätten. Zwei Gutachter beantworteten die Frage mit ja, zwei weitere mit nein, einer davon hat seine Meinung inzwischen geändert.[104] Nicht aber die von Jan Böhmermann geleakten Gutachten[105] sind das hier interessierende rechtliche Problem, sondern Äußerungen von zum Teil nicht in den Entschädigungsstreit involvierten Historikern.

Ein Anwalt des Hauses Hohenzollern hatte Historikern Unterlassungserklärungen für einzelne Äußerungen abverlangt oder Äußerungen durch einstweilige Verfügung untersagen lassen. Die Rechtsverfolgung seitens des Hauses Hohenzollern hat die betroffenen Historiker, darüber hinaus aber nahezu die ganze wissenschaftliche community nicht allein überrascht, sondern geradezu bestürzt. Fast durchweg wurde es als Angriff auf die Wissenschaftsfreiheit gewertet, dass Historiker mit oder ohne Hilfe der Gerichte auf Unterlassung in Anspruch genommen wurden. Der Historikertag hatte im Herbst 2021 eine eigene Sektion zu dem Thema »Klio vor dem Kadi«.[106] Außerdem gibt es im Internet ein »Hohenzollern-Klage-Wiki«, das die Streitfälle nachzeichnet.[107] Allerdings hat der Hohenzollern-Anwalt betont, dass er keinesfalls wissenschaftliche Thesen, son-

96 Thomas Duve danke ich für den Hinweis auf Überlieferungen indigener Bevölkerungsgruppen weltweit, die ihre Bestände abseits staatlicher Archive verwalten, welche mitunter von den früheren Kolonialherren gegründet wurden.

97 § 10 Abs. 1 Satz 2 BArchG.

98 https://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/hitler-tagebuecher-ndr-veroeffentlicht-alle-baende-a-a9a1c3c3-1851-4d1a-a0b4-068dbf94bc0d, zuletzt abgerufen am 29. März 2023.

99 Statut für das Archiv der Max-Planck-Gesellschaft, Fassung vom 24. Mai 2018, https://www.archiv-berlin.mpg.de/61105/Statut_Archiv-MPG.pdf, zuletzt abgerufen am 29. März 2023.

100 https://www.mpg.de/zahlen-und-fakten, zuletzt abgerufen am 29. März 2023.

101 Thiessen (2023).

102 Kilb (2023).

103 Aus juristischer Sicht allerdings Hillgruber / Bender (2021); Gärditz (2021) 283 ff., 306, der den Umgang der Historiker mit Rechtsbegriffen kritisiert.

104 Wiegrefe (2019); Werner / Scholter (2022); siehe auch Malinowski (2021) 580 f.

105 http://hohenzollern.lol, zuletzt abgerufen am 29. März 2023.

106 Tagungsbericht von Tack (2021).

107 https://wiki.hhu.de/display/HV/Hohenzollern-Klage-Wiki, zuletzt abgerufen am 29. März 2023.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

dern unwahre Tatsachenbehauptungen angreife, so dass die Wissenschaftsfreiheit nicht berührt sei.[108]

Ich kenne diese Fälle nur als Medienkonsument und kann daher manches nur abstrakt beurteilen. Ich meine aber auch: Wir Juristen schulden den Historikern und uns selbst als Rechtshistorikern abstrakte Maßstäbe für derartige Fälle.

Äußern sich Historiker darüber, ob das eine oder andere vor langer Zeit verstorbene Mitglied des Hauses Hohenzollern dem Nationalsozialismus »erheblichen Vorschub« geleistet hat, so betrifft dies die Rechtsposition der Hohenzollern im Entschädigungsstreit mit der öffentlichen Hand. Das hiermit verbundene Interesse der Hohenzollern an zutreffender Berichterstattung steht nur scheinbar im Konflikt mit der Wissenschaftsfreiheit. Zunächst muss der Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit[109] überhaupt eröffnet sein. Nicht alles, was wie ein Angriff auf die Wissenschaft wirken mag, lässt sich unter Hinweis auf die Wissenschaftsfreiheit zurückweisen. Nicht alles, was ein Wissenschaftler tut, ist Wissenschaft, ebenso wie nicht alles, was ein Künstler tut, Kunst ist, und nicht alles, was ein Jurist tut, Recht ist. Dass eine Äußerung von einem Wissenschaftler stammt, macht die Äußerung nicht automatisch wissenschaftlich.

Geht es um Geschichtswissenschaft bzw. Rechtsgeschichte, so ist es selbstverständlich, dass eine These zu einem historischen Vorgang mit Quellen belegt werden muss. Denn ohne Quellen kann es keine Quelleninterpretation geben, und eine Quelleninterpretation muss nach wissenschaftlichen Standards anhand der Quellen reproduzierbar und gegebenenfalls widerlegbar sein. Soweit ein Quellenbeleg fehlt, muss klargestellt werden, dass es sich um eine Hypothese und damit letztlich um Spekulation handelt.[110] Deshalb scheinen mir die Maßstäbe, die ein Wissenschaftler an eine wissenschaftliche Äußerung stellen sollte, keine wesentlich anderen zu sein als die Maßstäbe, die medienrechtlich an eine Äußerung in Presse, Funk und Fernsehen zu stellen sind. Damit wird nicht etwa der äußerungsrechtliche Tatsachenbegriff[111] disziplinfremd in die Geschichtswissenschaft implantiert.[112] Sondern für eine wissenschaftliche These muss ebenso wie für eine Tatsachenbehauptung belegbar sein, worauf die eine wie die andere sich stützt.

Auf die Wissenschaftsfreiheit kann sich die Wissenschaft umso eher berufen, als sie sich in anerkannten wissenschaftlichen Formaten bewegt.[113] Überschreitet die Wissenschaft etwa die in Historikerkreisen umstrittene Grenze zwischen Fachbuch und Sachbuch,[114] ist sie angreifbarer, weil ein Sachbuch anders als ein Fachbuch nicht jede Aussage mit einer Quellenangabe belegt. Eine gewisse Vorsicht ist geboten bei Interviews zu laufenden rechtlichen Auseinandersetzungen. Juristen nehmen in solchen Fällen entweder nicht öffentlich Stellung, oder sie tun dies in Abstimmung mit ihren Auftraggebern und in wissenschaftlichem Format mit der salvatorischen Fußnote: »Dieser Beitrag beruht auf einer Anregung aus der Praxis.« Ich halte hier kein Plädoyer für einen Rückzug der Wissenschaft aus der Öffentlichkeit – so wenig wie ein Plädoyer für den überstrapazierten »Wissenstransfer« in die »Zivilgesellschaft«.[115] Wissenschaft ist keinesfalls auf traditionelle wissenschaftliche Formate beschränkt; es gibt keinen abschließenden Kanon. Auch ein Interview kann wissenschaftlichen Standards genügen.[116] Insoweit teile ich nicht die Auffassung des Bonner Wissenschaftsrechtlers Klaus Ferdinand Gärditz, dass Parteigutachten von Historikern in Gerichtsprozessen keine Wissenschaft darstellten.[117] Es kommt halt auf den

108 https://www.deutschlandfunkkultur.de/hohenzollern-anwalt-kontert-vorwuerfe-von-historikern-ist-100.html, zuletzt abgerufen am 29. März 2023.

109 Gärditz (2019) Art. 5 Abs. 3 Rn. 52 ff.

110 Für diese methodischen Selbstverständlichkeiten verweise ich einmal mehr auf Jordan (2021) 21.

111 Leicht zugänglich Brose / Grau (2023) § 1004 BGB Rn. 6 ff.

112 Zu dieser Gefahr Schulz bei Tack (2021).

113 Zu den spezifischen Problemen unterschiedlicher zeithistorischer Kommunikationsformate Malinowski bei Tack (2021).

114 Für diesen Hinweis danke ich Martin Sabrow.

115 Dazu nur die Beiträge in Kümmel-Schnur / Mühleisen / Hoffmeister (2020).

116 Gärditz (2019) Art. 5 Abs. 3 Rn. 14.

117 Vielleicht ist meine Interpretation von Gärditz auch zu verkürzt, vgl. Gärditz (2020): »Wer für einen Rechtsstreit ein Gutachten verfasst, betreibt keine Geschichtswissenschaft, sondern muss Tatsachenmaterial für konkrete Rechtsfragen aufbereiten, was rein instrumentell methodisch sauberes ›Handwerk‹ erfordert. Auf die Wissenschaftsfreiheit kommt es insoweit jedenfalls nicht unmittelbar an.« Differenzierend Gärditz (2021) 306.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Gutachter und das Gutachten an.[118] Zur Wissenschaft und Wissenschaftsfreiheit gehört nicht allein das ernsthafte und planmäßige Streben nach Erkenntnis, sondern auch deren Präsentation.[119] Voraussetzung für zeithistorische Forschung bleibt immer, dass ein Zusammenhang zwischen Aussage, Quellenbeleg und Interpretation besteht. Dann übrigens beschränkt sich die Wissenschaftsfreiheit für Historiker (und Rechtshistoriker) auch nicht auf Vorgänge und Quellen, die lange zurückliegen. Ist ein Vorgang vom heutigen Tag durch eine Quelle belegt, so können Historiker (und Rechtshistoriker) diese Quelle als Ausdrucksmittel einer bestimmten, nämlich der heutigen Zeit interpretieren. Hierauf beruht auch sonst die Anschlussfähigkeit der Geschichte und Rechtsgeschichte für Interdisziplinarität. Jede Äußerung jeder Wissenschaftsdisziplin jeder Zeit ist zugleich eine historische Quelle, die somit in das Instrumentarium der Geschichte und Rechtsgeschichte übersetzt werden kann.[120]

Stützt sich also eine interpretative Aussage auf eine Quelle, so mag der Interpretationsspielraum je nach Quelle und Aussage größer oder kleiner sein. Instruktiv sind hierzu zwei heftig umstrittene Beispiele aus dem Hohenzollern-Streit, die immer wieder, zuletzt auch im Zusammenhang mit der Klagerücknahme vom Chef des Hauses Hohenzollern, diskutiert wurden.[121] Geht es etwa um die Frage, ob die Hohenzollern über ein zu gründendes Museum die Deutungshoheit über ihr eigenes Bild in der Geschichte beanspruchen, so beruht eine solche Aussage auf einer Interpretation der Quellen. Schließlich wird man in kaum einer Quelle den Satz lesen: »Ich arbeite an meinem Bild in der Geschichte.« Also wird man fragen müssen: Wer hat wann welchen Vorschlag für welche Art von Museum unterbreitet, wer hat darauf wann wem gegenüber wie reagiert? Geht es hingegen um die gleichfalls umstrittene Frage, ob die Hohenzollern den Zugang zu ihrem Privatarchiv beschränken, wird man Zugangswunsch, Zugangsgewährung oder Zugangsverweigerung belastbar darstellen müssen.

Überdies ist allen, die zeithistorische Forschung betreiben, ernsthaft zum Abschluss einer Rechtsschutzversicherung zu raten. Allerdings ist eine berufsbezogene Rechtsschutzversicherung nicht leicht zu erhalten, sofern nicht die Berufsausübung von vornherein an eine Berufshaftpflichtversicherung geknüpft ist. Viele Hindernisse ließen sich aber ausräumen, wenn die betroffenen Wissenschaftler nicht vor dem gegen sie in Anspruch genommenen einstweiligen Rechtsschutz kapitulierten, sondern in das Hauptsacheverfahren gingen. Dazu fühlen sich einzelne Wissenschaftler aber oft nicht in der Lage, oder sie fühlen sich eingeschüchtert durch die angedrohte Pflicht zur Zahlung einer hohen Summe im Fall eines behaupteten Verstoßes gegen eine strafbewehrte Unterlassungserklärung. Institutionelle Unterstützung erfahren die einzelnen Wissenschaftler nicht ohne Weiteres, weder durch die Universität noch durch Verlage. Die Angst der Historiker ist die Macht des Anwalts. Ohne entsprechende Fälle kann die Rechtsprechung aber weder Erfahrungen mit den Konflikten um zeithistorische Forschung sammeln noch Maßstäbe hierfür entwickeln.[122]

Ganz ähnliche Fragen stellen sich bei Rezensionen, wenn Autoren sich in der Rezension nicht zutreffend wiedergegeben oder gewürdigt fühlen. Da hilft es, wenn man Rezensionen weder schreibt noch liest.[123] Hierauf kann ich angesichts des schon jetzt angewachsenen Umfangs dieses Beitrags aber nicht mehr eingehen. Vielmehr komme ich nun wirklich zum Schluss.

118 Für die an beides anzulegenden Maßstäbe überzeugend Gärditz (2021) 305. Entwaffnend offen Clark bei Werner/Scholter (2022): »Das Gutachten habe ich sehr schnell geschrieben; es ist kein Glanzlicht der Geschichtsforschung.« Sehr kritisch zu Clarks Gutachten Gärditz (2021) 307.

119 Schulz bei Tack (2021); Schulz/Potthast (2021) 18 unter Hinweis auf Gärditz (2019) Art. 5 Abs. 3 Rn. 111; siehe aber Gärditz (2019) Art. 5 Abs. 3 Rn. 56, wonach nicht nur die Erkenntnis, sondern auch die Erkenntnisvermittlung wissenschaftlichen Methoden folgen muss, um in den Schutzbereich der Wissenschaftsfreiheit zu fallen.

120 Zur vergleichbaren Aufgabe interdisziplinärer Arbeit für die Übersetzung von Sozialtheorie in Rechtsdogmatik Teubner (2015) 157.

121 Cassier/Klemrath (2023).

122 In diesem Sinne auch Puhlemann und Schulz bei Tack (2021).

123 Ernsthafte Erwägungen zum Thema »Rezensionskritik auf dem Rechtsweg« finden sich bei Hohls in Tack (2021).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

IV. Die Grenzen des Rechts

Für zeithistorische Forschung bestehen rechtliche Grenzen. Ich habe viel über staatlich gesetzte Grenzen gesprochen, wie sie etwa durch Archivgesetze oder die Rechtsprechung zum Persönlichkeitsrecht gezogen sind. Ebenso wichtig sind rechtliche Grenzen, die man sich selbst setzt. Wenn ich dem Auftraggeber einer wissenschaftlichen Studie oder einem Zeitzeugen Vertraulichkeit oder sogar Anonymität zusichere, dann habe ich mir selbst eine vertragliche Grenze gezogen. Verträge sind heilig; dies gilt hier wie überall. Es gilt dies auch im eigenen Interesse, denn das Vertrauen von Auftraggebern und Zeitzeugen ist für die zeithistorische Forschung ebenso unabdingbar wie die eigene wissenschaftliche Unabhängigkeit und gehört deshalb zur guten wissenschaftlichen Praxis juristischer Zeitgeschichte.[124]

Hierzu gehört auch eine Grenze, die nicht verrechtlicht ist, aber die nötige Sensibilität gegenüber dem Gegenstand der zeithistorischen Forschung betrifft. Wenn ich über Zeitgeschichte schreibe, bin ich Zeuge, nämlich Zeitzeuge. Zugleich bin ich Partei und also Richter in eigener Sache, da es um Debatten meiner eigenen Zeit geht.[125] Schreibe ich über Otto von Gierke,[126] berühre ich den heftigen Streit darüber, wie sonderabwegig oder modern das wilhelminische Kaiserreich war.[127] Schreibe ich über die historische Kriminalisierung von Sinti und Roma,[128] muss mir bewusst sein, dass die heute vieldiskutierte »Clankriminalität« zwar die Frage berührt, wie familiäre und soziale Strukturen Kriminalität begünstigen, dass aber rassistische Vorurteile den Blick verzerren können.[129] Schreibe ich über ein Max-Planck-Institut,[130] dann schreibe ich über den heutigen Wissenschaftsbetrieb, dessen Teil ich bin, auch wenn ich als hauptamtlicher Universitätsprofessor auf der anderen Seite stehe.[131] Immer muss ich aufpassen, dass der Zeitzeuge in mir nicht dem Wissenschaftler im Weg steht.

Ganz zum Schluss muss ich noch meine Suggestivfrage beantworten, die diesen Beitrag überschreibt: Behindert das (deutsche) Recht die zeithistorische Forschung? Weil das Recht verhindert, dass öffentlich wird, was die zeithistorische Forschung als öffentlich beansprucht? Ist ein solches Recht überhaupt Recht? Oder anders gefragt: Sind »[a]lle auf das Recht anderer Menschen bezogene[n] Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, […] unrecht«?[132] Sollten wir uns also mit dem Kommentator des Bundesarchivgesetzes[133] darauf einlassen, aus Kant Schlüsse für das geltende Recht zu ziehen?[134]

Mit Blick auf das Wort »Maxime« ist zumindest eine Differenzierung angebracht, da Kant nicht schlechthin nach »Handlungen« fragte, sondern nach »deren Maxime«, die er wie folgt definierte: »Maxime ist das subiective Prinzip zu handeln, und muß vom obiectiven Prinzip, nämlich dem practischen Gesetze, unterschieden werden. Jene enthält die practische Regel, die die Vernunft den Bedingungen des Subiects gemäß (öfters der Unwissenheit oder auch den Neigungen desselben) bestimmt, und ist also der Grundsatz, nach welchem das Subiect handelt; das Gesetz aber ist das obiective Prinzip, gültig für jedes vernünftige Wesen, und der Grundsatz, nach dem es handeln soll, d. i. ein Imperativ.«[135] Im »categorischen Imperativ« sah Kant die »Maxime der Handlung« mit der »Allgemeinheit eines Gesetzes« verknüpft: »[H]andle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.«[136] Sind nun aber »[a]lle auf das Recht anderer Menschen bezogene[n] Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publizität verträgt, […] unrecht«,[137] dann deshalb, weil solchen Handlungen eine Maxime zugrunde liegt, die man nicht als allgemeines Gesetz wollen kann,

124 Mit der »guten wissenschaftlichen Praxis juristischer Zeitgeschichte« greife ich eine Formulierung von Jasper Kunstreich aus der Diskussion nach dem diesem Beitrag zugrunde liegenden Vortrag auf.

125 Deshalb zurückhaltend bereits Tuchman (1964).

126 Thiessen (2021).

127 Ausgelöst durch Richter (2020); dazu sehr kritisch Conze (2020); Jansen (2021); Wirsching (2021); Richter verteidigend Bahners (2021); siehe nochmals Richter (2021).

128 Thiessen (2022).

129 Liebscher (2020).

130 Thiessen (2023).

131 Zum prinzipiellen Gegensatz von Max-Planck-Instituten und universitärer Forschung Thiessen (2023) 144. Die dem Institut angehörenden Herausgeber des Bandes, in welchem der zitierte Beitrag erschienen ist, hatten mich für den Beitrag dezidiert mit dem Wunsch nach einer Außenperspektive angefragt.

132 Kant (1795) 93.

133 Partsch (2021) 6.

134 Ich führe diesen Punkt hier näher aus, um eine – skeptische – Frage von Albrecht Cordes in der Diskussion aufzugreifen.

135 Kant (1785) 51 Fn*.

136 Kant (1785) 51 f.

137 Kant (1795) 93.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

weil sie nicht als allgemeines Gesetz akzeptiert würde, ließe man sie laut werden.[138]

Schauen wir also nicht auf das angestrebte Ergebnis des heimlichen Handelns, sondern auf dessen »Maxime«, den »Grundsatz, nach welchem das Subiect handelt«, und zwar gemäß seinen »Neigungen« handelt, also den Anreizen und Motiven, warum jemand überhaupt heimlich handelt.[139] Wer heimlich handelt, um einem als Gesetz verallgemeinerungsfähigen Gebot zu folgen, handelt nicht unrecht. Wer aber heimlich handelt, um ohne Rücksicht »auf das Recht anderer Menschen« seine Interessen durchzusetzen, handelt unrecht. Hiernach lässt sich durchaus entscheiden, was wann offenbart werden muss und was nicht – genauer: was wann offenbart werden könnte,[140] ohne den »Widerstand Aller« gegen eine »Ungerechtigkeit« auszulösen, die »jedermann bedroht«.[141]

Bezogen auf das Archivrecht kommt es darauf an, ob der in historischen Dokumenten sichtbare Akteur sich für eine Handlung nach eigenem Belieben entschieden hat, etwa zur bloßen Festigung seiner eigenen Machtposition oder zur Befriedigung seiner eigenen Eitelkeit, oder ob er annehmen durfte, eine verallgemeinerungsfähige, gesetzestaugliche Pflicht zu erfüllen. Eine bloß eigennützige Maxime könnte nicht zum allgemeinen Gesetz erhoben werden, weil sie nicht jeden in der gleichen Situation zum gleichen Handeln verpflichten würde. Das betreffende Handeln wäre unrecht, weil es allgemeiner Ablehnung ausgesetzt wäre, wenn es bekannt würde. Der Anspruch an sich selbst, einer Maxime zu folgen, die allgemeines Gesetz werden könnte, müsste hingegen das Licht der Öffentlichkeit nicht scheuen.

Für den Zugang zu historischen Akten erlaubt dies zwei scheinbar paradoxe Konsequenzen. Eine Allgemeinheit, die aus eigennützigen Neigungen eines Akteurs manipuliert werden soll, muss genau diese Neigungen kennen, um ihnen zu begegnen. Die zeithistorische Forschung hat insoweit ein ganz ähnliches Wächteramt wie die Medien als vierte Gewalt. Demgegenüber kann eine Allgemeinheit, die ebenso handeln würde wie der konkrete Akteur, diesen auch im Verborgenen gewähren lassen, wenn das verborgene Handeln notwendig ist, um das allgemein akzeptierte Motiv umzusetzen. Solche Motive können etwa beim Schutz einer unbeeinflussten Gerichtsentscheidung oder der Privatsphäre eines Amtsträgers eingreifen.

Behindert also das deutsche Recht die zeithistorische Forschung? Zugegeben: Manchmal sind rechtliche Grenzen den eigenen Neigungen lästig. Aber wenn man die Grenzen des Rechts nicht respektiert, macht es auch keinen Spaß.

■

Bibliographie

- ARK [Archivreferentenkonferenz]-Bund-Länder-Arbeitsgruppe »Wiedergutmachung« (2010), Übersicht über die Überlieferung und Rechtsgrundlagen zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Bundesrepublik Deutschland in den staatlichen Archiven, Düsseldorf, https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Downloads/KLA/wiedergutmachung-dokumentation.pdf, zuletzt abgerufen am 29. März 2023
- Backhaus, Fritz, Dan Diner, Julia Francke, Raphael Gross, Stefan Paul-Jacob, Lili Reyels (Hg.) (2023), Roads not Taken. Oder: Es hätte auch anders kommen können. Deutsche Zäsuren 1989–1848, München
- Bahners, Patrick (2021), Demokratie, Nationalsozialismus und eine umgekehrte Dolchstoßlegende. Eine deutsche Affäre: Die maßlose Kritik an der Historikerin Hedwig Richter, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 17. März 2021, 12
- Bleyer, Alexandra (2022), 1848. Erfolgsgeschichte einer gescheiterten Revolution, Ditzingen
- Bong, Jörg (2022), Die Flamme der Freiheit. Die deutsche Revolution 1848/1849, Köln

138 Zum Zusammenhang von kategorischem Imperativ und der transzendentalen Formel des öffentlichen Rechts Cubo Ugarte (2018) 277 f., 283 ff.; zu Kants Publizitätsbegriff García-Marzá (2012); Holtman (2015).

139 Ich folge hier der auf Anreize und Motive konzentrierten Interpretation von Kants »Maxime«-Begriff durch Korsgaard (1996) xiv; in diesem Sinne auch Schwartz (2006) 94 ff.; zu weiteren, zum Teil abweichenden, formelhaft ausgedrückten Interpretationen Schwartz (2006) 67 ff., 98 ff.; Johnson / Cureton (2022).

140 Dass es sich hierbei um ein »Gedankenexperiment« handelt, betont Cubo Ugarte (2018) 291 im Anschluss an García-Marzá (2012) 101: »The principle requires that the maxim *can* be enunciated or proclaimed in public, not that it actually *is*.«

141 Kant (1795) 93 f.

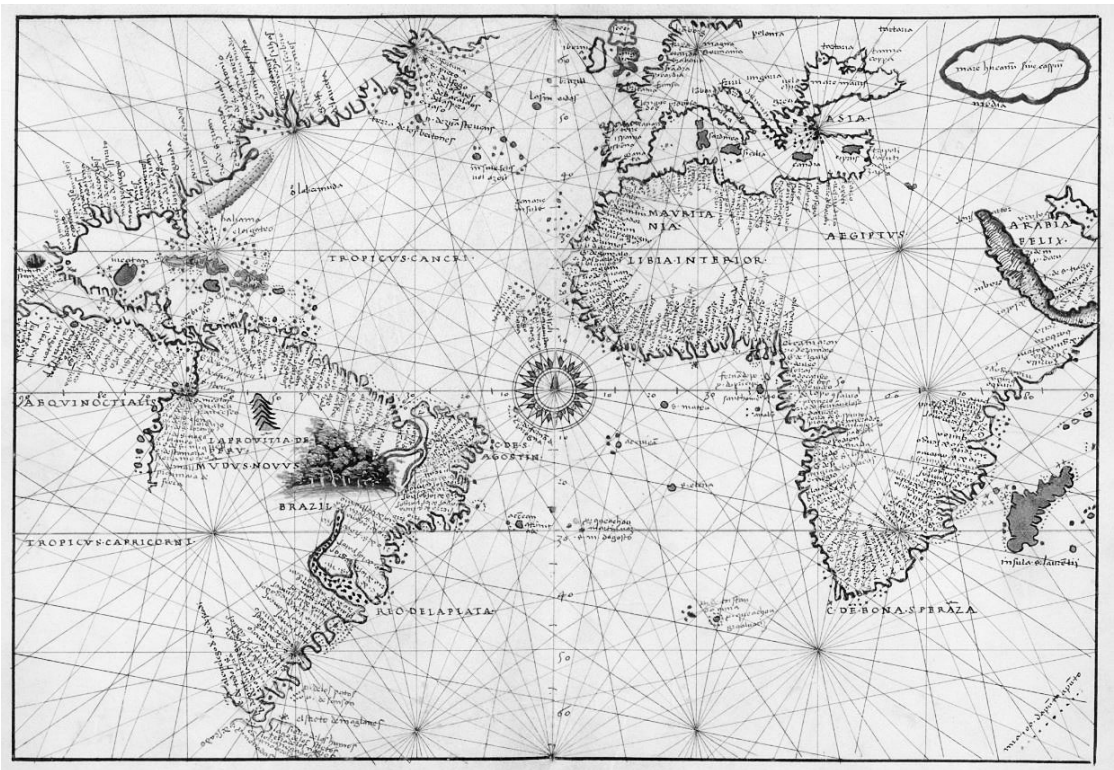
Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Brose, Johannes, Nicola Grau (2023), Kommentierung zu § 1004 BGB, in: Gersdorf, Hubertus, Boris P. Paal (Hg.), Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht, 39. Edition, Stand: 1. Februar 2023, https://beck-online.beck.de, zuletzt abgerufen am 29. März 2023
- Cassier, Philip, Martin Klemrath (2023), »Ich will eine unbelastete Debatte«, in: Die Welt vom 8. März 2023, 8
- Conze, Eckart (2020), Schatten des Kaiserreichs. Die Reichsgründung von 1871 und ihr schwieriges Erbe, München
- Cubo Ugarte, Óscar (2018), Öffentlichkeit und Politik. Kants Publizitätsprinzip, in: Hüning, Dieter, Stefan Klingner (Hg.), … jenen süßen Traum träumen. Kants Friedensschrift zwischen objektiver Geltung und Utopie, Baden-Baden, 277–293
- Deiseroth, Dieter, Annette Weinke (Hg.) (2021), Zwischen Aufarbeitung und Geheimhaltung. Justiz- und Behördenakten in der Zeitgeschichtsforschung, Berlin
- Doering-Manteuffel, Anselm, Lutz Raphael (2012), Nach dem Boom. Perspektiven auf die Zeitgeschichte seit 1970, 3. Aufl., Göttingen
- Feichtner, Isabel (2022), Koloniales Wirtschaftsrecht und der Wert der Kolonisation, in: Dann, Philipp et al. (Hg.), (Post)Koloniale Rechtswissenschaft. Geschichte und Gegenwart des Kolonialismus in der deutschen Rechtswissenschaft, Tübingen, 189–229
- García-Marzá, Domingo (2012), Kant's Principle of Publicity: The Intrinsic Relationship between the two Formulations, in: Kant-Studien 103, 96–113
- Gärditz, Klaus Ferdinand (2019), Kommentierung zu Art. 5 Abs. 3 GG, in: Dürig, Günter et al. (Hg.), Grundgesetz. Kommentar, 88. Ergänzungslieferung, München
- Gärditz, Klaus Ferdinand (2020), Geschichte vor Gericht. Wissenschaft hat kein Monopol auf historische Wahrheit; und die Judikative beendet einen Diskurs nicht, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24. September 2020, 6
- Gärditz, Klaus Ferdinand (2021), Die Rolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit in geschichtspolitischen Auseinandersetzungen. Der Fall »Hohenzollern«, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 69, 269–310
- Goethe, Johann Wolfgang von (1822), Aus meinem Leben, Zweyte Abtheilung, Fünfter Theyl, Stuttgart
- Grieger, Manfred (2016), Zugänglichkeit von Unternehmensarchiven. Widersprüchliche Interessen von Imagebildung und Wahrheitssuche?, in: Bundeskonferenz der Kommunalarchive (Hg.), Lokale und regionale Unternehmens- und Wirtschaftsgeschichte als Herausforderung archivischer Überlieferungsbildung. Beiträge des 24. Fortbildungsseminars der Bundeskonferenz der Kommunalarchive, Münster, 134–141
- Hachtmann, Rüdiger (2022), 1848. Revolution in Berlin, Berlin
- Haferkamp, Hans-Peter (2004), Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz«, Frankfurt am Main
- Haferkamp, Hans-Peter (2018), Die Historische Rechtsschule, Frankfurt am Main
- Hillgruber, Christian, Philipp Bender (2021), Hat der ehemalige Kronprinz Wilhelm von Preußen dem nationalsozialistischen System erheblichen Vorschub geleistet? Zur Auslegung und Anwendung von § 1 Abs. 4 Ausgleichsleistungsgesetz, in: Kroll et al. (Hg.) 35–61
- Hollmann, Michael (2021), Die Sicherung von Behörden- und Justizakten als staatliche Aufgabe. Anmerkungen zur Neufassung des Bundesarchivgesetzes, in: Deiseroth / Weinke (Hg.) 37–34
- Holtman, Sarah (2015), Publizität, in: Willaschek, Marcus et al. (Hg.), Kant-Lexikon, Bd. 2, Berlin, 1864–1865
- Institut für Zeitgeschichte (1978), Wissenschaftsfreiheit und ihre rechtlichen Schranken. Ein Colloquium, München
- Jansen, Christian (2021), Rezension zu: Hedwig Richter, Demokratie. Eine deutsche Affäre, München 2020, in: H-Soz-Kult vom 9. Februar 2021, https://www.hsozkult.de/publicationreview/id/reb-49883, zuletzt abgerufen am 29. März 2023
- Jessberger, Florian, Inga Schuchmann (2021), Die Stammheim-Protokolle. Der Prozess gegen die erste RAF-Generation, Berlin
- Johnson, Robert, Adam Cureton (2022), Kant's Moral Philosophy, in: Zalta, Edward N., Uri Nodelman (Hg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2022 Edition), https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/kant-moral, zuletzt abgerufen am 29. März 2023
- Jordan, Stefan (2021), Theorien und Methoden der Geschichtswissenschaft, 5. Aufl., Paderborn
- Kant, Immanuel (1785), Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga
- Kant, Immanuel (1795), Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, Königsberg
- Kilb, Andreas (2023), Preußen zieht zurück. Hohenzollern wollen nicht mehr klagen, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 9. März 2023, 9
- Klatt, Matthias K. (2023), Das Sondervotum beim Bundesverfassungsgericht, Tübingen
- Klippel, Diethelm (1985), Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft, Gießen
- Korsgaard, Christine M. (1996), Introduction, in: Gregor, Mary (Hg.), Immanuel Kant: Groundwork of the Metaphysics of Morals, Cambridge, i–xxx
- Kraetzig, Viktoria (2022), Das Urheberrecht als Zensurrecht, Tübingen
- Kramer, Helmut (2009), »Wer im Namen des Volkes Recht spricht …«. Über Schwierigkeiten bei der Erforschung der Vergangenheit, in: Kritische Justiz 42, 316–318
- Kroll, Frank-Lothar et al. (Hg.) (2021), Die Hohenzollerndebatte. Beiträge zu einem geschichtspolitischen Streit, Berlin
- Kümmel-Schnur, Albert, Sibylle Mühleisen, Thomas S. Hoffmeister (2020), Transfer in der Lehre. Zivilgesellschaftliches Engagement als Zumutung oder Chance für die Hochschulen?, Bielefeld
- Liebscher, Doris (2020), Clans statt Rassen – Modernisierungen des Rassismus als Herausforderungen für das Recht, in: Kritische Justiz 53, 529–542
- Loock, Kathleen (2014), Kolumbus in den USA. Vom Nationalhelden zur ethnischen Identifikationsfigur, Bielefeld
- Malinowski, Stephan (2021), Die Hohenzollern und die Nazis. Geschichte einer Kollaboration, Berlin

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Manegold, Bartholomäus (2002), Die Archivierungspflicht öffentlicher Stellen und das Archivzugangsrecht des historischen Forschers im Licht der Forschungsfreiheitsverbürgung des Art. 5 Abs. 3 GG, Berlin
- Meinel, Florian, Benjamin Kram (2014), Das Bundesverfassungsgericht als Gegenstand historischer Forschung. Leitfragen, Quellenzugang und Perspektiven nach der Reform des § 35b BVerfGG, in: JuristenZeitung 69, 913–921
- Metzler, Gabriele (2004), Einführung in das Studium der Zeitgeschichte, Paderborn
- Möller, Horst (2003), Was ist Zeitgeschichte?, in: Möller, Horst, Udo Wengst (Hg.), Einführung in die Zeitgeschichte, München, 13–51
- Ogorek, Regina (1986), Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main
- Otto, Martin (2010a), 2046 weiß man alles über die KPD, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28. August 2010, 33
- Otto, Martin (2010b), Keine Gnade für Doktoren!, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 19. Oktober 2010, 35
- Partsch, Christoph J. (2021), Bundesarchivgesetz. Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden
- Pawelletz, Regina (2021), Der Zugang zu den Akten des Bundesverfassungsgerichts aus archivrechtlicher Sicht, in: Deiseroth / Weinke (Hg.) 147–153
- Richter, Hedwig (2020), Demokratie. Eine deutsche Affäre, München
- Richter, Hedwig (2021), Aufbruch in die Moderne. Reform und Massenpolitisierung im Kaiserreich, Berlin
- Schmidt-Räntsch, Jürgen (2009), DRiG. Deutsches Richtergesetz. Richterwahlgesetz. Kommentar, 6. Aufl., München
- Schmoeckel, Mathias, Matthias Maetschke (2016), Rechtsgeschichte der Wirtschaft. Seit dem 19. Jahrhundert, 2. Aufl., Tübingen
- Schönberger, Sophie (2021), Was soll zurück? Die Restitution von Kulturgütern im Zeitalter der Nostalgie, München
- Schröder, Jan (2020), Recht als Wissenschaft, 2 Bde., 3. Aufl., München
- Schubert, Werner (2020), Quellen zum Deutschen Richtergesetz vom 8. 9. 1961, Teil I, Frankfurt am Main
- Schulz, Wolfgang, Keno C. Potthast (2021), Wissenschaftskommunikation und ihre Förderung aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hg.), Wissenschaftskommunikation und Social Media zwischen Rechtsschutz und Regulierungsbedarf, Wissenschaftspolitik im Dialog 15/2021, Berlin, 11–33
- Schwartz, Maria (2006), Der Begriff der Maxime bei Kant. Eine Untersuchung des Maximenbegriffs in Kants praktischer Philosophie, Münster
- Shohat, Ella, Robert Stam (2014), Unthinking Eurocentrism. Multiculturalism and the Media, 2. Aufl., London
- Specht-Riemenschneider, Louisa (2023), Allgemeines Persönlichkeitsrecht, in: beck-online.Grosskommentar, § 823 Rn. 1157–1640, Stand: 1. Februar 2023, München, https://beck-online.beck.de, zuletzt abgerufen am 29. März 2023
- Staats, Johann-Friedrich (2012), Deutsches Richtergesetz, Baden-Baden
- Süss, Winfried (2021), »Um Erbe und Ehre«. Der Streit um das Hohenzollernvermögen als Skandal und Lehrstück, in: Bösch, Frank et al. (Hg.), Public Historians. Zeithistorische Interventionen nach 1945, Göttingen, 429–443
- Tack, Anja (2021), HT 2021: Klio vor dem Kadi. Geschichtswissenschaft zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht (Tagungsbericht), in: H-Soz-Kult vom 20. November 2021, http://www.hsozkult.de/conferencereport/id/fdkn-127722, zuletzt abgerufen am 29. März 2023
- Teubner, Gunther (2015), Rechtswissenschaft und -praxis im Kontext der Sozialtheorie, in: Grundmann, Stefan, Jan Thiessen (Hg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich – Law in the Context of Disciplines. Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und -praxis, Tübingen, 141–164
- Thiessen, Jan (2021), Otto von Gierke (1841–1921), in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 29, 892–937
- Thiessen, Jan (2022), Schuld und Entschuldigung – die Entschädigung von Sinti und Roma vor dem Bundesgerichtshof, in: Jessberger, Florian et al. (Hg.), Strafrecht und Systemunrecht. Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag, Tübingen, 663–684
- Thiessen, Jan (2023), Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, in: Duve, Thomas, Jasper Kunstreich, Stefan Vogenauer (Hg.), Rechtswissenschaft in der Max-Planck-Gesellschaft, 1948-2002, Göttingen, 141–196
- Torp, Cornelius (2005), Die Herausforderung der Globalisierung. Wirtschaft und Politik in Deutschland 1860–1914, Göttingen
- Torp, Cornelius (2022), Das Deutsche Kaiserreich in der ersten Globalisierung, in: Riotte, Torsten, Kirsten Worms (Hg.), Das Kaiserreich vermitteln. Brüche und Kontinuitäten seit 1918, Göttingen, 167–192
- Tuchman, Barbara W. (1964), Can History Be Served Up Hot?, in: The New York Times Book Review vom 8. März 1964, 1, 28, 30
- United States Senate, Subcommittee on Administrative Practice and Procedure of the Committee on the Judiciary (1974), Freedom of Information Act Source Book. Legislative Materials, Cases, Articles
- Weinke, Annette (2021), Erfolgreiche Selbstaufklärung? Zur Erforschung der NS-Justizvergangenheit durch die juristische Zeitgeschichte, in: Deiseroth / Weinke (Hg.) 87–99
- Welcker, Carl Theodor (1841), Oeffentlichkeit, in: Rotteck, Carl von, Carl Theodor Welcker (Hg.), Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften in Verbindung mit vielen der angesehensten Publicisten Deutschlands, Bd. 12, Altona, 252–309
- Werner, Frank, Judith Scholter (2022), »Die Weltgeschichte hat ihr Urteil geprochen«, in: ZEIT Geschichte vom 8. Februar 2022, 16–21
- Wiegrefe, Klaus (2019), »Der Mann war eine Flasche«. Historiker Christopher Clark über den Hohenzollern-Streit, in: DER SPIEGEL 44/2019, 56
- Wieling, Hans Josef, Thomas Finkenauer (2020), Sachenrecht, 6. Aufl., Berlin
- Wilsch, Harald (2023), § 12 GBO, in: Beck'scher Online-Kommentar zur Grundbuchordnung, https://beck-online.beck.de/, zuletzt abgerufen am 29. März 2023
- Wirsching, Andreas (2021), Rezension von: Hedwig Richter, Demokratie. Eine deutsche Affäre. Vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart, München 2020, in: sehepunkte 21, Nr. 3 vom 15. März 2021, http://www.sehepunkte.de/2021/03/34995.html, zuletzt abgerufen am 29. März 2023

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH



Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Jakob Zollmann

Recht sprechen über »besondere Gebilde« – die koloniale Gerichtsbarkeit und das Reichsgericht

Einleitung: Kontinuität und Verflechtung

Vor deutschen Gerichten hatte die Kolonialzeit schon angefangen, lange bevor 1884 oder später in Afrika oder Asien die Flagge des Deutschen Reichs gehisst wurde. Und so richtig es sein mag, das formale Ende der deutschen Kolonialherrschaft über Territorien in Afrika, Asien und dem Pazifik mit der Unterzeichnung des Versailler Friedensvertrags 1919 anzusetzen (der in Artikel 119 die Anerkennung des deutschen »Verzichts« auf Kolonien festschrieb), so unzweifelhaft blieben doch deutsche Behörden mit Kolonialfragen betraut – und sei es mit der Abwicklung der »deutschen Schutzgebiete« und der Versorgung ihrer ausgewiesenen deutschen Siedlerschaft.[1] Nämliches lässt sich von deutschen Gerichten sagen, die weiterhin »koloniale« Sachverhalte zu bearbeiten und vorherige Gerichtsentscheidungen mit kolonialen Bezügen zu beachten hatten.[2] Die europäischen Kolonien und so auch die deutschen »Schutzgebiete« prägten die Rechtsprechungspraxis nicht allein während der deutschen Kolonialzeit, sondern auch davor und darüber hinaus. Auch anhand der rechtshistorischen Quellengattungen deutscher Gerichtsentscheidungen und den ihnen zu Grunde liegenden Verfahrens- und (kolonialen) Gerichtsorganisations-Normen lässt sich daher die Einsicht des Afrika-Historikers Frederick Cooper belegen: »Das Koloniale erwies sich eben nicht als ein zeitlich abgegrenztes, gleichsam säuberlich auszuscheidendes Element der Weltgeschichte.«[3] Vielmehr lassen sich Kontinuitäten nachverfolgen, die die Unterscheidungen in vorkoloniale, koloniale und postkoloniale Epochen zu hinterfragen geeignet sind.[4]

Diese (post-)koloniale Einsicht in die (fortdauernden) Wirkungszusammenhänge der Rechtsprechung mit kolonialen Bezügen soll im Folgenden anhand der Rechtsprechung deutscher oberster Gerichte, insbesondere des Reichsgerichts, illustriert werden. Teil I beleuchtet eine Reihe von kolonialen Rechtsfragen, die vor deutschen Gerichten verhandelt wurden, *bevor* das Deutsche Reich in den Kreis der Kolonialmächte eintrat. Teil II analysiert den Aufbau der »Nichteingeborenengerichtsbarkeit« in den deutschen Kolonien als ein Element der kolonialstaatlichen Ordnung, das in der Gerichtshierarchie bis hinauf zum Reichsgericht in Leipzig reichte. Teil III geht auf die konkreten Entscheidungen der Senate des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt) ein, denen koloniale Sachverhalte und Rechtsfragen zu Grunde lagen. Diese Entscheidungen zeigen, wie die Kolonien als »besondere Gebilde«[5] in der deutschen Rechtsprechung einerseits exotisiert, andererseits normalisiert wurden um (kolonial)politischen Zielsetzungen im Kaiserreich zu entsprechen.

I. Kolonialhandel in Deutschlands proto-kolonialer Zeit – Kolonialwaren und die deutsche Rechtsprechung

War den Rechtsprechungsinstanzen der älteren westeuropäischen Imperien der Umgang mit kolonialen Sachverhalten und speziellen Kolonialrechten im 18. und 19. Jahrhundert eine Alltäglichkeit,[6] so gab es auch in den deutschen Staaten vor der Reichseinigung 1871 und vor dem Beginn der deutschen Kolonialherrschaft ab 1884 vereinzelt Gerichtsentscheidungen, die sich auf Sachverhalte

1 Vgl. das konkrete Beispiel von Aas / Sippel (1997); generell: van Laak (2003) 79; Schwarz (2002).
2 Vgl. z. B. die Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) 113, 78 [1926].
3 Cooper (2012) 91.
4 Vgl. Táíwò (2023).
5 Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt) 44, 204, 207; die zivilrechtliche Seite wird analysiert in: Zollmann (2016); einzelne Abschnitte dieses Artikels wurden überarbeitet in diesen Beitrag aufgenommen.
6 Vgl. nur Durand / Fabre (Hg.) (2006); Gérard-Loiseau / Renucci (2016); Benton / Ford (2013) 173.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

in europäischen Kolonien in Asien, Afrika oder Amerika bezogen. Vor deutschen Gerichten war die Kolonialzeit also längst schon angebrochen, noch bevor die Kolonialenthusiasten begannen, für deutschen Kolonialbesitz, ein »deutsche[s] Indien«, ein deutsches »Cochinchina« zu werben[7] – ja vor diesen Gerichten wurde verhandelt, was in ihren Augen besonders für koloniale Erwerbungen sprach: Einnahmen aus der Kolonialwirtschaft und aus den kolonialen Absatzmärkten; Einnahmen, die jedoch von den Behörden anderer europäischer Mächte verzollt wurden, wie die deutschen Befürworter direkten kolonialen Engagements nicht müde wurden zu bedauern. Im 19. Jahrhundert waren auch deutsche Richter insofern »worldly provincials«, als sie aus ihrer Rechtsprechungspraxis ebenso um die globale Expansion und Verflechtung europäischer Märkte, europäischer Wissenschaft und europäischer Machtprojektionen wussten, wie um die deutschen Beteiligungen an diesen transozeanisch-(proto)kolonialen und vor allem transimperialen Netzwerken.[8] In den Jahrzehnten vor den deutschen Kolonialerwerbungen waren hanseatische Firmen wie *C. Woermann* oder *Jantzen & Thormälen* mit mehr als zwanzig Faktoreien in Afrika, von Liberia bis zur Kongo-Mündung, vertreten und erlangten dort mitunter eine regional dominierende Stellung im Handel. Auch die Firma *Godeffroy* hatte eine »Quasi-Monopol«-Stellung im Handel mit Samoa und Tonga in der Südsee inne.[9]

Insbesondere die hanseatischen Gerichte hatten daher immer wieder Streitigkeiten zu entscheiden, in die Hamburger oder Bremer Kaufleute oder Kapitäne verwickelt waren. Etwa weil sie Waren in »Batavia« oder anderen Kolonien abgeholt, aber nicht rechtzeitig am »richtigen« Bestimmungsort in Europa gelöscht hatten,[10] oder weil strittig blieb, wie »eine Rumladung von Havana nach Hamburg zu berechnen« war.[11] Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht der vier Freien Städte (Hamburg, Lübeck, Bremen und Frankfurt am Main) in Lübeck war für diese Rechtsstreitigkeiten die letzte Instanz. Wie Peter Oestmann betont, bildeten seehandelsrechtliche Streitigkeiten (sie hatten immer »Auslandsbezug«) ein »Kerngebiet« des Oberappellationsgerichts.[12] Es galt Bernhard Windscheid und anderen Rechtsgelehrten – auf Grund der herausragenden juristischen Qualität seiner Entscheidungen – als »wohl erste[r] deutsche[r] Gerichtshof«.[13] In dessen »praxisnahe[r], durch das Handelsrecht geprägte[r] Rechtsprechung«[14] lassen sich freilich allenfalls Bruchstücke kolonialer Diskurse ausmachen – nicht zuletzt ist es die Selbstverständlichkeit, mit der die »abgründigen Wanderwege der Kolonialwaren«,[15] oft Genussmittel wie Kaffee, Tee, Tabak, Zucker, Kakao, Rum oder Gewürze, aber auch Reis, Baumwolle, Elfenbein, Felle oder Palmöl, juristisch in eine »Mikro-Ökonomie der Globalisierung« in Deutschland eingeflochten wurden.[16]

Desgleichen hatte das 1871 als neue oberste deutsche Appellationsinstanz gegründete Reichsoberhandelsgericht[17] regelmäßig Streitigkeiten mit kolonialen Bezügen zu entscheiden. Kolonialer Klageanlass war auch hier ausnahmslos der Seehandel: Geklagt wurde etwa wegen Frachtrisiken, Gewichtsmaßen oder der Berechnung von Frachtgebühren oder Kapitänszulagen aus oder in koloniale Häfen Hollands oder Großbritanniens.[18] Dabei muss in Betracht gezogen werden, dass »Hamburg sich [nach der Reichsgründung] schnell zu *dem* europäischen Handelsumschlagplatz entwickelte« und die Kolonialwaren, insbesondere Kaffee, dabei eine zentrale Rolle spielten. Allein in Hamburg waren »von 1880 bis 1928 um die 750 Unternehmen« im Kaffeegroßhandel tätig, die auch für den innereuropäischen Transithandel mit Kaffee eine bedeutende Rolle spielten. Von der Ernte bis zum Konsum waren mindestens

7 Zantop (1997); Bade (1975).
8 Vgl. Penny / Bunzl (Hg.) (2003); aus einer breiteren historiographischen Perspektive Steinmetz (2006); Kamissek / Kreienbaum (2016).
9 Vgl. Skrivan (1995); Gründer (2004) 82.
10 *Bothen c. Behn* (1858), in: Sammlung der Erkenntnisse und Entscheidungsgründe des Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen nebst Erkenntnissen der unteren Instanzen, Bd. 3 (1856–1860), Nr. 39, Hamburg 1864, 410–425.
11 *Sloman c. Schnabelius* (1865), in: Kierulff (1866) Nr. 50, 695–707.
12 Oestmann (2013) 226 f.
13 Zit. in: Polgar (2007) 17; vgl. Oestmann (2013) 224.
14 Fischer (2010) 1079.
15 Zeitschrift für Ideengeschichte 15,1 (2021): »Kolonialwaren« (Einband).
16 Rischbieter (2011); vgl. für ein Schweizer Beispiel Dejung (2013).
17 Winkler (2001); Müssig (2013) 265.
18 Vgl. z. B. Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (ROHGE) 3, 253 (1872); ROHGE 22, 45 (1878).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

16 Handels- und Verarbeitungsstufen erforderlich.[19] Diese komplexe Organisation des Handels mit Kaffee – aber auch anderen Kolonialwaren – ließ Streitigkeiten entstehen, die mitunter bis vor die höchsten deutschen Gerichte ausgetragen wurden.[20]

Der in der Forschung seit langem etablierte »Gemeinplatz« eines Zusammenhangs zwischen Liberalismus, Kolonialismus und Kapitalismus[21] bedurfte zu seiner institutionellen Absicherung auch der nationalen Gerichtsbarkeit. Da für die zwischenstaatlichen Handelsbeziehungen die Produkte und Märkte kolonialer Territorien gegen Ende des 19. Jahrhunderts weiter an Bedeutung gewannen, spielten für die Beilegung solcher Streitigkeiten mit kolonialem Sachverhalt zwischen Kaufleuten unterschiedlicher Nationalität darüber hinaus kaufmännische – mitunter aber auch internationale – Schiedsgerichte *(arbitrage / arbitration)* eine wachsende Rolle.[22]

Das dahinter stehende Ideal einer freien, friedlichen und regelgeleiteten internationalen (Handels-)Ordnung, die auch Waren aus den Kolonien einbeziehen würde, musste jedoch regelmäßig hinter die Wechselfälle der internationalen (Handels-)Politik zurücktreten. Denn die Ein- und Ausfuhr von Kolonialwaren war stets auch politisches Streitobjekt zwischen den involvierten Regierungen, die damit die Bedeutung eines ungehinderten und direkten Zugangs zu den kolonialen oder erst noch zu kolonisierenden Territorien weiter unterstrichen – der sogenannte *Scramble for Africa* ging auch auf diese Streitigkeiten zurück. Strittig waren Ein- und Ausfuhrzölle, die erhoben oder nicht erhoben, gesenkt oder erhöht werden konnten, je nachdem, wie es die wirtschaftspolitische ›Vernunft‹ oder die im Wettstreit miteinander liegenden Interessenvertreter gegenüber einer der beteiligten Regierungen durchzusetzen wussten.[23]

So wurden auch in Deutschland Kolonialwaren zum Thema für – im Parlament kontrovers diskutierte – Gesetzesvorlagen. Reichskanzler Otto von Bismarck etwa sah sich 1876 im Reichstag mit der Frage konfrontiert, wie das Deutsche Reich auf die Erhöhung der russischen Einfuhrzölle reagieren werde. Er bekannte, dass er die Zollpolitik Russlands für einen »Irrweg« hielt, der auf das Land selbst zurückfallen werde und bestätigte, dass als »stärkste[r] Posten Kolonialwaren« betroffen waren. Denn »wir [haben] für Kolonialwaren jährlich für etwa 54 Millionen [M] nach Rußland eingeführt. Wenn die nun einer so viel höheren Besteuerung unterliegen sollen, so wird der russische Konsument sie entweder tragen oder die Kolonialwaren entbehren müssen. Dadurch wird unser Zwischenhandel, der Transithandel, vielleicht in gewissem Maße betroffen, indem in Zukunft vielleicht weniger Leute in Rußland Kaffee trinken, aber unsere Produzenten schädigt das nicht wesentlich [Hamburg war damals noch nicht Teil des deutschen Zollgebiets, sondern wurde erst 1888 angeschlossen].«[24] Ein solches auf Kosten der deutschen Kolonialwirtschaft betriebenes Abwiegeln von Schwierigkeiten im Verhältnis zu Russland, das der Reichskanzler nicht in die Arme Frankreichs treiben wollte,[25] fiel dem bekennenden Kolonialskeptiker Bismarck nicht schwer. Im komplexen Zusammenspiel von Außen- und Innenpolitik erschienen ihm die kolonialen Handelsinteressen in Deutschland vorerst als zu vernachlässigende Größe.

Wenige Jahre später aber waren deutsche Kaufleute mit Interessen in West-Afrika zutiefst besorgt über Gerüchte, dass französische, britische und portugiesische Kolonialbehörden ihnen den Zugang zu den afrikanischen Märkten durch Zölle erschweren oder gar blockieren würden. Angesichts der wirtschaftlichen »Depression« und einer weltweiten Abkehr vom Freihandel schenkte Bismarck ab 1880 diesen Sorgen mehr Gehör. Er war schließlich 1884 sogar bereit, insbesondere gegen britische Interessen, deutsche Handelsinteressen in bestimmten Gebieten Afrikas (Togo, Kamerun und »Deutsch-Südwestafrika« [DSWA] genannt) staatlichen »Schutz« zu gewähren in der Hoffnung, so der Erschließung neuer Absatzmärkte gedient zu haben – wobei er stets betonte, dass diese »Schutzgebiete« keine staatlichen Kolonien seien. Ganz

19 Rischbieter (2011) 61 f., sowie das »Zusatzmaterial« (»Prosopografie Kaffeehandelsunternehmen in Hamburg«, 29–63) zum Buch unter www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com/media/pdf/7d/e8/fd/978-3-412-20772-4_Bonus.pdf; Rischbieter (2014).

20 Vgl. z. B. ROHGE 6, 159 (1872); ROHGE 25, 368 (1880).

21 Statt vieler: Armitage (2004) 602; vgl. Kocka (2013).

22 Vgl. Lemercier / Sgard (2015) 14; Dezalay / Garth (2020); zu älteren Formen kolonialer Handelsschiedsgerichtsbarkeit vgl. Martineau (2018).

23 Vgl. Carter / Harlow (Hg.) (2003).

24 Stein (Hg.) (1910) 226 (Reichstagssitzung vom 05.12.1876).

25 Canis (2008) 115–122.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

sicher war er nicht plötzlich zu einem »enthusiastic imperialist« geworden;[26] vielmehr blieb der Reichskanzler seiner grundsätzlichen »Kolonialphobie« insofern treu, als er sich auch weiterhin staatlichem Kolonialengagement zu verweigern gedachte.[27] Im Reichstag erläuterte er seine Vorstellungen nebulös:

> »Unsere Absicht ist, nicht Provinzen zu gründen, sondern kaufmännische Unternehmungen, aber in der höchsten Entwicklung, auch solche, die sich eine Souveränität, eine schließlich dem Deutschen Reich lehnbar bleibende, unter seiner Protection stehende kaufmännische Souveränität erwerben, zu schützen in ihrer freien Entwicklung«.[28]

Die Formulierung von der »kaufmännischen Souveränität« umschrieb den Grundsatz, dass die Kaufleute vor Ort Institutionen selbst errichten und durch ihren Kolonialhandel finanzieren und damit eher dem vormodernen »Company State« der Niederländischen oder Englischen »Ostindischen Kompagnien« entsprechen sollten.[29] Bismarck hielt es für »nicht richtig«, solche Gebiete »von deutschen Beamten verwalten zu lassen und dort Garnisonen zu errichten«[30] oder gar kolonialstaatliche Gerichte einzusetzen, die in die deutsche Gerichtshierarchie einzugliedern seien.

Zwar hatte er mit diesen Schutzgebiets-/Protektorats-Plänen in der Südsee einigen Erfolg, wo sich etwa die *Jaluit-Gesellschaft* bereitfand, für die Rechte auf Ausbeutung von Produkten der Marshall-Inseln die Kosten der Souveränitätsausübung unter einem deutschen »Schutzbrief« zu übernehmen.[31] Doch wohlwissend um die mit solchen Plänen auf sie zukommenden Kosten (die sie sich sparen wollten), drängten deutsche Kaufleute in Afrika auf ein stärkeres staatliches Engagement. Im September 1884 forderten mehrere Inhaber deutscher Firmen, die an Afrikas Westküste Niederlassungen besaßen, vom Reichskanzler nicht nur die Einsetzung eines deutschen Gouverneurs, sondern die Ausübung deutscher Jurisdiktion über die deutsche Einflusssphäre in Südwestafrika und Kamerun. Aus der Sicht der deutschen Rechtsanwender im Kolonialhandel schien die Anwendung der gewohnten Normen – das deutsche Recht – erstrebenswert. Insbesondere das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch und das deutsche Strafrecht sollten so bald als möglich Geltung erhalten. Als Appellationsinstanz könne, so ihr der hanseatischen Tradition folgende Wunsch, das Hanseatische Oberlandesgericht (HansOLG) in Hamburg dienen[32] – war es doch mit kolonialen Sachverhalten längst vertraut.

Entgegen seiner eigenen Überzeugung wurden noch unter Bismarck auch die juristischen Grundlagen für eine formale staatlich organisierte Kolonialherrschaft geschaffen und mit dem seit 1885 diskutierten und 1886 verkündeten Schutzgebietsgesetz (SchGG) insbesondere die Frage der »Gerichtsbarkeit« in den Schutzgebieten geregelt. Schon unter den Zeitgenossen kam die Vermutung auf: »Zu Beginn der Kolonialbewegung […] war sich die Reichsregierung selbst nicht klar über ihre Stellung zu den […] Überseegebieten.«[33] Zwar durfte es deutsche *Kolonien* unter Bismarcks Reichskanzlerschaft nicht geben, doch ab 1890 sollte es unter seinen Nachfolgern anders kommen in den *Schutzgebieten* – dieser Begriff blieb zwar bis 1919 amtlich gültig, doch selbst unter Juristen wurde noch in den 1890er Jahren der Begriff »Kolonie« gebräuchlich.[34] Innerhalb von kaum zehn Jahren wurde eine durch das deutsche Kolonialrecht – das heißt: die Summe der auf die Kolonien bezogenen Reichsgesetze, Verordnungen, Verfügungen und speziellen Runderlasse der Gouverneure – gelenkte rudimentäre deutsche Verwaltungshierarchie in den Schutzgebieten errichtet. Bald schloss sie auch ein spezielles Kolonialgerichtswesen mit ein.

II. »Nichteingeborenengerichtsbarkeit« – die koloniale Gerichtsorganisation und das Reichsgericht

Unzweifelhaft war die »Eingeborenenpolitik« das »Herzstück«, der »Grundpfeiler« jeder Kolo-

26 So aber jüngst Cross (2021).
27 Baumgart (2017) 45.
28 Bismarck in: Stenographische Berichte des Reichstags (SBRT) 5. Legislaturperiode, 4. Session, Bd. 2, 42 Sitzung vom 26.06.1884, 1062; vgl. Schildtknecht (2000) 58–62.
29 Stern (2011).
30 Rede Bismarcks am 23.06.1884 vor der Budgetkommission des Reichstags, zit. in Kohl (Hg.) (1970) 168.
31 Storr (2020) 82.
32 Vgl. Stengel (1886) 39; Kade (1939) 73.
33 Schwörbel (1906) 9.
34 Vgl. Kolisch (1896) iii.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

nialherrschaft.[35] Der Umgang mit den und die Erwartungen an die Kolonisierten oder erst noch zu kolonisierenden Bevölkerungsteile waren im Selbstbild der Kolonialherren, ob Beamte oder Siedler, zentral für die eigene als »kolonial« bezeichnete Tätigkeit.[36] Daneben aber gab es den unvermeidbaren Zwang für die Kolonialherren, sich selbst, den Kolonialstaat, zu organisieren. Das vorrangige Mittel zu diesem Zweck war das Recht – in der Kolonie wie im »Mutterland«. Dabei ging es nicht mehr, wie zuvor, allein um Fragen des Handels- und Seerechts. Vielmehr wurden durch die Normen – ob verfassungs-, staats- und verwaltungsrechtlich, zivil-, straf- oder verfahrensrechtlich – Erwartungen an zukünftiges Handeln der Beamten und Siedler formuliert und diese zur Beachtung verpflichtet. Die Zweifel daran, ob diese kolonialstaatliche Organisation in effizienter Weise gelingen würde, waren Teil der oben erwähnten Kolonialskepsis Bismarcks. Hatte er doch den Kolonialenthusiasten vorgehalten, Kolonien seien allenfalls gut als »Versorgungsposten für Beamte« und Deutschland verfüge nicht über eine »geschulte Bürokratie, die ferne Länder verwalten könne.«[37]

Mit der hier folgenden Analyse der »Nichteingeborenengerichtsbarkeit«[38] wird *ein* Element der kolonialstaatlichen Ordnung herausgegriffen, das in seiner Wirksamkeit weitgehend auf die Siedler- und Beamtenbevölkerung in den Kolonien und im »Mutterland« beschränkt sein *sollte*; wohingegen die Kolonisierten, wenn sie gezwungen waren mit dem Kolonialstaat in Kontakt zu treten – vor allem in strafrechtlichen Angelegenheiten –, einer Art administrativen Gerichtsbarkeit durch die Verwaltungsbeamten der »Bezirksämter« und der Polizei unterworfen wurden.[39] Die Mehrzahl der Kolonisierten wandte sich daher kaum je an die hier analysierte koloniale Gerichtsorganisation. Auch kamen die Kolonisierten in den resultierenden Urteilen und den zeitgenössischen wissenschaftlichen Analysen zur kolonialen (Europäer-)Gerichtsbarkeit selten vor. Wie die Einbeziehung von Gerichten im »Mutterland« bis hin zum Reichsgericht in Leipzig zeigt, war es mitunter nicht einmal notwendig, zur Erörterung kolonialer und speziell kolonialrechtlicher Fragen vor Gericht als Kläger oder auch Angeklagter die Kolonien je betreten zu haben.

So richtig also die generelle Feststellung sein mag, die »Rechtswelten der Kolonialherren und der Kolonisierten [hätten] sich im Alltag kaum« berührt,[40] so wichtig ist es, mit der neueren historischen Forschung zu unterstreichen, dass es gleichwohl immer wieder Fälle gab, in denen auf Grund der fortgesetzten Handlungsmacht von Kolonisierten die »Rechtswirklichkeit vor Ort […] die Utopie der Segregation [unterlief].« So hat Ulrike Schaper gezeigt, »wie stark die kamerunische Bevölkerung die koloniale Rechtspraxis mitgestaltete« und die »unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten jenseits institutioneller Grenzziehungen als Teile *einer* Lebenswelt und Angebote innerhalb eines Handlungsraumes wahr[nahmen].«[41] Auch aus Deutsch-Ostafrika (DOA), darauf verweist Stefanie Michels, sind Fälle überliefert, in denen Askari (afrikanische Soldaten der deutschen »Schutztruppe«) gegen Deutsche klagten: »Sie benutzten dafür die ›Nicht-Eingeborenengerichtsbarkeit‹, die in den Kolonien aufgebaut worden war, für eigene Zwecke.«[42] Dass dies möglich war, räumte auch das offiziöse *Deutsche Kolonial-Lexikon* ein: »Der Gerichtsstand für Nichteingeborene bestimmt sich nach § 2 SchGG [d. h. das »Gericht des Schutzgebietes« für Europäer gem. § 3 Nr. 1 SchGG]. Diese gesetzliche Vorschrift ist auch für Eingeborene maßgebend, wenn sie gegen einen Weißen gerichtlich vorgehen wollen.«[43]

Das Schutzgebietsgesetz von 1886 (RGBl. 75) regelte in zwei von seinen nur vier Paragraphen Fragen der »Gerichtsbarkeit«. So schränkte § 2 SchGG die Kaiserlichen Befugnisse (die »Schutzgewalt«, § 1 SchGG) auf den Gebieten des bürgerlichen, Straf- und Gerichtsverfahrensrechts ein, in dem er diese Rechtsmaterien dem 1879 erlassenen Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit (KGG) überließ. Durch das SchGG erhielten daher die bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen des preußischen Allgemeinen Landrechts (ALR, und ab 1900 das BGB) und des Reichsstrafgesetzbuchs (RStGB),

35 So Steinmetz (2002) 135 (meine Übersetzung).
36 Vgl. noch immer Memmi (1980 [1957]).
37 Zit. in: Baumgart (2017) 45.
38 Begriff nach dem 3. »Verordnungsentwurf zur Unterstellung würdiger Eingeborener unter die Nichteingeborenengerichtsbarkeit und Personenstandsbeurkundung« (Juli 1913), zit. in: Essner (2005) 44.
39 Vgl. zum deutschen »Eingeborenen«-Strafrecht Steinkröger (2019); Zollmann (2010) 93–199.
40 Essner (2005) 28.
41 Schaper (2012) 319.
42 Michels (2009) 177.
43 Gerstmeyer (1920b) 699.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

auf die § 3 KGG verwies, Geltung in den Schutzgebieten. In all diesen Rechtsmaterien blieb daher – so der Staatsrechtler Georg Meyer kategorisch – die Gesetzgebung »den gesetzgebenden Organen des Reiches vorbehalten«.[44] Des Weiteren sprach § 2 SchGG mit Blick auf das »gerichtliche Verfahren« in Zivil- und Strafrechtssachen für die in den Schutzgebieten lebenden Europäer (vgl. § 3 Nr. 1 SchGG; aber nur sie, nicht die »Eingeborenen«, § 3 Nr. 4 SchGG) davon, »daß an Stelle des Konsuls der vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigte Beamte und an Stelle des Konsulargerichts das nach Maßgabe der Bestimmungen über das letztere zusammengesetzte Gericht des Schutzgebietes tritt.«

Die Möglichkeit einer »Berufung und Beschwerde« gegen Entscheidungen dieser »Gericht[e] des Schutzgebietes« war in § 3 Nr. 4 SchGG angedacht. *Konnte* doch »[d]urch Kaiserliche Verordnung« das Hanseatische Oberlandesgericht als »Berufungs- und Beschwerdegericht« für koloniale Rechtsstreitigkeiten (zwischen Europäern) bestimmt werden – ganz so, wie es sich die hanseatischen Kaufleute 1884 gewünscht hatten. Dagegen wurde das 1879 gegründete Reichsgericht im SchGG nicht explizit erwähnt, wenn auch unstreitig war, dass es als Revisionsinstanz des HansOLG diente. Gleichwohl war das Reichsgericht schon 1885 in den verwaltungsinternen Debatten, die zur Verabschiedung des SchGG führten – gewissermaßen als Drohung – präsent. Denn Bismarck und seinen Beratern war es ursprünglich wichtig gewesen, dass »der Instanzenzug aus den Kolonien nicht zum Reichsgericht führen [würde], da eine Kompetenz des höchsten deutschen Gerichts nur durch [ein von der Reichsleitung eigentlich zu vermeidendes] Reichsgesetz zu begründen sei.« Bismarck wollte nicht nur keine Kolonien im engeren Sinne, sondern er wollte das Parlament aus allen außenpolitischen Angelegenheiten, wozu er auch die Schutzgebiete zählte, heraushalten. Diese sollten kein »parlamentarischer Exerzierplatz« werden. Dagegen argumentierte der Staatssekretär des Reichsjustizamts Schelling für die Verabschiedung eines Gesetzes, eben des späteren SchGG. Unter anderem verwies er auf die Möglichkeit, dass, wenn Gerichte in Deutschland als übergeordnete Instanzen Rechtsstreitigkeiten aus den Schutzgebieten zu entscheiden hätten, sie legitimerweise auch prüfen könnten, ob die bis dahin erlassenen Kaiserlichen Verordnungen zum Recht in den Schutzgebieten überhaupt verfassungsrechtlich gültig seien. Die Richter könnten dies – so Schelling – gegebenenfalls bestreiten. »Damit würden sich Kaiser und Reichskanzler dem […] keinesfalls geringen Risiko aussetzen, beispielsweise vom Reichsgericht staatsrechtlich bloßgestellt oder sogar in einen ›kleinen Verfassungskonflikt‹ getrieben zu werden.«[45] Angesichts dieser ›Drohung‹ mit verfassungsrechtlichen Weiterungen, die ihm noch aus der »Konfliktszeit« mit dem preußischen Abgeordnetenhaus (1862–1866) in Erinnerung waren,[46] willigte Bismarck 1885 in den Entwurf eines vom Reichstag zu verabschiedenden SchGG ein – selbst wenn dies seinen ursprünglichen Intentionen zu den »Schutzgebieten« widersprach.

Als Berufungsinstanz in Konsulargerichtsstreitigkeiten war zwar das Reichsgericht mit den rechtlichen Angelegenheiten deutscher Staatsangehöriger in kolonialen Kontexten befasst (§§ 18, 31, 36 KGG, 1879), doch betraf dies noch nicht die deutschen Kolonien. So nahm das Reichsgericht 1887 ein Urteil des deutschen »Konsulargerichts Sansibar« zur Berufung an; ein Territorium, das damals noch unabhängiges Sultanat war, aber zunehmend zwischen die widerstreitenden deutschen und britischen Kolonialinteressen in Ostafrika geriet.[47] Angesichts der Tatsache, dass deutsche Kolonialkaufleute bis 1914 unbestreitbar den größeren Teil ihres Umsatzes in den Kolonien anderer europäischer Mächte machten, passte es ins Bild, wenn eine der frühen Entscheidungen des Reichsgerichts mit genuin kolonialem Sachverhalt (1888) sich auf die »britische Kolonie Trinidad« bezog: Zu klären war die Frage, ob dort »deutsche Warenzeichen […] einen Schutz« genössen oder nicht.[48]

Aus dem oben Gesagten ergeben sich zwei für die Gerichtsorganisation und die »Ausübung der Gerichtsbarkeit« (§ 2 SchGG) maßgebliche Prinzipien des deutschen Kolonialrechts: Erstens die

44 Meyer (1891) 405; vgl. Radlauer (1911) 9; Stengel (1889); Stengel (1901) 179, Fn. 2.

45 Grohmann (2001) 25 f., die Schreiben Krauls an Schelling (RJA), 11.06.1885 sowie Schellings an das AA vom 25.06.1885 zusammenfassend.

46 Schlumbohm (Hg.) (1970).

47 RGZ 20, 112 [1888]; vgl. Glassman (1995).

48 RGZ 22, 93–106.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Trennung zwischen Reichsdeutschen (sowie anderen Europäern und diesen rechtlich gleichgestellten Bevölkerungsteilen; dies konnte im Einzelfall auch sogenannte »civilisirte Neger«, etwa aus den USA oder Jamaika einschließen[49]) und »Eingeborenen«, »Farbigen« oder was dergleichen an (Rechts-)Begriffen für die Kolonisierten gebräuchlich war, durch das Kolonialrecht.[50] Nur für Europäer galten die eingeführten allgemeinen deutschen Gesetze sowie die speziellen Verordnungen für die Kolonie(n), über deren Anwendung deutsche Gerichte in den Kolonien zu urteilen hatten. Dagegen sollte die Rechtsprechung der einheimischen Bevölkerung »im Allgemeinen« im Rahmen ihrer »bestehenden Sitten und Gewohnheiten« fortbestehen, so sagten es etwa die deutschen »Schutzverträge« an der Küste Kameruns den Duala zu.[51] Nicht zuletzt ging es auch darum, die Kolonialherrschaft abzusichern durch diesen Rückgriff auf vorkoloniale »Sitten und Gewohnheiten« – was die (versuchte) Einbeziehung »traditioneller Herrscher« (oder solchen Männer, die man dazu machte) und ihrer Gerichtsbarkeit einschloss. Zumindest aber sollten diese Herrschaftsversuche durch solche Rückgriffe erleichtert werden. Mit dieser kategorialen Zweiteilung, der ein kultureller Relativismus zu Grunde lag, ist auch das deutsche Recht in den Kolonien zu einem Teil der europäischen »Geschichte der Akzeptierung des Fremden wie der zunehmenden Distanzierung ihm gegenüber« geworden.[52] Zu Recht ist in der Forschung von einer prinzipiell »dualen Kolonialrechtsordnung« in Deutschlands Kolonialreich die Rede.[53] Ungeachtet dieser scheinbar eindeutigen Trennung und Zweiteilung lag in ihr jedoch von Beginn an ein schon zeitgenössisch nicht unterschätztes Konfliktpotential. Denn oftmals war die zuständige Gerichtsbarkeit für »weiße« und »farbige« Rechtssuchende den Beteiligten, ob Kolonialbeamten, Siedlern oder Kolonisierten, nicht ohne weiteres klar.[54] Darüber hinaus gab es eine nicht zu leugnende »Interaktion zwischen den kolonialen Gerichten und lokalen Gerichten«,[55] die noch verkompliziert wurde durch die »Gemischte Gerichtsbarkeit«, wenn »Angehörige beider Rassen miteinander in Rechtsverkehr treten«[56] – ungeachtet aller gegenteiligen Bestrebungen des Kolonialgesetzgebers konnte daher auch das »›Deutsche Kolonialrecht‹ [wie jedes andere Kolonialrecht] einen mischrechtlichen Charakter« nicht verleugnen.[57]

Das zweite Prinzip bildete die Kontinuität des Rechts für die deutsche Bevölkerung: Der deutsche Kolonialgesetzgeber ging von dem Gesichtspunkt aus, »daß der Kolonist in seine neue Heimat sein gewohntes bürgerliches Recht [oder andere Rechtsgebiete] mitnehmen und unter ihm leben soll.« Daraus folgte, dass in den Kolonien das Reichsstrafgesetzbuch und »die dem bürgerlichen Recht angehörenden Vorschriften der Reichsgesetze und daneben die innerhalb Preußens im bisherigen Geltungsbereiche des preußischen Allgemeinen Landrechts in Kraft stehenden allgemeinen Gesetze« zur Anwendung kamen (so § 19 Nr. 1 KGG i.V.m. § 3 SchGG [1900]).[58] Für die kolonisierte Bevölkerung sollte zwar grundsätzlich ebenfalls die Kontinuität der Geltung ihrer »Sitten und Gewohnheiten« maßgeblich bleiben (s. oben). Doch wurden diese fortwährend neu ausdefiniert (»erforscht«) und kolonialpolitischen und moralischen Erfordernissen unterworfen und abgeändert, ohne dass die Gouverneure in ihrer »Eingeborenen-Verordnungstätigkeit« ernsthaften Einschränkungen unterlegen hätten.[59]

Der so ausgestaltete koloniale Rechtspluralismus hatte vor allem das eine Ziel: die privilegierte Stellung der Kolonisatoren und die Unterordnung

49 Zit. in: Hiery (2017) 200, über den Jamaikaner James Gibbon, der auf einer Palauinsel als Regional-Vertreter der deutschen Kolonialverwaltung Dienst tat und Verhaftungen und Bestrafungen vornehmen konnte.

50 Vgl. Schaper (2012) 68–86.

51 Zit. in: Schaper (2012) 86.

52 Lepenies (1977) 52.

53 Zur »dualen Rechtsordnung« Sippel (1997).

54 Leutwein (1907) 243: »Das Gebiet, auf dem Zusammenstöße zwischen der weißen und der farbigen Rasse am ehesten zu erwarten waren, war naturgemäß dasjenige der Rechtspflege«; vgl. zur unklaren »Bestrafungsgewalt« Michels (2009) 107.

55 Schaper (2012) 319.

56 Gerstmeyer (1920b) 699 f.

57 Sippel (2017) 209, 215 f.

58 Hoffmann (1907) 106; vgl. Meyer (1888) 202; jedoch galten auch noch nach Einführung des BGB einige landesrechtliche Bestimmungen aus dem ALR. Dem preußischen Landesrecht waren auch nach 1900 vorbehalten gem. Art. 55 EG BGB: Jagdrecht, Fischereirecht, Wildschadenersatz, Waldschutzgesetz, Feld- und Forstpolizeigesetz, Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum u. a.; zum Ganzen vgl. Seelbach (1904) 22–26.

59 Vgl. Gerstmeyer (1920a) 507 f.; Schultz-Ewerth / Adam (1929–30).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

der Kolonisierten zu zementieren. Im Sinne des Soziologen Trutz von Trotha lassen sich die Motive für diese Rechtspolitik einordnen als Teil jener »Utopie staatlicher [okzidentaler] Herrschaft« in den Kolonien, die sich den deutschen Akteuren im kolonialen Alltag als »voraussetzungsreiche Prozesse der Akkumulation von Machtchancen und der Verfestigung von Macht« darstellte. Angesichts der oftmaligen machtpolitischen Schwäche der Kolonialverwaltung gegenüber der erst noch zu kolonisierenden Bevölkerung verstand es sich von selbst, dass diese versuchte »Verfestigung von Macht« von jeweils unsicherem, offenem Ausgang war.[60]

Mit der Reform des Schutzgebietsgesetzes 1888 (RGBl. 71) wurde die Zuständigkeit des Hanseatischen Oberlandesgerichts (und, da dessen Entscheidungen vor dem Reichsgericht angefochten werden konnten, auch dieses) in der kolonialen Gerichtsorganisation weitestgehend eingeschränkt, indem durch Kaiserliche Verordnung »als Berufungs- und Beschwerdegericht ein Konsulargericht oder ein Gerichtshof im Schutzgebiet bestimmt« werden konnten (§ 3 Nr. 9 SchGG [1888]). Dagegen hatte in der vorhergehenden Gesetzgebungsdebatte 1888 der Entwurf des Zentrums-Abgeordneten und Oberlandesgerichtsrats Viktor Rintelen ausdrücklich die Berufung »gegen Entscheidungen der Gerichte der Schutzgebiete« an das »Reichsgericht [wo er selbst kurze Zeit tätig gewesen war] oder ein anderes deutsches Gericht« als Möglichkeit vorgesehen.[61] Doch die Reichsleitung setzte sich in § 3 Nr. 9 SchGG mit ihrer Intention durch, das Mutterland und die Schutzgebiete in mehr oder weniger unverbundene ›Gerichtskreise‹ zu trennen und damit die »Kaiserdiktatur« aus § 1 SchGG weiterhin so wenig wie möglich einzuschränken. Die in § 3 Nr. 9 SchGG formulierte Kaiserliche Ermächtigung, die gerichtliche Zuständigkeit Gerichten in den Schutzgebieten zu übertragen, wurde in den folgenden Jahren genutzt. Es ergingen eine Reihe von Kaiserlichen Verordnungen über die »Rechtsverhältnisse« in den einzelnen Schutzgebieten.[62] Das abermals reformierte Schutzgebietsgesetz von 1900 (RGBl. 812) stellte in § 4 S. 1 unmissverständlich klar: »Die Eingeborenen unterliegen der im §. 2 geregelten Gerichtsbarkeit [für Europäer] und den im §. 3 bezeichneten Vorschriften [den deutschen Gesetzen wie BGB, RStGB, etc.] nur insoweit, als dies durch Kaiserliche Verordnung bestimmt wird.« Weiter bestimmte § 6 Nr. 6, dass durch Kaiserliche Verordnung

> »die nach dem Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit begründete Zuständigkeit des Reichsgerichts einem Konsulargericht oder einem Gerichtshof in einem Schutzgebiet übertragen und über die Zusammensetzung des letzteren Gerichtshofs sowie über das Verfahren in Berufungs- und Beschwerdesachen, die vor einem dieser Gerichte zu verhandeln sind, mit der Maßgabe Anordnungen getroffen werden [kann], daß das Gericht aus einem Vorsitzenden und mindestens vier Beisitzern bestehen muß«.

Diese Kaiserliche Verordnung erging wenige Monate später und sie legte in § 8 I fest:

> »Die nach dem Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 begründete Zuständigkeit des Reichsgerichts wird für das Schutzgebiet von Togo der Gerichtsbehörde zweiter Instanz im Schutzgebiete von Kamerun, für das Schutzgebiet von Kiautschou dem Kaiserlichen Konsulargericht in Schanghai, für das Inselgebiet der Karolinen, Palau und Marianen der Gerichtsbehörde zweiter Instanz im Schutzgebiete von Deutsch-Neu-Guinea, für die übrigen Schutzgebiete der in einem jeden derselben errichteten Gerichtsbehörde zweiter Instanz mit der Maßgabe übertragen, daß das Gericht aus dem zur Ausübung der Gerichtsbarkeit zweiter Instanz ermächtigten Beamten und vier Beisitzern besteht.«[63]

60 Trotha (1994) 15; vgl. Zollmann (2019b).
61 Grohmann (2001) 286 – »Antrag Rintelen 1888«, § 7.
62 Grohmann (2001) 67 f., 215, Fn. 312.
63 Kaiserliche Verordnung, betreffend die Rechtsverhältnisse in den deutschen Schutzgebieten vom 09.11.1900 (RGBl. 1005).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

In der Rechtspraxis mussten demnach erhebliche Abweichungen gegenüber der Situation in Deutschland auch in Verfahrensfragen hingenommen werden; einige ergaben sich aus der Natur der Sache: An Stelle des Konsuls im KGG trat der vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigte Kolonialbeamte, an Stelle des Konsulargerichts das nach Maßgabe der Bestimmungen des KGG gebildete Gericht des Schutzgebietes (§ 2 SchGG).[64] Weitere Regelungen über Abweichungen von den im Deutschen Reich üblichen Verfahren konnten ebenfalls über den Verordnungsweg ergehen.

Wesentlicher als diese Verfahrensabweichungen war für die Rechtswirklichkeit jedoch die grundlegende Tatsache, dass eine Trennung zwischen Verwaltung und Rechtsprechung zwar sachlich anerkannt, personell aber in der rund dreißig Jahre währenden deutschen Kolonialherrschaft nicht immer umgesetzt wurde. Der vom Gouverneur ernannte Bezirkshauptmann, der über keine richterliche Vorbildung verfügen musste, fungierte regelmäßig zugleich als »Richter«, sowohl über die Kolonisierten, als auch über die Europäer. So war weder die Unabhängigkeit eines Verwaltungsbeamten noch des Richters zu gewährleisten. Allen mit der Ausübung der Gerichtsbarkeit betrauten Beamten der Schutzgebiete stand das Recht zu, »für ihren Gerichtsbezirk bzw. einen Teil desselben polizeiliche Vorschriften zu erlassen und die Nichtbefolgung derselben mit Geldstrafe bis zu 150 Mark zu bedrohen [§ 4 KGG].«[65] In den 1890er Jahren fungierte als Berufungsinstanz gegen solche ›Urteile‹ der Gouverneur / Landeshauptmann der Kolonie persönlich.[66]

Mit der Ausweitung und Dezentralisierung der deutschen Siedlungsgebiete in den Kolonien Deutsch-Ostafrika und -Südwestafrika – den beiden deutschen Kolonien, die naturräumlich und klimatisch für geeignet befunden wurden, eine nennenswerte Zahl von europäischen Siedlern aufzunehmen[67] –, wuchsen die Anforderungen an die Gerichtsorganisation. Eine Aufteilung des Schutzgebietsterritoriums in mehrere Gerichtsbezirke wurde notwendig. 1896 bestanden in Kamerun, DOA und DSWA je zwei oder drei Gerichtsbezirke, wobei nun versucht wurde, Richteramt und Bezirkshauptmannschaft getrennt zu besetzen.[68] In DSWA etwa übernahm beim Gouvernement in Windhoek der juristisch ausgebildete Paul Richter (der »Doppelrichter«) die zweite Instanz eines »Obergerichts«. Die »Denkschrift« der Kolonialverwaltung für das Jahr 1898 vermerkte dann auch: »Die Thätigkeit an den drei Gerichten erster Instanz [wie auch am Obergericht DSWAs] war während des Berichtsjahres überall eine gesteigerte.«[69] – insbesondere stieg die Anzahl der Strafverfahren.[70] Auch das Reichsgericht selbst anerkannte, dass in den Schutzgebieten »die Reichsgewalt organisiert und […] auch deutsche, nach deutschen Gesetzen erkennende Gerichte geschaffen worden sind« (RGZ 84, 259, 261). Da nach der Reichsverfassung die Justizhoheit bei den Einzelstaaten lag, die Schutzgebiete aber nicht zum

64 Meyer (1891) 406.

65 Meyer (1891) 504.

66 In Deutsch-Ostafrika etwa wurde die deutsche Gerichtsbarkeit recht rege in Anspruch genommen. Vor den in zwei Bezirksgerichte und ein Obergericht geteilten Instanzen waren 1892 170 Zivilverfahren anhängig, von denen 10 noch nicht erledigt wurden. Hinzu kamen 13 Strafsachen. Auffällig ist die genaue Auflistung der Rechtsstreitigkeiten wie Urkundenprozesse, Zwangsvollstreckungen, Mahn- oder Konkurssachen etc.: Bei dieser vom Handelsrecht geprägten Gliederung liegt der Schluss nahe, dass in DOA Handel und Wirtschaft an die Verwaltung, besonders aber an die Rechtsprechung quantitativ wie qualitativ andere Anforderungen stellten, als in DSWA zu Beginn der 1890er Jahre. In DOA musste auf die bereits bestehenden Handelsbräuche eingegangen werden; andererseits boten die Regelungen des »Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs« eine hinreichende Lösungskompetenz, die auch die arabischen und indischen Händler zu ›ihrem Recht‹ kommen ließ, da gemäß Kaiserlicher Verordnung auf das bestehende (vorkoloniale) Handelsgewohnheitsrecht in der Kolonie Rücksicht genommen werden konnte (vgl. Denkschrift über das ostafrikanische und das südwestafrikanische Schutzgebiet, in: Drucksachen des Reichstages, 9. L.P., II. Sess. 1893/94, Bd. I, Nr. 48, 18; zum Handelsgewohnheitsrecht vgl. Hoffmann [1907] 108).

67 Kundrus (2003) 43–137.

68 Külz (1909) 193; zum Alltag im Gericht vgl. die Schilderung des Soldaten Carow (1898) 52, der 1896 als Gerichtsschreiber abkommandiert war.

69 Denkschrift über die Entwickelung der Deutschen Schutzgebiete im Jahre (1897/98), in: Drucksachen des Reichstages, 10. L.P., I. Sess. 1898/1900, Bd. I, Nr. 50, S. 144; genaue Zahlen werden nicht mitgeteilt.

70 Zur Diskussion strafrechtlicher Bestimmungen der Reichsgesetze und ihrer kolonialen Anwendbarkeit: Kraus (1911) 19–47.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Bundesgebiet gemäß Artikel 1 Reichsverfassung gehörten, hatten alle Gerichte der Schutzgebiete »den Charakter von Reichsgerichten«.[71] Die Urteile wurden im Namen des Kaisers, des obersten kolonialen Gerichtsherrn, gesprochen, der, ebenso wie die Gouverneure, zugleich über das Gnadenrecht verfügte.

Im Einzelnen gliederte sich die deutsche koloniale »Nichteingeborenengerichtsbarkeit« in folgende Instanzen:[72]

- der Kaiserliche Bezirksrichter
- (das Kaiserliche Bezirksgericht)
- der Oberrichter
- (das Kaiserliche Obergericht)
- [das Reichsgericht]

Die Gerichtsbarkeit wurde in erster Instanz durch den Bezirksrichter und das Bezirksgericht ausgeübt. Der *Bezirksrichter* war zuständig für die den Amtsgerichten durch das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) sowie die den Zivilprozess- und Konkursordnungen (ZPO; KO) zugewiesenen Sachen. Hinzu kamen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die durch Reichsrecht oder die in Preußen fortgeltenden allgemeinen Landrechte den Amtsgerichten übertragen waren. Nötigenfalls konnte der Bezirksrichter für seinen Bezirk seemannsamtliche Befugnisse erhalten, so bei Schiffsunfällen oder bei der Ausstellung von Flaggenzeugnissen gemäß § 8 SchGG. Außerdem war er, soweit nichts anderes bestimmt wurde, der Standesbeamte.[73] Für die Strafrechtspflege war er vor allem für die Voruntersuchungen, Beschlagnahmung, Durchsuchungen und die Entscheidung über die Festnahme verantwortlich.

Das *Bezirksgericht* bestand aus dem Bezirksrichter und zwei (Zivilverfahren) oder vier (Strafsachen) Beisitzern.[74] Nur in diesen Konstellationen konnten Verfahren geführt werden, die gemäß der ZPO und dem GVG den Zivilkammern vorbehalten waren (§ 10 Z. 1 KGG). Unter Verweis auf § 2 SchGG i.V. m. § 10 Nr. 1 KGG bestätigte das Reichsgericht 1914, dass die »Kaiserlichen Bezirksgericht[e]« in den Kolonien »mit der Zuständigkeit der Landgerichte in erster Instanz ausgestattete Gerichte« seien (RGZ 84, 259, 260). Den Zivilkammern waren als erstinstanzlichen Gerichten höherer Ordnung alle Prozesssachen zugewiesen, die in Deutschland nicht den Amtsgerichten zustanden: also alle Streitwerte über 300,- M, sowie Ehesachen, Handelssachen oder Klagen aus dem Gesetz über den unlauteren Wettbewerb. In Strafsachen übernahm das Bezirksgericht die Funktion des Landgerichts in erster Instanz und war zweitinstanzlich zuständig für Beschwerden gegen Entscheidungen des Bezirksrichters in Strafsachen (§ 10 II KGG).[75]

Der *Oberrichter* entschied allein über Rechtsstreitigkeiten in Zivil- und Konkurssachen, wenn die angefochtene Entscheidung in erster Instanz nicht unter Mitwirkung von Beisitzern ergangen war. Das *Obergericht* bestand aus dem Oberrichter und vier Beisitzern. Es war zuständig in allen Angelegenheiten, in denen nach dem KGG (1900) die Zuständigkeit des Reichsgerichts gegeben war. Demnach hatte es die Bedeutung einer endgültigen Beschwerde- und Berufungsinstanz in Zivil- und Strafsachen über Entscheidungen der Bezirksgerichte. Erste und letzte Instanz war es auch bei Wiederaufnahmeverfahren in Strafsachen. Für den Fall, dass ein Oberrichter nicht ernannt war, wurden dessen Befugnisse durch den Gouverneur wahrgenommen. Ein Umstand, der die nach wie vor nicht vollzogene Trennung von Verwaltung und Justiz auch den Zeitgenossen vor Augen führte.[76] Anwaltszwang herrschte we-

71 Meyer (1891) 513.

72 Abweichungen gab es im deutschen »Pachtgebiet« Kiautschou, China, vgl. Heger (2021) 59.

73 Hoffmann (1908) 43; Köbner (1903) 14.

74 Gerichtssitze in:
- DOA: Daressalam, Tabora, Tanga, Moschi;
- DSWA: Windhuk, Swakopmund, Keetmanshoop, Omaruru, Lüderitzbucht;
- Kamerun: Duala, Kribi und Lomie, Buea (als Obergericht auch für Togo zuständig);
- Togo: Lomé;
- Samoa: Apia;
- Karolinen und Marianen: Ponape, Jap, Saipan;
- Deutsch-Neuguinea: Friedrich-Wilhelmshafen, Rabaul (als Obergericht auch für die Karolinen und Marianen zuständig).

75 Seelbach (1904) 48. Zu den Problemen, die sich aus der Novellierung des GVG 1905 für das koloniale Strafverfahren und die Zuständigkeit von Schöffengerichten ergaben, vgl. Bendix (1906).

76 Vgl. Köbner (1903) 21; Hoffmann (1908) 44; zum Gouverneur als Oberrichter: Doerr (1913) 21. Für die Verfahrenskosten galten dieselben Grundsätze »wie bei uns« (Doerr [1914] 130, dort auch zum Folgenden): Alle Endurteile mussten regeln, wer die Kosten zu tragen hatte (§ 308 II ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühren richtete sich nach dem Umfang der gerichtlichen Tätigkeit, dem Streitwert und der Instanz, wobei die Sätze des Gerichtskostengesetzes wie in § 73 I KGG durch Verordnung verdoppelt waren.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

der vor den Bezirksgerichten noch vor dem Obergericht.

Das *Reichsgericht* selbst erhielt seine Zuständigkeit aus § 136 I GVG (1877) für die Fälle »des Hochverraths und Landesverraths, insofern diese Verbrechen gegen den Kaiser oder das Reich gerichtet« waren. Derartige Vorkommnisse aus den Kolonien sind allerdings nicht überliefert. Als zu Beginn des Ersten Weltkriegs im August 1914 in Kamerun der nicht der Europäer-Gerichtsbarkeit unterstehende König Manga Bell wegen »Hochverraths« (er hatte die Rechtmäßigkeit einer administrativen Anordnung in Frage gestellt) angeklagt wurde, war es de facto der Gouverneur, der ihn alsbald zum Tod durch den Strang verurteilte.[77]

Inwieweit das Reichsgericht über den ihm »angegliederten« Disziplinarhof auf Grund des Reichsbeamtengesetzes (1873) sowie das von diesem geordnete Disziplinarverfahren auch auf Verfahren gegen Kolonialbeamte einwirkte, bedarf noch näherer archivalischer Untersuchung. Fest steht, dass mit dem Kolonialbeamtengesetz (KolBG, 1910) eine eigene »Disziplinarkammer für die Schutzgebiete« mit Sitz in Potsdam (erste Instanz) und der »Disziplinarhof für die Schutzgebiete« mit Sitz in Berlin (zweite Instanz) installiert wurde.[78]

Wie oben ausgeführt, hatte die Reichsleitung ab 1888 von der Festlegung einer speziellen obersten kolonialen Appellationsinstanz im Deutschen Reich abgesehen. Doch die Diskussion darüber ging auch nach 1900 weiter. So wurde etwa neben dem Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg auch ein deutsches Konsulargericht oder ein oberstes Gericht in den Schutzgebieten angeregt, doch war eine Einigung hierüber nicht zu erzielen. Der Bonner Doktorand Fritz Seelbach machte den Vorschlag, einem Senat des Berliner Kammergerichts die kolonialen Revisionen zu übertragen. Die von ihm angeführten Argumente zeigen, in welchem Maße bis 1904 das preußische Recht die Rechtswirklichkeit der afrikanischen Kolonien durchdrungen hatte: 1. »in den Kolonien [kommt] immerhin ein beträchtliches Stück Preußisches Recht […] zur Anwendung« (das Argument lief darauf hinaus, dass die obersten preußischen Richter ›ihr‹ Recht am besten anzuwenden wüssten); und 2. wäre es hilfreich, wenn in diesem Senat Kolonialjuristen mitwirken würden. »Dieses ist aber für Leipzig [als dem Sitz des Reichsgerichts] schwer, für Berlin als Sitz der Kolonialabteilung [des Auswärtigen Amts] dagegen leicht durchführbar.«[79] Erfolg war diesen Überlegungen nicht beschieden.

Aber auch von anderen wurde »die Krönung des Gebäudes mit einem obersten Gerichtshofe, der die Einheitlichkeit unserer überseeischen Rechtsentwicklung gewährleisten soll«,[80] eingefordert. Vehementere Anläufe unternahm das Reichskolonialamt ab 1909 selbst, da die Steuerverfahren durch die Diamantenfunde in DSWA zu einer erheblichen Steigerung der Streitwerte beigetragen hatten. Insbesondere das Reichsschatzamt drängte darauf, diese Verfahren nicht den mit Beisitzern (die häufig Kaufleute waren) besetzten kolonialen Obergerichten letztinstanzlich zu überlassen. Um die aus dieser »ungeeigneten Besetzung mit […] [einem Richter und] vier Laien« resultierende »Unzulänglichkeit der Rechtsprechung der Obergerichte in den Kolonien« zu korrigieren,[81] sah der Gesetzentwurf einen obersten »Reichs-Kolonialgerichtshof« für die Europäer vor. Er sollte Zivil- und Strafsachen entscheiden. Doch scheiterte dieser Versuch an einer Vielzahl von Kritikpunkten: Zu gering schien die Zahl der zu erwartenden Fälle, zu hoch die veranschlagten Kosten; selbst im Bundesrat hatten sich die Gesandten nicht auf einen Sitz des Gerichts einigen können – Berlin oder Hamburg, später auch ein »Kolonialsenat« beim Reichsgericht in Leipzig standen zur Debatte. Auch die geplante Besetzung des Gerichts mit einem höheren Verwaltungsbeamten rief ob der Gefahr einer Verwischung von Judikative und Exekutive scharfen Widerspruch hervor. Die »mit zunehmender Härte zwischen Parlament und Regierung« geführte Diskussion eines neuerlichen Entwurfs der Reichsleitung zur Errichtung eines Kolonialgerichtshofs von 1913 verzögerte die Abstimmung bis in den Sommer 1914 hinein.[82] Zuvor schon hatte der Reichsgerichtsrat Lobe öffentlich beklagt,

77 Vgl. Bommarius (2015).

78 Vgl. Lobe (1929) 64; Näheres zum Disziplinarrecht in den Kolonien König (1900/01) 74–78; König (1920), unter Verweis auf § 5 Ausführungsbestimmungen zum KolBG vom 08.06.1910 (RGBl. 1091).

79 Vgl. Seelbach (1904) 49.

80 Köbner (1903) 36.

81 Lobe (1914) Sp. 62 den Regierungsentwurf zitierend.

82 Essner (1992) 78; Grohmann (2001) 215–222; vgl. den Gesetzentwurf zur Errichtung eines Kolonialgerichtshofs, in: Drucksachen des Reichstages (1913), Nr. 1174; Königsberger (1914) Sp. 165.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

es bestünde durch die Einsetzung eines eigenen »Kolonialgerichtshofs«, und damit eines »dritte[n] [Reichs-] Revisionsgericht[s]« (neben Reichsgericht und Reichsmilitärgericht), eine »große Gefahr für die Einheit der Rechtsprechung« in Deutschland. Lobe betonte auch, es sei angesichts der wirtschaftlichen Verflechtung zwischen dem »Mutterland« und den Kolonien »oft nur Zufallsache«, ob eine Klage in den Kolonien oder in Deutschland erhoben würde. In seiner erstaunlich sarkastisch formulierten Generalkritik des Regierungsentwurfs (die vorgeschlagene Besoldung i. H. v. lediglich 1500 M p. a. sei ein »Taschengeld«) plädierte er daher dafür, zur Wahrung der »Einheit der Rechtsprechung« den »Kolonialgerichtshof ans Reichsgericht in Leipzig an[zu]gliedern«.[83] Der Kriegsausbruch ließ sämtliche Bemühungen um einen eigenständigen »Kolonialsenat« hinfällig werden. Im Ergebnis wird in der Forschung festgehalten, dass die Kolonialgerichte »bis zum Untergang des deutschen Kolonialreichs keiner reichsrechtlichen Kontrolle« unterlagen.[84]

III. Das Reichsgericht in »kolonialen« Strafsachen – vier Entscheidungen im Kontext

Auch wenn ein deutsches »Reichskolonialgericht« bis 1914 nicht zu Stande kam, so kann doch das Stichwort der »fehlenden Kontrolle« dazu anregen, der Frage nachzugehen, in welchem Rahmen kolonialrechtliche Fragen vor dem höchsten deutschen Gericht, dem Reichsgericht, verhandelt und entschieden wurden; ob also doch eine höchstrichterliche »Kontrolle« einzelner mit den deutschen Kolonien in Verbindung stehender Sachverhalte im Kaiserreich stattfinden konnte. Zwar ist mit Marc Grohmann davon auszugehen, dass Fragen zu den »[k]oloniale[n] Kompetenzen […] weder die politischen noch die [rechts-]wissenschaftlichen Debatten des Kaiserreichs«[85] dominierten. Doch abgesehen von derartigen Relevanzkriterien genügt ein Blick in das »General-Register« der Entscheidungssammlung des Reichsgerichts oder ein Sucheintrag in der elektronischen Datenbank um festzustellen, *dass* – entgegen der Intentionen der Reichsleitung – die deutschen Kolonien, beziehungsweise das Handeln der deutschen Kolonialbeamten, Eingang in die höchstrichterliche Rechtsprechung des Deutschen Reichs gefunden haben – und insofern durchaus höchstrichterlich kontrolliert wurden; wenn auch nicht die Gerichtsentscheidungen in den Kolonien selbst.

Innerhalb von geschätzten 15 000 veröffentlichten Entscheidungen in 173 Bänden allein zum Zivilrecht zwischen 1879 und 1945 wurden etwa dreißig Entscheidungen mehrerer Zivilsenate des Reichsgerichts von 1888 bis 1932 mit »kolonialem« Sachverhalt in den »RGZ«-Bänden 22 bis 137 veröffentlicht. Soweit ersichtlich, wurden lediglich vier Entscheidungen des Reichsgerichts in *Straf*sachen mit kolonialem Bezug für veröffentlichungswürdig gehalten (innerhalb von insgesamt 78 Bänden, veröffentlicht zwischen 1880 und 1945).[86] Sie werden weiter unten analysiert – hinzu kommen zwei Entscheidungen mit Bezug auf die britische Kolonie Südafrika. Der Inhalt all dieser Entscheidungen zeigt, dass wesentliche Fragen des deutschen Kolonialrechts und der Kolonialpolitik *auch* vor dem Reichsgericht verhandelt wurden. Insofern ist es missverständlich, wenn es in der Forschung heißt, das Reichsgericht habe »grundsätzlich keine Entscheidungsbefugnis für die deutschen Kolonialgebiete bes[essen]«.[87] Denn auch wenn die vorherigen Urteile, gegen die Revision vor dem Reichsgericht eingelegt wurde, von Gerichten in Deutschland gefällt wurden (oft in Berlin, da dort das Reichskolonialamt seinen Sitz hatte), so waren die beteiligten Richter doch befugt, Streitfragen und Sachverhalte aus den deutschen Kolonien zu entscheiden, und mussten dafür

83 Lobe (1914) Sp. 57, 59–61, 63; Perels (1910) 13; Fleischmann (1910) Sp. 567; Erörterung des Kolonialgerichtshofs im Reichstag, in: SBRT 12. L.P., 2. Sess., 72. Sitzung vom 25.04.1910, 2670–2679.

84 Kopp (1997) 78; Doerr (1914) 15 ging fest davon aus, dass der »Kolonialgerichtshof […] die wünschenswerte Zustimmung der gesetzgebenden Faktoren finden [wird].«

85 Grohmann (2001) 3.

86 Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. General-Register zum 51.–60. Bd. / 61.–70. Bd., Leipzig 1906/1910, Stichworte z. B. auch »Schutzgebietsbeamter«, »Schutztruppe«; elektronische Datenbank »Die Entscheidungssammlungen der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ) und der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt)« (http://rgzrgst.staatsbibliothek-berlin.de/). Die folgenden Stichworte wurden eingegeben: »Kolonie; Kolonien; kolonial; Afrika; Deutsch-Südwestafrika; Windhuk; Schutzgebiet; Schutzgebietsdienst«. Ich danke Silvia Höhne und Rasmus von Schwerdtner für die erfolgreiche Suche.

87 Sippel (2017) 212.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

deutsches Kolonialrecht interpretieren. Darüber hinaus sind mehrere Fälle überliefert, in denen individuelle Kläger den »Landesfiskus von Togo« oder Deutsch-Südwestafrika drittinstanzlich vor dem Reichsgericht auf Zahlung verklagten (RGZ 54, 113 [1903]; RGZ 86, 6 [1914]; RGZ 95, 318 [1919]), oder umgekehrt der »Landesfiskus von Deutsch-Südwestafrika« (Rück-)Zahlungen von Privaten einklagen wollte (RGZ 81, 237 [1913]). *Ex officio* war das Reichsgericht daher eine (bisher überhörte) gewichtige Stimme in den kolonialen Debatten des Kaiserreichs.[88]

Zunächst sei eingeräumt, dass die oben genannten Zahlen angesichts der Gesamtmenge von Entscheidungen als eine *quantité négligeable* erscheinen mögen. Es ist wichtig, als Historiker des deutschen Kolonialismus den eigenen *sense of proportionality* nicht zu verlieren.[89] Zugleich ist zu betonen, dass die hier behandelten Entscheidungen des Reichsgerichts keinesfalls *alle* Entscheidungen mit Bezug auf die deutschen Kolonien sein müssen. Dem Abdruck in der erwähnten Entscheidungssammlung ging ein internes Auswahlprozedere unter den Reichsgerichtsräten voraus. Übrig blieben jene Entscheidungen, die in der maßgeblichen Textsammlung »Entscheidungen des Reichsgerichts« abgedruckt wurden: »Die Herausgabe besorgte im Namen der Mitglieder [des Reichsgerichts] eine Redaktionskommission, in die aus jedem Senat ein Senatsvertreter abgeordnet wurde. Welche Urteile für die Veröffentlichung bestimmt werden, entscheidet jedoch allein der Senat, der sie erlassen hatte; ohne dessen Genehmigung dürfen auch keine Kürzungen usw. für den Druck vorgenommen werden.«[90] Die tatsächliche Rechtsprechung des Reichsgerichts war deutlich umfangreicher: »allein im Jahr 1908 über 4000 Revisionen plus rund 1500 Beschwerden«.[91] Schätzungsweise wurden weniger als 10 % der Entscheidungen des Reichsgerichts in die Sammlung aufgenommen.[92]

Darüber hinaus ließe sich ebenso gut nach zeitgenössischen kolonialen / kolonialpolitischen Streitthemen fragen, die (für die Rechtsgeschichte: leider) *nicht* vor das Reichsgericht gebracht wurden – woran sich die (selten zu beantwortende) Frage anschließt, warum das nicht der Fall gewesen ist. Um hier nur ein Beispiel anzuführen: Seit deutsche Männer sich Mitte des 19. Jahrhunderts im südwestlichen Afrika niedergelassen hatten, hatten sie mit dort ansässigen Frauen auch Familien gegründet und waren mitunter (von deutschen Missionaren) kirchlich getraut. Die formale deutsche Kolonialherrschaft seit 1884 hatte an dieser Praxis und der Gültigkeit afrikanisch-deutscher Ehen zunächst nichts geändert. Gemäß des Bundes-Staatsangehörigkeitsrechts von 1870 erlangten Kinder deutscher Väter deren Staatsangehörigkeit.[93] Sie waren mitunter zur Ausbildung nach Deutschland geschickt worden. Doch eine Verordnung des stellvertretenden Gouverneurs von DSWA, Tecklenburg, vom Januar 1903 bestimmte, dass Kinder von afrikanischen Müttern und deutschen Vätern (selbst wenn diese bei der Geburt miteinander verheiratet waren) fortan »als Eingeborene zu betrachten« seien. Dieser kolonialpolitisch viel diskutierte Kampf gegen die »Mischehe« setzte sich auch nach dem Ende der Kriege in DSWA und DOA fort. 1908 verkündete eine Verordnung des Gouverneurs von DSWA, dass deutsche Väter von »Mischlingskindern« das aktive wie passive Wahlrecht für den neu gegründeten Landesrat, ein beratendes Siedlerparlament in der Hauptstadt Windhoek, verlören.[94] In beiden Fällen schien eine einfache lokale Verwaltungsverordnung auszureichen, um Gesetzesrecht, bzw. eine Kaiserliche Verordnung zur Bildung von kolonialen Selbstverwaltungskörperschaften abzuändern oder gar ganz auszuhebeln. Diese Selbstgefälligkeit der deutschen kolonialen Verwaltungsbehörden war Kritikern schon lange ein Dorn im Auge und

88 Maßgeblich zu den »kolonialen Debatten« Kundrus (2003).

89 Vgl. Wehler (2006), der kritisiert, manche Historiker des deutschen Kolonialismus hätten ihren »sense of proportionality« verloren (168).

90 Lobe (1929) 53.

91 Henne (2001) 73, unter Verweis auf Schubert (Hg.) (1992) 51 (Geschäftsübersicht für das Reichsgericht 1883–1908).

92 Ostler (1995) 23.

93 Gesetz über den Erwerb und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit (01.06.1870): »§. 3 Durch die Geburt, auch wenn diese im Auslande erfolgt, erwerben eheliche Kinder eines Norddeutschen die Staatsangehörigkeit des Vaters, uneheliche Kinder einer Norddeutschen die Staatsangehörigkeit der Mutter.« Vgl. Gosewinkel (2016) 43, 321.

94 Vgl. Hartmann (2007).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

die Rufe nach einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung von kolonialen Verwaltungsakten und Verordnungen wurden lauter.[95] Dennoch bleibt festzustellen, dass – soweit ersichtlich – die hier geschilderte von den Kolonialbehörden angeordnete eklatante Verweigerung der Rechte von deutschen Reichsangehörigen (der Kinder ebenso wie der Väter) nie vor dem Reichsgericht angefochten wurde; ungeachtet auch der Tatsache, dass die »aufstrebende Zunft der Kolonialjuristen« die »›Rassenmischehe‹-Frage« nach 1910 »heftig« diskutierte.[96]

Hatten die oben erwähnten (für Deutschland: vorkolonialen) höchstrichterlichen Entscheidungen mit Bezug auf Kolonien stets eindeutig handelsrechtliche Fragen zu klären und waren auch die ersten ›kolonialen‹ Fälle des Reichsgerichts in den 1880er Jahren vor den Zivilsenaten verhandelt worden, so ergab sich mit der Aufrichtung der formalen staatlichen deutschen Kolonialherrschaft erstmals die Möglichkeit, dass strafrechtliche Materien aus kolonialen Sachverhalten oder strafbewehrten kolonialen Normen vor Gerichten in Deutschland und schließlich vor dem Reichsgericht ausgetragen wurden. Tatsächlich war die koloniale ›Normenproduktion‹ in Berlin und in den deutschen Kolonialhauptstädten bis zum Ersten Weltkriegs enorm angeschwollen. In der Forschung ist von der »Unübersichtlichkeit der deutschen Kolonialgesetzgebung« die Rede. Es dauerte Jahre, bis eine mehr oder weniger einheitliche Veröffentlichungspraxis die tausenden von kolonialen Normen einer (juristischen) Öffentlichkeiten zugänglich machte. »Das von der Kolonialabteilung des Auswärtigen Amts bzw. vom Reichskolonialamt herausgegebene ›Deutsche Kolonialblatt‹, das als gemeinsames Amtsblatt für die deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee diente, umfasste von 1890 bis 1922 […] 32 Bände mit insgesamt etwa 22 000 Seiten.«[97]

Die in der deutschen Rechtsprechung zu den Kolonien relevantesten ›Spezialgesetze‹ waren naheliegender Weise das Schutzgebiets- und das Konsulargerichtsbarkeitsgesetz. Aber auch das Schutztruppengesetz von 1896 oder das Kolonialbeamtengesetz von 1910 (RGBl. 881) sowie deren Sekundärnormen gaben Fragen auf, die bis hin zum Reichsgericht zu klären waren. Daneben stand aber auch immer wieder in Frage, inwieweit allgemeine reichsrechtliche Regelungen in den Kolonien anwendbar seien. Eine archivalische Untersuchung zu den nichtveröffentlichten RGSt-Fällen, soweit sie nach mehr als hundert Jahren überhaupt noch möglich ist, steht noch aus.[98] Daher sollen im Folgenden die erwähnten vier abgedruckten Entscheidungen analysiert und kontextualisiert werden.

Auffällig ist zunächst, dass in drei von vier Fällen die Anklagebehörde im weitesten Sinne auf die Wahrung des Rufs der Kolonialverwaltung zielte. In der ersten Strafrechts-Entscheidung mit kolonialen Bezügen hatte sich der II. Strafsenat 1902 mit der Anwendbarkeit des § 196 RStGB[99] auf koloniale Verhältnisse beschäftigen müssen. In einer Beleidigungsklage gegen den sozialdemokratischen *Vorwärts* wegen zweier kritischer Artikel[100] über das Verhalten des »deutschen ostasiatischen Expeditionsheers« (11.01.1901) in China (es war darin von den deutschen Soldaten als »Kannibalen und Hunnen« die Rede) stand nicht infrage, ob dieses Expeditionsheer eine »bewaffnete Macht« im Sinne des § 196 sei. Vielmehr zweifelte die Verteidigung die »amtliche« Vorgesetztenstellung des preußischen Kriegsministers zum Expeditionsheer an.[101] Nur aus dieser heraus war er gemäß § 196 RStGB berechtigt, den Strafantrag zu stellen (RGSt 35, 227 [1902]). Hatte die Verteidigung ausgeführt, es fehle an einem Vorgesetztenverhältnis zum Expeditionskorps, weil dessen »Bildung […] von vornherein der gesetzlichen Grundlage entbehrt habe«, so erwiderte das Reichsgericht mit einer minutiösen Auflistung der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über den Krieg in China: Gesetz über den Nachtragshaushalt (1901), Kaiserliche Ordre,

95 Vgl. Zollmann (2019a).
96 Essner (2017) 28.
97 Sippel (2017) 209; vgl. Zorn (Hg.) (1913).
98 Vgl. den Aktenbestand im Bundesarchiv Berlin-Lichterfelde R 3002 (Reichsgericht), Prozessakten: Strafsenate 1906–1945.
99 § 196: »Wenn die Beleidigung gegen eine Behörde, einen Beamten, einen Religionsdiener oder ein Mitglied der bewaffneten Macht, während sie in der Ausübung ihres Berufes begriffen sind, oder in Beziehung auf ihren Beruf, begangen ist, so haben außer den unmittelbar Betheiligten auch deren amtliche Vorgesetzte das Recht, den Strafantrag zu stellen.«
100 Zur presserechtlichen Situation im Kontext der Sozialistenverfolgung vgl. Wilke (2008) 252–260; Hartmann (2005) 90–180.
101 Zwar führte das Deutsche Reich den sogenannten »Boxerkrieg« 1901 in (und zum Teil gegen) einen souveränen Staat, China. Doch wird der deutsche Kriegseinsatz in Nordchina heute allgemein zur deutschen Kolonialgeschichte gezählt. Vgl. u. a. Conrad (2012) 50–52.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

»Kabinetsordre«. Aus diesen Normen schloss der II. Strafsenat auf die »Verpflichtung zur Fürsorge für die Erhaltung des Expeditionskorps«, welche wiederum »untrennbar« von der Verpflichtung sei, »gegen Mißstände einzuschreiten, welche in dem Verhalten der Truppen im Auslande zu Tage treten.« (RGSt 35, 227, 230) Zuletzt verwiesen die Reichsgerichtsräte auf die Reichstagssitzungen selbst, in denen der Kriegsminister »kriegsgerichtliches Einschreiten« in Aussicht stellte. War er aber dazu berechtigt (was in dieser Sitzung auch »von sozialdemokratischer Seite« im Reichstag, so der implizite Hinweis des Reichsgerichts, nicht in Abrede gestellt worden war[102]), so kam dem Minister »insoweit auch die Eigenschaft eines amtlichen Vorgesetzten im Sinne des § 196 StGB's zu« (RGSt 35, 227, 231). Für die Verteidiger des *Vorwärts* zeigte sich einmal mehr: das Presserecht [des Kaiserreichs] in puncto Beleidigung war scharf, die Beweislast für Unschuld oder Wahrheit war den Redakteuren zugeschoben.«[103] Staats- und kolonialrechtliche Erwägungen boten vor dieser Schärfe so wenig Schutz wie andere juristische Argumente. Gegen die (teils »vergeblich« versuchte) Skandalisierung deutscher Kolonialgewalt in der Presse, die seit den 1890er Jahren das Thema immer wieder aufgegriffen hatte,[104] setzte die Reichsverwaltung das Strafrecht. Und dieses Strafrecht, so der Historiker Thomas Nipperdey, blieb »[a]n den Grenzen zum Politischen«.[105]

Auch die zweite Entscheidung erwuchs aus einer Reihe von Kolonialskandalen und erörterte im Kontext der umstrittenen Umwandlung der Kolonialabteilung des Auswärtigen Amts in ein eigenständiges Reichskolonialamt (1906/07) die fraglich erscheinende Anwendbarkeit des § 353a RStGB auf einen in der Kolonialabteilung tätigen Beamten (RGSt 41, 4–13 [1907]). Im Abschnitt »Verbrechen und Vergehen im Amt« besagte der 1876 nachträglich eingefügte sogenannte Arnim-Paragraph:[106]

> »Ein Beamter im Dienste des Auswärtigen Amtes des Deutschen Reichs, welcher die Amtsverschwiegenheit dadurch verletzt, daß er ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Schriftstücke oder eine ihm von seinem Vorgesetzten ertheilte Anweisung oder deren Inhalt Anderen widerrechtlich mittheilt, wird, sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist, mit Gefängniß oder mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft. Gleiche Strafe trifft einen mit einer auswärtigen Mission betrauten oder bei einer solchen beschäftigten Beamten, welcher den ihm durch seinen Vorgesetzten amtlich ertheilten Anweisungen vorsätzlich zuwiderhandelt, oder welcher in der Absicht, seinen Vorgesetzten in dessen amtlichen Handlungen irre zu leiten, demselben erdichtete oder entstellte Thatsachen berichtet.«

Der Angeklagte, ein »Geheimer Sekretariatsassistent« in der Kolonialabteilung des Auswärtigen Amts, war 1907 zu einer Gefängnisstrafe verurteilt worden, weil er 1905 ihm anvertraute Schriftstücke widerrechtlich an den »Reichstagsabgeordneten und Schriftsteller M.E.« weitergegeben haben soll – hier gaben sich die Reichsgerichtsräte des II. Strafsenats offensichtlich keine Mühe zu verbergen, dass es sich um den späteren Reichsfinanzminister Matthias Erzberger handelte. Dieser hatte als Kolonialfachmann der Zentrumsfraktion wiederholt über die Korruption in den deutschen Kolonien publiziert.[107] »M.E.« erhielt von dem Angeklagten unter anderem Unterlagen »über eine angebliche Etatsverletzung mit wortgetreuer Abschrift einer Verfügung des Oberkommandos der Schutztruppe«. Dessen Verteidigung, »jeder Staatsbürger« habe das Recht, Angelegenheiten, die »die Allgemeinheit beträfen, einem Volksvertreter mitzuteilen«, wollten die Reichsgerichtsräte nicht gelten lassen: »Die Pflicht zur gewissenhaften Amtsausübung verbietet, daß ein Bureaubeamter aus seiner amtlichen Kenntnis vermeintliche Etatsüberschreitungen oder die bei seiner Behörde angezeigten strafbaren Handlungen einem einzelnen Reichstagsabgeordneten mitteilt« (RGSt 41, 4, 12). Vor

102 Vgl. Wielandt / Kascher (2002).
103 Nipperdey (1992) 185.
104 Bösch (2009) 145, Fn. 31: »Dabei stützte sich der *Vorwärts* nicht nur auf Soldatenberichte [aus China], sondern auch auf bürgerliche Journalisten wie den Kriegsberichterstatter des *Berliner Lokal-Anzeigers*, Missionare und Professoren«.
105 Nipperdey (1992) 185.
106 Ringwald (2010).
107 Vgl. z. B. Erzberger (1906); dazu Bösch (2013).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

allem aber verwarfen sie das eher formalistische, auf § 2, S. 2 RStGB[108] aufbauende Argument der Verteidigung, der Beamte der Kolonialabteilung des Auswärtigen Amts könne nicht im Juni 1907 (also nach deren Umbildung in ein eigenständiges Reichskolonialamt im Mai 1907) für ein Verbrechen nach § 353a RStGB verurteilt werden, da er seinen Dienst nicht länger im Auswärtigen Amt versehen würde – aus dem er freilich schon 1906 entlassen worden war. Nach Ansicht des Reichsgerichts trat »keine Straffreiheit ein, wenn ein Beamter bestimmter Gattung, der eine strafbare Handlung verübt hat« in einen anderen »Zweig des Dienstes« der Reichsverwaltung übernommen oder in den Ruhestand versetzt würde (RGSt 41, 4, 6).

Auch wenn das Namenskürzel »M.E.« für Zeitgenossen leicht aufzulösen war, versuchten die Reichsgerichtsräte, die offenkundige politische Brisanz dieses Falls weitgehend zu dekontextualisieren; kündete der Sachverhalt doch nicht zuletzt vom unbedingten Willen eines engagierten Parlamentariers, die Machenschaften innerhalb der Kolonialverwaltung zu kontrollieren, indem er versuchte, diese publik zu machen. Es war Erzberger, der mit der Skandalisierung der Gewalt in den Kolonien und der Verschwendung öffentlicher Gelder 1906 im Reichstag und in der breiteren Öffentlichkeit die politische Meinungsbildung beeinflusste und damit in der entscheidenden Budgetsitzung die Einsetzung eines Reichskolonialamts sowie den Nachtragshaushalt für die Kriegsführung in DSWA verhindert hatte. Reichskanzler Bülow wusste sich daraufhin nicht anders als mit der vorzeitigen Auflösung des Parlaments und der Ansetzung von Neuwahlen im Januar 1907 zu helfen. Diese führten angesichts eines scharf polarisierenden, teils demagogischen Wahlkampfs – die sogenannten »Hottentottenwahlen« – zu einer bisher ungeahnten Zentralität der »Kolonialfrage« im Deutschen Kaiserreich.[109]

In Anbetracht dieser plötzlichen und von der Reichsleitung ungeliebten Politisierung und Skandalisierung der Kolonien[110] wird man den Fall RGSt 41, 4 sowie das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Berlin I mit einigem Recht als ein juristisches Nachspiel der »Hottentottenwahlen« bezeichnen können (darauf verweist auch die Erwähnung des »Beweismittel[s]« »*Die Zukunft*, Jahrgang 1906 Nr. 46«; Maximilian Hardens Zeitschrift war wegen ihrer unablässigen Kritik an der Obrigkeit, insbesondere der Aufdeckung des »Eulenburg-Skandals« 1906, vielen höheren Beamten verhasst – ebenso wie der Herausgeber[111]). Es liegt daher nahe, in der Verurteilung eines kleinen Berliner Kolonialbeamten, dem indirekt vorgeworfen werden konnte, durch sein ›Material‹ zur Möglichkeit der parlamentarischen und publizistischen Skandalisierung beigetragen zu haben, die »auf der ausbildungsspezifischen Konditionierung der Justizbürokratie« beruhende »Klassenjustiz«[112] des Deutschen Kaiserreichs am Werk zu sehen. An dem im Arkanbereich der Machtausübung tätigen Subalternen sollte ein Exempel statuiert werden, das dafür Sorge trug, dass 1) die Reihen innerhalb der Kolonialverwaltung geschlossen blieben; 2) ihr Ruf nicht weiter litt; 3) durch die Drohung mit Entlassung und Gefängnisstrafe die Geheimhaltungsvorschriften allen Kolonialbeamten in Erinnerung gerufen; und 4) keine Kritik mehr nach außen dringen würde. In dieser Entscheidung zeigte sich das Reichsgericht einmal mehr als »Vollstrecker von Herrschaftsinteressen, ja Herrschaftsinstrument«.[113] Die Details einer solchen politischen Beeinflussbarkeit der wilhelminischen Justiz erfordern freilich weitere archivalische Erforschung.

Auch im dritten Fall, RGSt 44, 204, ging es der Anklagebehörde um die Wahrung des Rufs der Kolonialverwaltung und hier insbesondere der kolonialen Schutztruppen. Der I. Strafsenat verhandelte 1910 die Frage, ob die »Kaiserlichen Schutztruppen in den afrikanischen Schutzgebieten zur ›bewaffneten Macht‹ [im Sinne von § 196 RStGB]« gehören würden. Der Angeklagte war wegen »verleumderischer Beleidigung« (§ 187 RStGB) von Schutztruppenangehörigen in DSWA verurteilt worden. Der Staatssekretär des Reichskolonialamts hatte gemäß § 196 RStGB als »amtliche[r] Vorgesetzte[r]« dieser »bewaffneten Macht«

108 § 2 RStGB: »Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburtheilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden.«

109 Zu M. Erzberger vgl. Reinhard (1978); Heyden (2007).

110 Rothfuss (2019).

111 Domeier (2010); Kohlrausch (2005).

112 Wehler (1994) 132.

113 Lamprecht (1979) 81.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Strafantrag gestellt. Die Verteidigung argumentierte dagegen, dass Angehörige der Schutztruppen nicht unter die »Beamten oder die bewaffnete Macht« im Sinne des § 196 fallen würden. Das Reichsgericht zitierte zwar ein die »bewaffnete Macht« definierendes Bundesgesetz von 1867 (»Heer, Marine und Landsturm«). Doch wollte es sich auf eine allzu buchstabengetreue Auslegung nicht einlassen. »[D]enn nichts berechtigt zu der Unterstellung, daß das Strafgesetzbuch [1871] den Ausdruck ein für allemal unter Anlehnung an den ursprünglich [1867] bestehenden Zustand ausgelegt wissen will. Hierfür sind vielmehr […] die jeweiligen Verhältnisse maßgebend« (RGSt 44, 204, 205). Diese »Verhältnisse« aber hatten sich (auch juristisch) geändert, da zum Gebiet des Deutschen Reiches (Artikel 1 Reichsverfassung) die Schutzgebiete als »besondere Gebilde hinzugetreten sind«. Das Schutzgebietsgesetz (1886) und vor allem das Schutztruppengesetz (1896), das den Kaiser als »obersten Kriegsherrn« der Schutztruppen auswies, bewiesen »ohne weiteres, daß die Schutztruppen hinsichtlich ihrer öffentlichrechtlichen Natur mit der bewaffneten Macht des § 2 [Gesetz vom 09.11.1867], deren oberster Kriegsherr nach Art. 53 und 63 der Reichsverfassung ebenfalls der Kaiser ist, im wesentlichen auf die gleiche Stufe zu stellen sind.« Für einen Zweifel an der »militärischen Eigenschaft des Dienstes bei den Schutztruppen« bestand für die Reichsgerichtsräte kein Anlass; zumal, wie sie betonten, es in DSWA auch eine von den Schutztruppen getrennte »Landespolizei« gab.[114] »Aus alledem ergibt sich der Nachweis dafür, daß gegenwärtig die bewaffnete Macht des Reichs nicht mehr wie ehemals nur in Reichsheer, Kaiserliche Marine und Landsturm sich scheidet, sondern daß als vierter wesentlicher Bestandteil die Kaiserlichen Schutztruppen in den Afrikanischen Schutzgebieten ergänzend und begrifflich gleichwertig dazugetreten sind« (RGSt 44, 204, 207). Die Anwendung des § 196 RStGB war daher begründet, und der deutsche »Obrigkeitsstaat« konnte gegen die »Beleidigung« seiner Soldaten vorgehen – welcher Truppengattung auch immer sie angehörten.[115]

Auch in der vierten und letzten hier zu erörternden Entscheidung stand die Anwendbarkeit deutscher Normen auf koloniale »Verhältnisse« im Vordergrund. Wiederholt kam es zu Streitigkeiten über die Geltung insbesondere solcher Bestimmungen, die älter als der deutsche Kolonialstaat waren und in denen daher die Anwendbarkeit in den Kolonien nicht geregelt war. So erklärte das Oberlandesgericht Hamburg noch 1907, die Schutzgebiete seien nicht »Deutsches Reich« i. S. d. § 23 ZPO (1879): »Der § 23 will nicht das Prozessieren im Auslande ersparen, sondern will die Rechtsverfolgung in Deutschland, namentlich den Zugriff auf dort befindliches Vermögen erleichtern.«[116] Die endgültige Entscheidung über derartige Fragen oblag dem Reichsgericht. Dieses stellte zwar 1914 in einer zivilrechtlichen Entscheidung klar, es wäre – »seit […] die Reichsgewalt [in den Kolonien] organisiert« sei – »ungereimt, wenn reichsinländische Gerichte die Urteile der Schutzgebietsgerichte als ausländische Urteile behandeln (ZPO. § 328)« (RGZ 84, 259, 261). Doch wurde weiterhin von ›Fall zu Fall‹ entschieden. Der Gesetz- und Verordnungsgeber ging zur Vermeidung von Unklarheiten bei der Rechtsanwendung nach 1900 mehr und mehr dazu über, die Geltung einzelner Bestimmungen in den deutschen Kolonien explizit zu erwähnen.[117] Die in der Entscheidung RGSt 44, 403 (1911) gegebenen Antworten auf die Frage, ob »die deutschen Schutzgebiete, besonders Deutsch-Südwestafrika, als Ausland anzusehen« seien, waren ein Beitrag des IV. Strafsenats zu der langanhaltenden juristischen Debatte um den möglichen »Auslands-«Charakter der deutschen Kolonien. Diese Frage war seit 1885 unzweifelhaft eine der »dogmatischen Hauptfragen des Kolonialstaatsrechts«.[118] Die Aufnahme dieser Entscheidung in die Entscheidungssammlung gibt dabei einen Hinweis auf die Kriterien der Veröffentlichungspraxis der Reichsgerichtsräte: Veröffentlicht wurde vornehmlich zu solchen Streitfragen, denen (rechts-)politische und (rechts-)wissenschaftliche Relevanz zugebilligt wurde.

Dass ein strafrechtliches Verfahren zu den Grundlagen des deutschen Kolonial*staats*rechts zu-

114 Zur institutionellen Trennung von Polizei und Militär (Schutztruppe) in DSWA vgl. Zollmann (2010) 54–56.

115 Zum zeitgenössischen Gebrauch des Begriffs »Obrigkeitsstaat« durch Hugo Preuss und andere vgl. Retallack (2009) 124 f.: »Vor 1918 benutzten Sozialisten und Linksliberale den Ausdruck als Sammelbegriff für alles, was ihnen am Kaiserreich mißfiel.«

116 Mittelstein (1908) 980 (Urt. ZS. V., Bf. V. 119/07 v. 27. Mai 1907).

117 Vgl. Zollmann (2016) 23 f. m. w. N.

118 Grohmann (2001) 91.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

rückführte, war dabei kein Zufall. Die Frage, ob »die deutschen Schutzgebiete […] als Ausland anzusehen« seien, war angesichts einer langsam steigenden Zahl von (wehrpflichtigen) Deutschen, die sich dauerhaft oder für einen bestimmten Zeitraum in den deutschen Kolonien niederzulassen gedachten (1914 etwa 24 000 deutsche Staatsangehörige, die überwiegende Mehrheit davon Männer[119]) von erheblicher praktischer Relevanz. Denn § 140 RStGB (1871) bestimmte:

> »Wer dem Eintritte in den Dienst des stehenden Heeres oder der Flotte sich dadurch zu entziehen sucht, daß er ohne Erlaubniß entweder das Bundesgebiet verläßt oder nach erreichtem militairpflichtigen Alter sich außerhalb des Bundesgebietes aufhält, wird mit einer Geldstrafe von fünfzig bis zu Eintausend Thalern oder mit Gefängniß von Einem Monat bis zu Einem Jahre bestraft.«

Im konkreten Fall hatte ein Graudenzer Leutnant z. S. 1909 das Bezirkskommando zwar gebeten, ihn auf zwei Jahre nach DSWA »zu beurlauben«, hatte aber die Antwort nicht abgewartet und war nach Swakopmund abgefahren. Der neue »Südwester« war daraufhin vom Landgericht Graudenz wegen »unerlaubter Auswanderung« im Sinne von § 140 I Nr. 2 RStGB für schuldig befunden worden. Das Reichsgericht folgte – unter Verweis auf eine beträchtliche Literaturliste zum Kolonialstaatsrecht – dieser Interpretation des § 140 RStGB nicht. Der IV. Strafsenat stellte klar, dass die Schutzgebiete (obgleich in der Definition des »Bundesgebieths« gemäß Artikel 1 der Verfassung nicht enthalten) *kein* Ausland seien, sondern »der vollen Staatsgewalt des Deutschen Reichs unterstehen. Diese Voraussetzung ist, wenn nicht für alle Schutzgebiete, so doch unzweifelhaft für Südwestafrika gegeben« (RGSt 44, 403, 405). Auch wiesen die Richter daraufhin, dass gemäß § 3 SchGG i.V. m. § 19 Nr. 2 KGG »das RStGB in den deutschen Schutzgebieten« gelte und daher der Auslandsbegriff des § 8 RStGB nicht greifen würde. War doch auch durch diese Einführung des RStGB in den Schutzgebieten »festgestellt, daß die von Deutschen usw. in den Schutzgebieten begangenen strafbaren Handlungen als im Inlande verübt anzusehen sind« (RGSt 44, 403, 407). Nach Verweisen auf das Staatsangehörigkeitsrecht bezogen sich die Reichsgerichtsräte zuletzt auf eine spezielle Kaiserliche Verordnung vom 05.12.1902 »betreffend die Erfüllung der Dienstpflicht bei der Kaiserlichen Schutztruppe für DSWA«, die in § 8 nicht vom »Auswandern«, sondern vom »›Verziehen‹ nach Südwestafrika gesprochen« habe. Daher sei bei beurlaubten Offizieren, die in DSWA ihren dauernden Aufenthalt in DSWA zu nehmen beabsichtigten, die Anwendung des § 140 RStGB »nicht tunlich« (RGSt 44, 403, 408).[120]

Das Reichgericht zeigte sich in dieser Entscheidung als ebenso kolonialfreundlich wie alltagspraktisch orientiert. War es doch seit den 1870er Jahren ein wesentliches kolonialpolitisches Ziel gewesen, die Auswandererströme in die eigenen Kolonien umlenken zu können und die Deutschen so dem deutschen Staat und ›Volkskörper‹ zu erhalten. Dazu aber passten Verurteilungen auf Grund von § 140 RStGB nicht; war doch die Kolonialverwaltung an der Stärkung der ›Wehrkraft‹ in den Kolonien unmittelbar interessiert. Dass Richter an den Landgerichten auch im dritten Jahrzehnt der deutschen Kolonialherrschaft noch davon ausgingen, die »Schutzgebiete« seien eher Ausland als Inland und – mangels Kenntnis der einschlägigen Normen – annahmen, Soldaten könnten dort ihren Wehrpflichten (etwa als Reservist oder Einjährig-Freiwilliger) nicht nachkommen, zeigt zugleich, dass »die Kolonien« nicht nur noch immer nicht die Beachtung in der Öffentlichkeit gefunden hatten, die Kolonialenthusiasten sich für sie erwünschten, sondern auch, dass sie nach wie vor als etwas »Exotisches« im Verfassungs- und Rechtsgefüge des Deutschen Reiches galten.[121]

Schluss: Reformen kolonialer Gerichtsbarkeit zwischen Konsularrecht und Reichsverfassung

Es gehörte zu den schon zeitgenössisch bedauerten juristischen Allgemeinplätzen, dass die koloniale Gerichtsbarkeit des Deutschen Reichs – so wie das ganze Kolonialrecht –, sich nicht vom deutschen Konsularrecht emanzipiert habe. Durch das Schutzgebietsgesetz waren 1886 rechtliche

119 Sprigade / Moisel (Hg.) (1914) 12.
120 Vgl. dazu schon Zollmann (2016) 24.
121 Vgl. Grohmann (2001) 225: »Debatten in der Nische«.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Voraussetzungen für eine koloniale Herrschaftsausübung geschaffen worden, die gleichermaßen eine (eingeschränkte) Anwendung deutschen Rechts auf bestimmte privilegierte Personengruppen gewährleistete, als auch die gewünschte Differenzierung von Kolonisierten und Europäern ermöglichte. Der Weg, auf dem diese »duale Rechtsordnung«, die koloniale Unterscheidung zwischen deutscher Rechts-›Normalität‹ und Abgrenzung in der Rechtsanwendung umgesetzt wurde, ist freilich stets strittig geblieben. Schon kurze Zeit nach seiner Veröffentlichung urteilte A. Pann über das SchGG, es hinterlasse »spinose Rechtsverhältnisse.«[122] Vor allem die Anwendung des personalen Konsularrechts auf die Territorialherrschaft in den Kolonien erschien den Zeitgenossen als ein zu kritisierendes Paradoxon. So ergab es sich für den Staatsrechtler K. v. Stengel noch 1886 von selbst, dass das KGG »für die Schutzgebiete nicht ausreichen kann.«[123] Auch wenn 1886 die Rechtsverhältnisse in den Schutzgebieten denen des Konsularrechts ähnlich waren, da nur wenige Europäer der deutschen Gerichtsbarkeit unterlagen und den zu Kolonisierenden (wobei Bismarck es damals abgelehnt hatte, Afrikaner oder Bewohner der Südsee zu kolonisieren) die eigenen Richter belassen werden sollten, so musste mit fortschreitender »Entwicklung der Gerichtsbarkeit« und dem Ausbau der Kolonialverwaltung diese Ähnlichkeit verschwinden. Die Trennung der »mutterländischen« und kolonialen Instanzenzüge in zwei mehr oder weniger unverbundene ›Gerichtskreise‹ war auf eine Verknappung individueller Rechte (im Vergleich zur Verfassungssituation in Deutschland) bei gleichzeitiger Verfahrensbeschleunigung und -vereinfachung ausgerichtet. So konstatierte der nationalliberale Reichstagsabgeordnete und Jenenser Staatsrechtler Georg Meyer – in den 1880er Jahren eine interfraktionell unbestrittene Kapazität auf dem Gebiet des Kolonialrechts – über die Reformvorschläge der Reichsleitung zum Schutzgebietsgesetzes 1888, dass diese zwar »die wesentlichen Grundlagen [des SchG-]Gesetzes unberührt« ließen. Doch konnte Meyer angesichts der verringerten Anforderungen an die Zusammensetzung der Kolonialgerichte und der nicht mehr obligatorischen Mitwirkung einer Staatsanwaltschaft nicht umhin, festzustellen, »daß in diesen Bestimmungen eine gewisse Minderung des Rechtsschutzes [für Deutsche] enthalten ist« – was er allerdings angesichts der Notwendigkeit einer »raschen und prompten Justiz« für nachvollziehbar und entschuldbar hielt.[124] Dass derartige regierungsseitige Zielstellungen für das deutsche Kolonialrecht dabei von Anfang an nie alternativlos waren, zeigte der Änderungs-»Antrag Rintelen« 1888, der eine Berufung gegen kolonialgerichtliche Entscheidungen an das Reichsgericht ermöglichen wollte.

Zwölf Jahre später klagte der freisinnige Abgeordnete K. Schrader während der Reichstagsdebatte 1900 zur abermaligen Reform des SchGG, wieder hätte die Reichsleitung die Möglichkeit vertan, aus dem »nothwendigen Notbehelf« des KGG herauszukommen. Dieser sei doch ein »ziemlich ungeschickter«.[125] Das Konsularrecht wurde als eine »Krücke«[126] des Kolonialrechts empfunden und die »Emanzipation« des Kolonialrechts gefordert. Zumal auch die Novellierung von 1900 keine grundsätzliche Änderung ergeben hatte und stattdessen »diese Abhängigkeit [vom Konsularrecht] […] in so bedeutendem Maße bestehen«[127] ließ. Der Deutsche Kolonialkongreß forderte daher 1902 für die Kolonialgerichte, die »Abhängigkeit von der Konsulargerichtsbarkeit«[128] aufzuheben. Im Reichstag hielt es Matthias Erzberger 1906 »für eine der wichtigsten Aufgaben unserer deutschen Kolonialpolitik, daß wir aus dem Konsularrecht herauskommen und, soweit es möglich ist, dazu übergehen, ein eigentliches selbständiges Kolonialrecht zu schaffen.« Er konnte sich dabei auch auf die Kaiserliche Marineverwaltung berufen, deren Denkschrift über das Pachtgebiet Kiautschou er mit den Worten zitierte: »Das Ziel der Entwick-

122 Pann (1887) 4.
123 Stengel (1886) 37.
124 Georg Meyer / Jena in: SBRT 7. L.P., 2. Sess., 1887/88, Bd. 2, 29. Sitzung vom 04.02.1888, 701.
125 Alle Zitate in: SBRT 10. L.P., 1. Sess., 1898/1900, Bd. 7, 209. Sitzung vom 12.06.1900, 6006.
126 Seelbach (1904) 8; ebs. Köbner (1903) 37.
127 Sassen (1906) 620; ebs. Sieglin (1908) 7, der dennoch von einer »Emanzipationsbewegung« des Kolonialrechts sprach.
128 Resolution des Deutschen Kolonialkongresses in der rechtlichen Sektion; Anl. 3, in: Köbner (1903) 46.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

lung muss […] in der Loslösung von dieser Abhängigkeit und in der Schaffung eines selbständigen, den besonderen Bedürfnissen der Schutzgebietsentwicklung sich anpassenden Kolonialrechts erblickt werden.«[129]

Andere beschrieben die Bezugnahme des SchGG auf das KGG eher als einen Akt der »Bequemlichkeit«.[130] Dies aber kann bezweifelt werden, da die durch das Konsularrecht ermöglichte personale Differenzierung aus Sicht des Gesetzgebers in den Schutzgebieten gerade ihre Fortsetzung finden musste – ging es doch *zunächst* darum, den Reichsangehörigen und ihnen gleichgestellten Personen den selben (gerichtlichen) Schutz in den Schutzgebieten angedeihen zu lassen, wie er staatsrechtlich bereits in ausländischen Staaten gewährleistet wurde.[131] Dass auf Grund der bewussten Parallele zwischen beiden Rechtsgebieten andererseits ein Widerspruch zur Geltung der unmittelbaren Reichsgewalt in den Schutzgebieten und damit dauerhaft eine widersprüchliche Rechtsanwendung innerhalb der Schutzgebiete entstand, wurde vom Gesetzgeber hingenommen.

In der Forschung wird dies als die »Zwitternatur«[132] des SchGG beschrieben: Zum einen erstrebte das Deutsche Reich, in den Schutzgebieten über die territoriale Souveränität zu verfügen – was erst nach Jahrzehnten durch die Führung mehrerer Kriege notdürftig gelang, wie selbst das offiziöse *Kolonial-Lexikon* einräumte: könne »man [in DSWA doch] erst seit 1907 von einer wirklichen Herrschaft Deutschlands […] sprechen«.[133] Noch 1911 hinterfragte das Reichsgericht, inwieweit »sie [die Schutzgebiete] der vollen Staatsgewalt des Deutschen Reiches unterstehen« und räumte ein, dass »[d]iese Voraussetzung […] nicht für alle Schutzgebiete […] gegeben« sei (RGSt 44, 403, 405). Eine solche Souveränitätsausübung kam etwa in der Kaiserlichen Beamtenernennung gem. Art. 18 Reichsverfassung zum Ausdruck oder dem Einsetzen Kaiserlicher Gerichte. Zum anderen fand das Recht in den Schutzgebieten nach personalen Gesichtspunkten Anwendung, abhängig davon, ob der oder die Betreffende der Personengruppe gem. § 1 I KGG zugehörte oder nicht. Durch die personenbezogenen Bestimmungen insbesondere zur kolonialen Gerichtsbarkeit (§§ 2, 3 SchGG) konnte trotz des deutschen Anspruchs auf territorialen Charakter der Schutzgewalt im Vergleich zum »Mutterland« koloniales Sonderrecht geschaffen werden.

Der Preis dafür war eine »starke Unübersichtlichkeit«[134] des ganzen Kolonialrechts – so unübersichtlich war die Situation, dass noch 1910 ein Leutnant z. S. fälschlich wegen »unerlaubter Auswanderung« verurteilt wurde, weil er nach DSWA »verzogen« war. Die Einführung von Reichsgesetzen musste jeweils einzeln geregelt werden. Auch das Reichsgericht in Leipzig wurde immer wieder vor die Frage gestellt, ob dieses oder jenes Reichsgesetz nun ›tatsächlich‹ auch für die Kolonien anwendbar sei oder nicht. Die Reichsverfassung und die im »Bundesgebieth« geltenden Individualrechte des öffentlichen Rechts galten in den Schutzgebieten nie, waren sie doch im KGG nicht aufgeführt: Die Ausübung der Presse-, Vereins-, Versammlungs- und Gewerbefreiheit konnte generell von polizeilicher Erlaubnis abhängig gemacht und vor der kolonialen Gerichtsbarkeit auch nicht eingeklagt werden.[135] Die bestehenden Differenzen für deutsche Staatsangehörige waren auch noch kurz vor Ende der deutschen Kolonialherrschaft so unübersehbar, dass ein Jurist des Hamburger Kolonialinstituts »das Verhältnis des [deutschen] Rechts zu den anders gearteten wirtschaftlichen und kulturellen Rechtsbedürfnissen der Schutzgebiete« salomonisch mit den Worten kommentierte, dieses »gesetzgeberische Problem ist großenteils noch im Fluß« – unverkennbar bezog sich diese Einschätzung auch auf die anhaltende Debatte um das Reichskolonialgericht beziehungsweise die Einrichtung eines »Kolonialsenats« am Reichsgericht.

Doch rührte sie gleichzeitig tiefer. Die Frage nach der Anwendbarkeit reichsrechtlicher Normen auf die kolonialen Sonderrechtszonen konnte zumindest die liberal gesonnenen unter den deutschen Juristen nicht unberührt lassen. Eine zukünftige Angleichung an die »heimische Rechtsanschauung in der Verwaltung und der Rechts-

129 SBRT 11. L.P., II. Sess., 1905/06, 70. Sitzung vom 19.03.1906, 2135.
130 Zorn (1903) 395.
131 Vgl. die Rede Meyers in: SBRT, 6. L.P., II. Sess., 1885/86, Bd. 1, Sitzung vom 20.01.1886, 660.
132 Huber (2000) 46.
133 Mayer-Gerhard (1920).
134 Sassen (1906) 620.
135 Vgl. Hoffmann (1911) 102; Huber (2000) 51.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

pflege«[136] blieb eine dominante Perspektive – immerhin fehlte eine koloniale Verwaltungsgerichtsbarkeit noch völlig, obwohl (oder gerade: weil) die Staatsverwaltung das Leben in der Kolonie viel stärker dirigieren konnte als im »Mutterland«. Die von Verwaltungsmaßnahmen in den Kolonien Betroffenen sahen sich damit der Situation ausgesetzt, wie der Berliner Rechtsanwalt Georg Wunderlich zuspitzte, dass »in den Schutzgebieten […] kein Rechtsschutz der Staatsbürger durch Verwaltungsgerichte gegen die Anordnungen der Obrigkeit gegeben«[137] war.

Änderungen an dieser wenig überzeugenden Rechtssituation und also am Schutzgebietsgesetz wurden in Deutschland bis zum Beginn des Ersten Weltkrieges gefordert und diskutiert. Nach 1910 schien des öfteren »eine Kolonialrechtsreform [bevor zu] stehen«. Die »Schaffung eines neuen kolonialen Grundgesetzes: einer Kolonialverfassung«[138] stand dabei stets im Mittelpunkt der Debatte. Doch es blieb dabei, dass die »Kaiserdiktatur« des obersten kolonialen Gerichtsherrn aus § 1 SchGG weiterhin so wenig wie möglich eingeschränkt wurde. Die frühen Bemühungen im Reichstag 1886 und 1888, die Verordnungsgewalt des Kaisers zumindest durch das Konsularrecht zu begrenzen, werden aus dieser Perspektive umso verständlicher.

■

Bibliographie

- Aas, Norbert, Harald Sippel (1997), Koloniale Konflikte im Alltag. Eine rechtshistorische Untersuchung der Auseinandersetzungen des Siedlers Heinrich Langkopp mit der Kolonialverwaltung in Deutsch-Ostafrika und dem Reichsentschädigungsamt in Berlin (1910–1929), 2. Aufl., Bayreuth
- Armitage, David (2004), John Locke, Carolina, and the *Two Treaties of Government*, in: Political Theory 32,5, 602–627
- Bade, Klaus J. (1975), Friedrich Fabri und der Imperialismus in der Bismarckzeit. Revolution – Depression – Expansion, Freiburg
- Baumgart, Winfried (2017), Bismarck und der deutsche Kolonialerwerb, in: Gründer / Hiery (Hg.) 45–64
- Bendix, L. (1906), Die Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes und die Verfassung der Schutzgebiets- und Konsulargerichte, in: Zeitschrift für Kolonialpolitik, Kolonialrecht und Kolonialwirtschaft 8, 885–889
- Benton, Lauren, Lisa Ford (2013), Magistrates in Empire. Convicts, Slaves and the Remaking of the Plural Order in the British Empire, in: Benton, Lauren, Richard Ross (Hg.), Legal Pluralism and Empires, 1500–1850, New York, 173-198
- Bösch, Frank (2009), Grenzen des ›Obrigkeitsstaats‹, in: Müller / Torp (Hg.) 136–152
- Bösch, Frank (2013), Der Ankläger. Erzberger und die Kolonialpolitik im frühen 20. Jahrhundert, in: Matthias Erzberger: Ein Demokrat in Zeiten des Hasses. Herausgegeben vom Haus der Geschichte Baden-Württemberg, Karlsruhe, 47–71
- Bommarius, Christian (2015), Der gute Deutsche. Die Ermordung Manga Bells in Kamerun 1914, Berlin
- Canis, Konrad (2008), Bismarcks Außenpolitik 1870 bis 1890. Aufstieg und Gefährdung, 2. Aufl., Paderborn
- Carow, Richard (1898), Die Kaiserliche Schutztruppe in DSWA unter Major Leutwein, Leipzig
- Carter, Mia, Barbara Harlow (Hg.) (2003), Archives of Empire, Bd. 2: The Scramble for Africa, Durham
- Conrad, Sebastian (2012), Deutsche Kolonialgeschichte, München
- Cooper, Frederick (2012), Aufstieg, Niedergang und Wiederaufstieg der Colonial Studies, 1951–2001 [Decolonizing Situations: The Rise, Fall, and Rise of Colonial Studies, 1951–2001, 2002], in: ders., Kolonialismus denken. Konzepte und Theorien in kritischer Perspektive, Frankfurt am Main, 69–105
- Cordes, Albrecht, Serge Dauchy (Hg.) (2013), Eine Grenze in Bewegung. Öffentliche und private Justiz im Handels- und Seerecht, München
- Cross, Elizabeth (04.08.2021), Rezension von: J. C. Sharman, Andrew Phillips, Outsourcing Empire: How Company-States Made the Modern World, New Jersey 2020, in: H-Soz-Kult, https://www.hsozkult.de/review/id/reb-49993
- Dejung, Christof (2013), Die Fäden des globalen Marktes. Eine Sozial- und Kulturgeschichte des Welthandels am Beispiel der Handelsfirma Gebrüder Volkart 1851–1999, Köln
- Dezalay, Yves, Bryant G. Garth (2020), International Commercial Arbitration. The Creation of a Legal Market, in: Schultz, Thomas, Federico Ortino (Hg.), The Oxford Handbook of International Arbitration, Oxford, 769–790
- Doerr, Friedrich (1913), Deutsches Kolonialstrafprozessrecht, Leipzig
- Doerr, Friedrich (1914), Deutsches Kolonialzivilprozessrecht, Leipzig
- Domeier, Norman (2010), Der Eulenburg-Skandal. Eine politische Kulturgeschichte des Kaiserreichs, Frankfurt am Main
- Durand, Bernard, Martine Fabre (Hg.) (2006), Le Juge et l'Outre-mer, Bd. 1: Phinée le devin ou les leçons du passé, Lille

136 Ritter (1912) 5.
137 Wunderlich (1913) 12.
138 Sassen (1911) 125.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Erzberger, Matthias (1906), Die Kolonial-Bilanz. Bilder aus der deutschen Kolonialpolitik auf Grund der Verhandlungen des Reichstags im Sessionsabschnitt 1905/06, Berlin
- Essner, Cornelia (1992), Der Kampf um das Kolonialgericht, in: Historische Mitteilungen 5, 78–95
- Essner, Cornelia (2005), ›Border-line‹ im Menschenblut und Struktur rassistischer Rechtsspaltung. Koloniales Kaiserreich und ›Drittes Reich‹, in: Fritz Bauer Institut (Hg.), Gesetzliches Unrecht. Rassistisches Recht im 20. Jahrhundert (Jahrbuch 2005 zur Geschichte und Wirkung des Holocaust), Frankfurt am Main, 27–64
- Essner, Cornelia (2017), Von Windhuk nach Nürnberg. Zur Frage der kolonialen Kontinuität, in: Brechtken, Magnus, Hans-Christian Jasch et al. (Hg.), Die Nürnberger Gesetze – 80 Jahre danach: Vorgeschichte, Entstehung, Auswirkungen, Göttingen, 25–36
- Fischer, Detlev (2010), Zur Geschichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland, in: JuristenZeitung 65,22, 1077–1087
- Fleischmann, Max (1910), Der Kolonialgerichtshof, in: Deutsche Juristen-Zeitung, Sp. 567
- Gérard-Loiseau, Sandra, Florence Renucci (2016), Les normes au Maghreb. XIXe–XXe s., Lille
- Gerstmeyer, J. (1920a), Eingeborenenrecht, in: Schnee (Hg.), Bd. I, 507–514
- Gerstmeyer, J. (1920b), Gemischte Gerichtsbarkeit und Gemischtes Recht, in: Schnee (Hg.), Bd. I, 699-701
- Glassman, Jonathon (1995), Feasts and Riot. Revelry, Rebellion, and Popular Consciousness on the Swahili Coast, 1856–1888, Portsmouth
- Gosewinkel, Dieter (2016), Schutz und Freiheit? Staatsbürgerschaft in Europa im 20. und 21. Jahrhundert, Berlin
- Grohmann, Marc (2001), Exotische Verfassung. Die Kompetenzen des Reichstags für die deutschen Kolonien in Gesetzgebung und Staatsrechtswissenschaft des Kaiserreichs (1884–1914), Tübingen
- Gründer, Horst (2004), Geschichte der deutschen Kolonien, 5. Aufl., Paderborn
- Gründer, Horst, Hermann Hiery (Hg.) (2017), Die Deutschen und ihre Kolonien. Ein Überblick, Berlin
- Hartmann, Andrea (2005), Majestätsbeleidigung und Verunglimpfung des Staatsoberhauptes (§§ 94 ff. RStGB, 90 StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, Berlin
- Hartmann, Wolfram (2007), Making South West Africa German? Attempting Imperial, Juridical, Colonial, Conjugal and Moral Order, in: Journal of Namibian Studies 2, 51–84
- Heger, Martin (2021), Das Strafrecht der ›Musterkolonie‹ Kiautschou, in: Jaeger, Michael, Mingchao Mao et al. (Hg.), Ostwestliche Erfahrungen der Modernität. Der chinesisch-deutsche Ideenaustausch und die Bewegung des 4. Mai 1919, Berlin, 57–67
- Henne, Thomas (2001), Schwierigkeiten einer Geschichte des Reichsgerichts. Anmerkungen zu Ingo Müller, Kein Grund zur Nostalgie. Das Reichsgericht, in: Betrifft JUSTIZ 66, 73–75
- Heyden, Ulrich van der (2007), Kolonialkrieg und deutsche Innenpolitik – Die Reichstagswahlen von 1907, in: freiburg-postkolonial.de (08.05.2007), https://www.freiburg-postkolonial.de/Seiten/Heyden-Reichstagswahlen1907.htm
- Hiery, Hermann (2017), Die Kolonialverwaltung, in: Gründer / Hiery (Hg.) 179–200
- Hoffmann, Herrmann Edler von (1907), Deutsches Kolonialrecht, Leipzig
- Hoffmann, Herrmann Edler von (1908), Verwaltungs- und Gerichtsverfassung der deutschen Schutzgebiete, Leipzig
- Hoffmann, Herrmann Edler von (1911), Einführung in das deutsche Kolonialrecht, Leipzig
- Huber, Hansjörg Michael (2000), Koloniale Selbstverwaltung in Deutsch-Südwestafrika, Frankfurt am Main
- Kade, Erich (1939), Die Anfänge der deutschen Kolonial-Zentralverwaltung (Forschungen zur Kolonialfrage, Bd. 2), Würzburg (Diss. phil. Berlin)
- Kamissek, Christoph, Jonas Kreienbaum (2016), An Imperial Cloud? Conceptualising Interimperial Connections and Transimperial Knowledge, in: Journal of Modern European History, 14,2, 164–182
- Kierulff, Johann F. (Hg.) (1866), Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck, Bd. 3, Hamburg
- Köbner, Otto (1903), Die Organisation der Rechtspflege in den Kolonien, Berlin
- Kocka, Jürgen (2013), Geschichte des Kapitalismus, München
- König, B. von (1900/01), Militär und Marine in den deutschen Schutzgebieten, in: Beiträge zur Kolonialpolitik und Kolonialwirtschaft 2, 70–85
- König, B. von (1920), Disziplinarbehörden, in: Schnee (Hg.), Bd. I, 467–468
- Königsberger, Paul (1914), Zu dem neuen Gesetzentwurf über die Errichtung eines Kolonialgerichtshofs, in: Deutsche Juristen-Zeitung 19, Sp. 165
- Kohl, Horst Ernst Arminius (Hg.) (1970), Die politischen Reden des Fürsten Bismarck. Historisch-kritische Gesamtausgabe, Bd. 10: Die Reden des Reichskanzlers Fürsten von Bismarck im Deutschen Reichstag 1884–1885, Stuttgart 1894, Aalen (Neudruck)
- Kohlrausch, Martin (2005), Der Monarch im Skandal. Die Logik der Massenmedien und die Transformation der wilhelminischen Monarchie, Berlin
- Kolisch, Otto (1896), Die Kolonialgesetzgebung des Deutschen Reichs, Hannover
- Kopp, Thomas (1997), Nichtdeutsche Angeklagte im deutschen Strafverfahren. Ihr Schutz im Normal-, Kolonial- und Militärzustand seit der Reichsgründung 1871, Baden-Baden
- Kraus, Herbert (1911), Reichsstrafrecht und deutsche Schutzgebiete, Berlin
- Külz, Wilhelm (1909), Deutsch-Südwestafrika im 25. Jahr deutscher Schutzherrschaft, Berlin
- Kundrus, Birthe (2003), Moderne Imperialisten. Das Kaiserreich im Spiegel seiner Kolonien, Köln
- Lamprecht, Rolf (1979), Ein bißchen Bibel und viel Unrecht, in: Der Spiegel Nr. 40,81, http://magazin.spiegel.de/EpubDelivery/spiegel/pdf/39868797

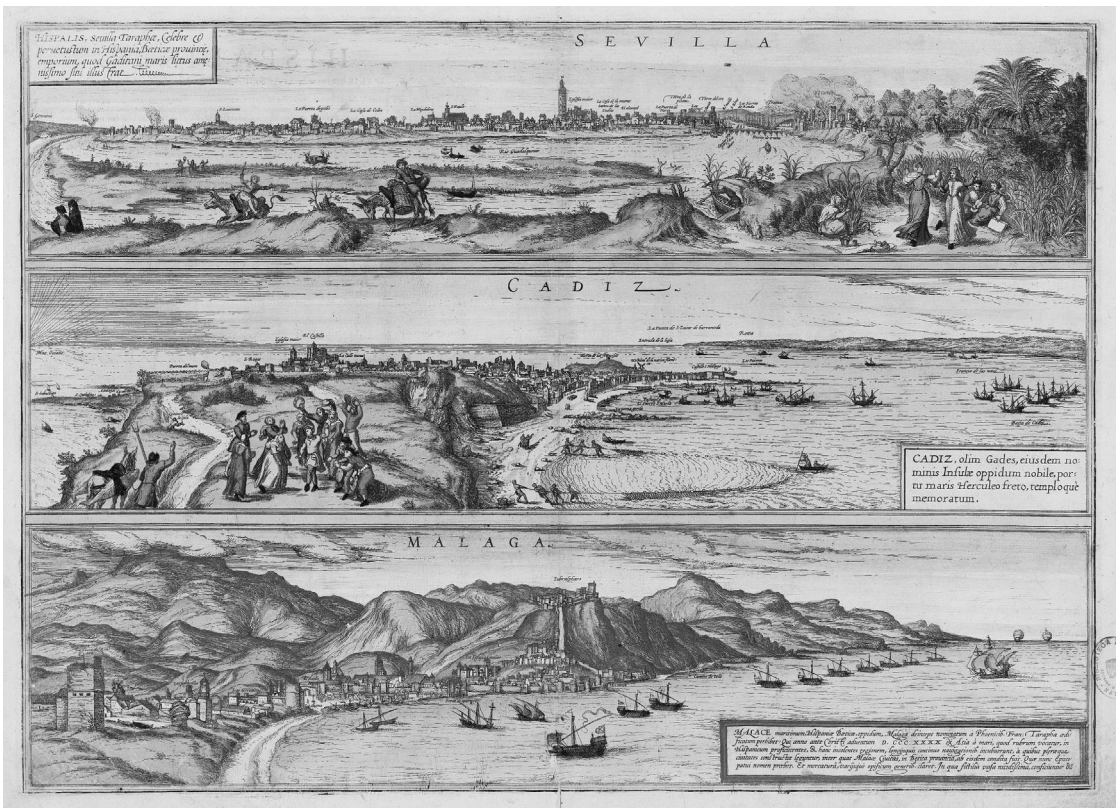
Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Lemercier, Claire, Jérôme Sgard (2015), Arbitrage privé international et globalisation(s) [rapport de recherche] 11.11, mission de recherche Droit et justice, CNRS, Sciences Po. [halshs-01158980], https://shs.hal.science/halshs-01158980/file/Rapport%20Lemercier&Sgard%20final.pdf
- Lepenies, Wolf (1977), Soziologische Anthropologie. Materialien, Berlin
- Leutwein, Theodor (1907), Elf Jahre Gouverneur in Deutsch-Südwestafrika, 2. Aufl., Berlin
- Lobe, Adolf (1914), Kolonialgerichtshof und Reichsgericht, in: Deutsche Richterzeitung, Sp. 57–63
- Lobe, Adolf (1929), Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929, Berlin
- Martineau, Anne-Charlotte (2018), A Forgotten Chapter in the History of International Commercial Arbitration. The Slave Trade's Dispute Settlement System, in: Leiden Journal of International Law 31, 219–241
- Mayer-Gerhard, A. (1920), Deutsch-Südwestafrika, in: Schnee (Hg.), Bd. I, 410–456
- Memmi, Albert (1980 [1957]), Der Kolonisator und der Kolonisierte: zwei Porträts. Mit einem Vorwort von Jean-Paul Sartre und einem Nachwort des Autors zur deutschen Ausgabe, Frankfurt am Main
- Meyer, Georg (1888), Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete, Leipzig
- Meyer, Georg (1891), Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., Leipzig
- Michels, Stefanie (2009), Schwarze deutsche Kolonialsoldaten. Mehrdeutige Repräsentationsräume und früher Kosmopolitismus in Afrika, Bielefeld
- Mittelstein (1908) = »Oberlandesgericht Hamburg. Mitgeteilt von Oberlandesgerichtsrat Dr. Mittelstein, Hamburg«, in: Deutsche Juristen-Zeitung 13 (1908) 979–980
- Müller, Sven Oliver, Cornelius Torp (Hg.) (2009), Das Deutsche Kaiserreich in der Kontroverse, Göttingen
- Müssig, Ulrike (2013), Handelsrecht durch Höchstgerichtsbarkeit: Die Entstehung des Bundes- bzw. Reichsoberhandelsgerichts, in: Cordes / Dauchy (Hg.) 265–292
- Nipperdey, Thomas (1992), Deutsche Geschichte 1866–1918, Bd. II: Machtstaat vor der Demokratie, München
- Oestmann, Peter (2013), Seehandelsrechtliche Streitigkeiten vor dem Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820–1848), in: Cordes / Dauchy (Hg.) 221–264
- Ostler, Fritz (1995), Wiederauferstehung des toten Reichsgerichts?, in: Neue Juristische Wochenschrift, 23
- Pann, Arnold (1887), Das Recht der deutschen Schutzherrlichkeit, Wien
- Penny, H. Glenn, Matti Bunzl (Hg.) (2003), Worldly Provincialism. German Anthropology in the Age of Empire, Ann Arbor (MI)
- Perels, Kurt (1910), Die Errichtung eines Kolonial- und Konsular-Gerichtshofs. Kritische Erörterungen, Hamburg
- Polgar, Katalin (2007), Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820–1879) und seine Richterpersönlichkeiten, Frankfurt am Main
- Radlauer, Ernst (1911), Über den Umfang der Geltung des preußischen Rechts in den deutschen Schutzgebieten, in: Jahrbuch der Hamburgisch Wissenschaftlichen Anstalten 28, 6. Beiheft
- Reinhard, Wolfgang (1978), »Sozialimperialismus« oder »Entkolonisierung der Historie«? Kolonialkrise und »Hottentottenwahlen« 1904–1907, in: Historisches Jahrbuch 97/98, 384–417
- Retallack, James (2009), Obrigkeitsstaat und politischer Massenmarkt, in: Müller / Torp (Hg.) 120–135
- Ringwald, Hermann (2010), Der ›Arnim-Paragraf‹ (§ 353a StGB) und der Schutz auswärtiger Interessen der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden
- Rischbieter, Julia Laura (2011), Mikro-Ökonomie der Globalisierung. Kaffee, Kaufleute und Konsumenten im Kaiserreich 1870–1914, Köln
- Rischbieter, Julia Laura (2014), Die Geburt eines neuen Wirtschaftszweiges: Lokale Konsumentenwünsche und globaler Wettbewerb als Triebkräfte ökonomischer Dynamik im Deutschen Kaiserreich, in: Berth, Christiane, Dorothee Wierling et al. (Hg.), Kaffeewelten. Historische Perspektiven auf eine globale Ware im 20. Jahrhundert, Göttingen, 35–55
- Ritter, Karl (1912), Das koloniale Bergrecht, Nürnberg
- Rothfuss, Anna (2019), Korruption im Kaiserreich. Debatten und Skandale zwischen 1871 und 1914, Göttingen
- Sassen, Fritz (1906), Die staatsrechtliche Natur der deutschen Schutzgebiete, in: Zeitschrift für Kolonialpolitik, Kolonialrecht und Kolonialwirtschaft 8, 594–620
- Sassen, Fritz (1911), Deutsches Kolonial-Militärrecht, Rastatt
- Schaper, Ulrike (2012), Koloniale Verhandlungen – Gerichtsbarkeit, Verwaltung und Herrschaft in Kamerun 1884–1916, Frankfurt am Main
- Schildtknecht, Jörg (2000), Bismarck, Südwestafrika und die Kongokonferenz. Die völkerrechtlichen Grundlagen der effektiven Okkupation und ihre Nebenpflichten am Beispiel des Erwerbs der ersten deutschen Kolonie, Münster
- Schlumbohm, Jürgen (Hg.) (1970), Der Verfassungskonflikt in Preußen 1862–1866 (Historische Texte, Neuzeit, Bd. 10), Göttingen
- Schnee, Heinrich (Hg.) (1920), Deutsches Kolonial-Lexikon, 3 Bde., Leipzig
- Schubert, Werner (Hg.) (1992), Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, Jahrgänge 1900 und 1901, Frankfurt am Main
- Schultz-Ewerth, Erich, Leonhard Adam (1929–30), Das Eingeborenenrecht. Sitten und Gewohnheitsrechte der Eingeborenen der ehemaligen deutschen Kolonien in Afrika und in der Südsee, 2 Bde., Stuttgart
- Schwarz, Thomas (2002), Die Kultivierung des kolonialen Begehrens. Ein deutscher Sonderweg?, in: Honold, Alexander, Oliver Simons (Hg.), Kolonialismus als Kultur. Literatur, Medien, Wissenschaft in der deutschen Gründerzeit des Fremden, Tübingen, 85–103
- Schwörbel, Heribert (1906), Die staats- und völkerrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete, Berlin (Diss. iur. Erlangen)
- Seelbach, Fritz (1904), Grundzüge der Rechtspflege in den deutschen Kolonien, Bonn

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Sieglin, Ludwig (1908), Die koloniale Rechtspflege und ihre Emanzipation vom Konsularrecht, Münster
- Sippel, Harald (1997), Die Klassifizierung »des Afrikaners« und »des Europäers« im Rahmen der dualen Kolonialrechtsordnung am Beispiel von Deutsch-Südwestafrika, in: Eckert, Andreas, Jürgen Müller (Hg.), Transformationen der europäischen Expansion vom 16. bis zum 20. Jahrhundert, Loccum, 154–170
- Sippel, Harald (2017), Recht und Gerichtsbarkeit, in: Gründer / Hiery (Hg.) 201–221
- Skrivan, Aleš (1995), Das hamburgische Handelshaus Johan Cesar Godeffroy & Sohn und die Frage der deutschen Handelsinteressen in der Südsee, in: Veröffentlichungen des Vereins für Hamburgische Geschichte 81, 129–155
- Sprigade, Paul, Max Moisel (Hg.) (1914), Deutscher Kolonialatlas mit illustriertem Jahrbuch 1914, 18. Aufl., Berlin
- Stein, Philipp (Hg.) (1910), Fürst Bismarcks Reden. Mit verbindender geschichtlicher Darstellung, Bd. 6: Reichskanzler, 1873–1877, Leipzig
- Steinkröger, Julian (2019), Strafrecht und Strafrechtspflege in den deutschen Kolonien. Ein Rechtsvergleich innerhalb der Besitzungen des Kaiserreichs in Übersee, Hamburg
- Steinmetz, George (2002), Precoloniality and Colonial Subjectivity. Ethnographic Discourse and Native Policy in German Overseas Imperialism, 1780s–1914, in: Political Power and Social Theory 15, 135–228
- Steinmetz, George (2006), Decolonizing German Theory. An Introduction, in: Postcolonial Studies 9,1, 3–13
- Stengel, Karl von (1886), Die staats- und völkerrechtliche Stellung der Deutschen »Kolonien« und ihre zukünftige Verfassung (Beiträge zur Förderung der Bestrebungen des Deutschen Kolonialvereins, Heft 5), Berlin
- Stengel, Karl von (1889), Die deutschen Schutzgebiete, ihre rechtliche Stellung, Verfassung und Verwaltung, München
- Stengel, Karl von (1901), Die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, Tübingen
- Stern, Philip J. (2011), The Company-State. Corporate Sovereignty and the Early Modern Foundations of the British Empire in India, New York
- Storr, Cait (2020), International Status in the Shadow of Empire. Nauru and the Histories of International Law, Cambridge
- Táíwò, Olúfẹ́mi (2023), It Never Existed. The Idea of a ›Precolonial‹ Africa is Theoretically Vacuous, Racist and Plain Wrong About the Continent's Actual History, in: Aeon (13.01.2023), https://aeon.co/essays/the-idea-of-precolonial-africa-is-vacuous-and-wrong
- Trotha, Trutz von (1994), Koloniale Herrschaft. Zur soziologischen Theorie der Staatsentstehung am Beispiel des ›Schutzgebietes Togo‹, Tübingen
- van Laak, Dirk (2003), ›Ist je ein Reich, das es nicht gab, so gut verwaltet worden?‹ Der imaginäre Ausbau der imperialen Infrastruktur in Deutschland nach 1918, in: Kundrus, Birthe (Hg.), Phantasiereiche. Zur Kulturgeschichte des deutschen Kolonialismus, Frankfurt am Main, 71–90
- Wehler, Hans-Ulrich (1994), Das Deutsche Kaiserreich, 1871–1918, Göttingen
- Wehler, Hans Ulrich (2006), Transnationale Geschichte – der neue Königsweg historischer Forschung?, in: Budde, Gunilla, Sebastian Conrad et al. (Hg.), Transnationale Geschichte. Themen, Tendenzen und Theorien, Göttingen, 161–174
- Wielandt, Ute, Michael Kascher (2002), Die Reichstagsdebatte über den deutschen Kriegseinsatz in China. August Bebel und die ›Hunnenbriefe‹, in: Kuss, Susanne, Bernd Martin (Hg.), Das Deutsche Reich und der Boxeraufstand, München, 183–201
- Wilke, Jürgen (2008), Grundzüge der Medien- und Kommunikationsgeschichte, Köln
- Winkler, Sabine (2001), Das Bundes- und spätere Reichsoberhandelsgericht – Eine Untersuchung seiner äußeren und inneren Organisation sowie seiner Rechtsprechungstätigkeit unter besonderer Berücksichtigung der kaufmännischen Mängelrüge, Paderborn
- Wunderlich, Georg (1913), Die Notwendigkeit der Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in den deutschen Schutzgebieten, Berlin
- Zantop, Susan (1997), Colonial Fantasies. Conquest, Family, and Nation in Precolonial Germany, 1770–1870, Durham (NC)
- Zollmann, Jakob (2010), Koloniale Herrschaft und ihre Grenzen. Die Kolonialpolizei in Deutsch-Südwestafrika 1894–1915, Göttingen
- Zollmann, Jakob (2016), Bausteine einer kolonialen Geschichte des Privatrechts. Das Reichsgericht und die deutschen Kolonien, 1888–1920, in: Rechtskultur – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte 5, 14–36
- Zollmann, Jakob (2019a), Zankende Amtsschimmel und andere koloniale Herausforderungen. Über die Streitkultur in Deutsch-Südwestafrika, 1890–1915, in: Eckardt, Michael (Hg.), Mission Afrika. Geschichtsschreibung über Grenzen hinweg. Festschrift für Ulrich van der Heyden (Missionsgeschichtliches Archiv 29), Stuttgart, 373–385
- Zollmann, Jakob (2019b), Koloniale Staatlichkeit, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hg.), Von Staat zu Staatlichkeit. Beiträge zu einer multidisziplinären Staatlichkeitswissenschaft, Baden-Baden, 185–20
- Zorn, Philipp (1903), Besprechung von: Otto Köbner, Die Organisation der Rechtspflege in den Kolonien, in: Deutsche Kolonialzeitung 39, 394–3959
- Zorn, Philipp (Hg.) (1913), Deutsche Kolonialgesetzgebung. Text-Ausgabe mit Anmerkungen und Sachregister, 2. vollständig neu bearbeitete Aufl. von Franz Josef Sassen, Berlin

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH



Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

József Szabadfalvi

A Short History of the Formation of Hungarian Legal Terminology

I. Introduction

When researching Hungarian literature and the history of the particular fields of science in Hungary, an examination of the formation and development of the language and system of terminology used is unavoidable. This is especially interesting in the case of the law that directly affects the community, governs public and individual actions, and the jurisprudence that interprets and applies it.[1]

The development of legal language was fundamentally influenced by the model of the European Christian states and the literacy practiced by the clergy. For centuries after the establishment of the sovereign Hungarian feudal state, Latin was the »official« language of state affairs, central governmental bodies, the legislature, the application of the law, and official communication. A good example of this is the first Hungarian law book, István Werbőczy's *Tripartitum*, which was published in Latin in 1517. Since the education and literacy of the medieval intelligentsia was based on a working knowledge of Latin, the use of the language is not surprising. Among the intelligentsia living in Hungary who spoke different mother tongues, Latin *(lingua Latina)* remained the dominant language[2] – both during and after the Middle Ages. The development of Hungarian legal terminology and legal literature was greatly hindered by the fact that until the beginning, or in some cases until the middle, of the 19th century, Latin was the language of not only legal practice but also scientific research and education.[3] The national approach only came to the fore as a result of the change in the world of literature and science brought about by the Reformation. The late emergence of the need for the development of the Hungarian legal language cannot be explained on purely linguistic grounds. This is all the more obvious given the fact that basic legal concepts have long been used in the language, especially in the spoken language of court proceedings and legal disputes.

Several socio-historical conditions and needs can be detected behind the development of the legal language, for example, the creation of a unified legal system that replaced legal particularism and eliminated the hegemony of diverse customary law. The feudal conditions, the different legal status of societal groups (e. g. nobles, priests, citizens, serfs), the system of privileges (e. g. exemption of free royal cities from the jurisdiction of the feudal landords), and territorially different customary law were further obstacles to the development of coherent legal terminology. Another important precondition was the establishment of a unified judicial system hindered by centuries of feudalism and the heterogeneous institutional system resulting from legal particularism and the division of power. It was further reinforced by the different systems of jurisdiction that emerged in the 16th and 17th centuries as a result of the Turkish conquest and subsequent division of the country into three parts. This was accompanied by the heterogeneous legal interpretation of different legal forums, not to mention the diversity of juridical qualifications and levels of professionalism. Finally, the use of the same language is an essential condition for the development of a uniform legal terminology, the lack of which makes it all the more difficult to establish a unified judicial system. The language of law, such as court proceedings

1 On the history of the development of Hungarian legal language, see B. Kovács (1995, 2002, 2003); Bakos (1880, 1883); Beck (1952); Bónis (1971); Gedeon (2018); Herczegh (1904); Istványi (1934); Jutai (2008); Kabán (2004); Karcsay (1981); Kniezsa (1955); Kovács, F. (1964); Kovács, M. (2008, 2010); Mezey (2016); Nótári (2014); Nyomárkay (2007); P. Balázs (1973); Révay (2010); Simonyi (1896); Szendi (2017); Szép (2009); Tóth (2015); Viszota (1905).

2 Solymosi (2011) 500.

3 The development and later unification of legal terminology would have greatly profited had education in Hungarian been more common. In this respect, the protestant institutions were leading the way, but until the beginning of the 19th century, there was no breakthrough among educational materials written in Hungarian. Real change started after 1840/1841, which was furthered by Act 2 of 1844 regarding the introduction of compulsory education in Hungarian. After this, education in Latin was the exception.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

(litigation), legislation, and administration, cannot be separated from the ethnic composition of the country. It is important to note that the Kingdom of Hungary was originally multilingual. With at least half a dozen languages spoken, choosing just one language presented some obvious challenges. The Hungarian feudal state was not organized on the basis of ethnic affiliation, but rather on the basis of territory (and system of personal dependence), and jurisdiction was established according to monarchical power and not a common language. Until the 17th–18th centuries, court proceedings were conducted orally at first instance in a language understood by both parties. The existence of multiple ethnicities thus resulted in a wide variety of rights and legal languages.[4]

The development of each professional language was always the result of a long historical process. The »word requirement« of the legal vocabulary is closely related to the development of the legal environment and jurisprudence at that time.[5] Legal development constantly generates changes in the appropriate professional terminology. Linguists distinguished three main sources when it came to the development of the Hungarian legal terms: 1) the rediscovery of earlier – possibly forgotten – terms, some of which might have been assigned additional meanings; 2) the morphological adaption and inclusion of Latin words and concepts into the Hungarian vocabulary; and 3) the so-called mirror translations, which enriched the Hungarian legal language both as expressions that mirror Latin terms and as translations of German professional terms, demonstrating the significant influence of the German language in Central Europe.[6] In light of the historical facts and experiences, it can be stated that »during the development of the mother tongue terms of the legal language, it was less feasible to follow the course suggested by linguists and revive the terms that used to exist in the older forms of the language that had faded into obscurity. A portion of the legal language reformers supported the adoption of foreign terms, and most argued for the translation of Latin and German terms.«[7]

The process of creating Hungarian terminology was accelerated by the ideas of the Enlightenment in conjunction with the language reform movement that coincided with the »codification« of literary and common language. The introduction of vernacular terms fostered the growth of the vocabulary and the elimination of foreign (Latin or German) terms. The starting point for such language reform efforts was a rethinking of the political and legal vocabulary. Areas such as public affairs, administration, and the legal environment required the use of native language concepts that were consistent with the the general public's usage. Linguists usually divide the process of language reform that took place in the region between the second half of the 18th century and the end of the second third of the 19th century into three stages. The first stage was often characterized by (occasional) individual innovations, sometimes limited to just a single text. The second was portrayed as a collection of terms from different disciplines based on collaborative efforts, and the third stage described in terms of conscious use and dissemination.[8] During this period, the usage and development of the mother tongue as well as the regulation of professional terminology became pressing issues for the general public.

II. The Development of the Hungarian Legal Language in the Middle Ages and the Early Modern Age

Domestic conditions in Hungary differed significantly from those in other Central European countries, where national languages spread earlier in legal practice. While the early 13th-century *Sachsenspiegel* or similar Czech legal codes in the 14th and 15th centuries were published in the national language,[9] Werbőczy's *Tripartitum* was translated into Hungarian (under the title *Magyar Decretum*) in 1565.[10] The first native language translation by Balás Weres was not a literal translation; in fact, it is a highly abstract version of the original work.[11] As a translator, he considered it important that people unable to read Latin should understand the requirements set out in the *Decretum*. Thus, we can conclude that towards the end of the Middle Ages – perhaps even a little later – the Hungarian language became more and more suitable for formulating legal texts and rules. The

4 B. Kovács (1995) 7–11; Kovács, M. (2008) 145–146.
5 Bakos (1883) 25.
6 Szép (2009) 311.
7 Szép (2009) 320.
8 Nyomárkay (2007) 186.
9 Kovács, F. (1964) 85–86.
10 Werbőczy (1565).
11 Péter (2012).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

complete translation of the first Hungarian legal code did not take place until 1611.[12] It should be noted, however, that the legal terminology used in the various editions of the *Tripartitum* could not yet be considered a professional language, as it mostly contains wordy translations and circumscribed terms.

The relatively late appearance of the Hungarian written texts of literature, of course, hindered the development of legal language and concepts. Instead of the »official« language, Hungarian was primarily used in everyday legal contexts and in lower-level legal disputes. It is fairly certain that a significant number of »literates« were trained during the time of the kings of the Árpád dynasty. Considered the »apostles« of the Hungarian legal language, they were initially trained in the chapter schools and later in the universities of Pécs and Óbuda (founded in 1367 and 1389, respectively).[13] From the 16th century onwards, and after the Turkish conquest, the strengthening of Hungarian-language literature, especially in Transylvania and the territories under Turkish rule, required a systematic and well-thought-out terminological development. At the same time, mostly within the territory belonging to the Kingdom of Hungary, due to the growing influence and power of the House of Habsburg, the use of Latin became a symbol of Hungarian constitutionality and independence. The resistance of the Hungarian Estates found in the use of Latin a symbol that was a suitable means of demonstrating independence against the spread of the German language.

One cannot truly speak of a Hungarian legal language until the 16th century, though Hungarian expressions could occasionally be found in contemporary Latin texts. Thus, for a long time, there was a special »duality« in Hungarian legal terminology.[14] While the use of Latin at the time was characterized by a rather circuitous style, the Hungarian language reflected the simple conciseness of the early Hungarian vernacular. Among the first to be considered the creators of the Hungarian legal language are figures such as Baron Tamás Nádasdy (1498–1562) – a former master of treasury, judge royal, later a palatine, who studied law in Bologna and Rome – and members of the so-called »Nádasdy guard« (Markó Horváth, László Kerecsény, Ákos Csányi, Jakab Szél). After the crushing defeat of Hungarian forces at the Battle of Mohács (1526) at the hands of the Ottoman empire and the division of the country into three parts (1541), this generation consciously began to write in Hungarian. Though Balást Weres translated the *Hungarian Decretum*, he is not considered one of the creators because, as a practicing lawyer, he basically »received the already developed« contemporary Hungarian legal language used in the translation. Despite having collected around 300 basic legal terms and nearly 3000 derivative legal terms from legal documents – along with indications of the references – for his then not yet published work on the vocabulary from the period up to 1565, Gábor Bakos's rather succinct statement that a complete professional Hungarian legal language was already formulated by the 1660s seems to overstate the facts.[15]

The further development of the written and legal Hungarian language was fundamentally influenced by the changes in the socio-historical context. It is important to point out that the Principality of Transylvania was the custodian of independent Hungarian statehood during its one-and-a-half century existence in the 16th and 17th centuries, when Hungarian first became an official state language. Among other things, this may have been due to the lack of adequate knowledge of Latin, which was a limiting factor in acquiring proficiency in legal practice. The unique independent status of Transylvania during the age of the principality significantly shaped the legislation and application of law. Public affairs, local and central administrations, law enforcement, and the administration of national affairs, such as the decisions of the Transylvanian assembly and legislature, used Hungarian as their »official language«, the only exception being the use of German in the Saxon cities. The ordinances of the Transylvanian assembly were consolidated in a single code of law. The two outstanding collections of legislation in Hungarian were the *Compilatae Constitutiones Regni Transylvaniae* (1669) and the *Approbatae Constitutiones Regni Transylvaniae* (1677), both published in Kolozsvár. The resulting legal system also included

12 Werbőczy (1611).
13 Kovács, F. (1964) 174.
14 See Szép (2009) 313; Solymosi (2011) 498.
15 Cf. B. Kovács (1995) 9. Ferenc Kovács, who is the author of the most complete monograph on the development of Hungarian legal concepts, is also of this opinion: Kovács, F. (1964) 179.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

traditional Hungarian law, customary law, and the rules used in early legislation. The Transylvanian legal vocabulary of the time thus had an extremely rich, multi-layered, complex system of terminology.[16]

There were no significant changes in the development of the Hungarian legal language in the 17th and 18th centuries. Only the Hungarian language reform movement at the end of the 18th century and the consequent political and legal changes brought significant progress in this area. The analysis of legal terminology clearly shows the range of legal terms used in Hungarian in the given period. The meaning of terms played a decisive role as to whether certain words and legal concepts were incorporated into the Hungarian legal language. For instance, the terms that litigants absolutely had to understand in legal disputes were the first to replace Latin terms.[17]

Among the works published in this period, János Kitonich's Latin text *Directio Methodica processus judiciarii Juris consuetudinarii, Inclyti Regni Hungariae* (1619) needs to be mentioned. Considered the only scholarly Hungarian legal handbook of its time, it basically describes how Hungarian jurisdictions functioned, especially with regards to the legal practice of the country's higher courts.[18] It was translated by János Kászoni into Hungarian almost three decades after its original publication in 1647 under the title *Rövid igazgatas A' Nemes Magyar Országnak és hozzá tartozo Részeknek szokott teorveny folyasirol* [A Brief Report on the Legal Customs of Hungary and its Territories].[19] Its significance is demonstrated by the fact that it was included as an appendix to the official editions of Hungarian legislation *(Corpus Iuris Hungarici)* from the second half of the 17th century until the end of the 19th century.[20] A comparison of the terms used in Kitonich's Hungarian translation and in the *Magyar Decretum* shows that no substantive changes to the Hungarian legal language had taken place in almost a century, as there are significant traces of the old vocabulary.

Of the documents that contributed the most to the equalization of the Hungarian language, it is important to note Albert Szenci Molnár's Latin-Hungarian and Hungarian-Latin dictionaries, published in 1604, and Ferenc Pápai Páriz' Latin-Hungarian dictionary, first published in 1708,[21] with several further editions still to come.[22] Following the example set by these two authors, a great number of dictionaries[23] and glossaries were published in the 19th century. These are the works that comprise the foundation of Hungarian legal terminology.

III. The Impact of Enlightenment and »Language Renewal« on Legal Language

In the 18th century, an important element of the centralization efforts of the Habsburg Court was the creation of a linguistically unified empire. The first comprehensive educational provision, the *Ratio Educationis*, published in 1777 during the reign of Maria Theresa, prescribed an increase in the number of German as a foreign language classes in schools. The aspirations of the Habsburgs was also served by gradually requiring the use of German in certain official contexts, which also meant that Latin was pushed further into the background. Issued by Joeseph II in 1784, the decree made German compulsory in public administration, though it was revoked in 1790 due to widespread resistance. It is important to note here that the protests in the counties promoting a domestic / national language technically referred to the continued use of Latin, as it was considered the *patria lingua*.[24] From the earliest stages of the Hungarian Enlightenment (1772), language reform was a central issue. Writers, poets, and everyone calling for a reform of the Hungarian language became involved in the process. Ferenc Kazinczy and many authors associated with him became the driving force behind the development

16 For more, see Tamásné (2004, 2007). Of the Hungarian legal literature of Transylvania in the later period that influenced the development of legal terminology, the following are worth mentioning: Balia (1791); Benkő (1806); Bévezetés (1828); Kilyéni Székely (1818). The various collections of legislation also played an important role in the formation of the legal vocabulary: Az Erdélyi (1828) 26.

17 B. Kovács (2002) 229.

18 Kitonich (1619, 1647).

19 It is worth referring to the Latin-Hungarian bilingual edition published three years later: Kitonich (1650).

20 Gedeon (2006) 18.

21 Szenczi Molnár (1604).

22 Pápai Páriz (1807).

23 Among them, the work of Joseph Márton [Márton (1818)], with two thousand printed pages, is noteworthy. The legal appendix (see 1752–1853) contains the collected terminology of the old dictionaries.

24 Szekfű (ed.) (1926) 32.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

of language reform and transforming it into a social movement. Outstanding poets, writers, and scholars of the period, such as György Bessenyei, Ferenc Kölcsey, Miklós Révai and Ferenc Verseghy, discussed the importance of using the Hungarian language. Moreover, and according to the modern concept of the nation, the Hungarian intelligentsia actually first became ›Hungarian‹ when they were able to conduct academic research in its national language.

Soon thereafter, a great number of leaflets, essays, poems and other texts were published, all taking a stand on the issue of the development and the use of the Hungarian language. In his work *Pannóniai Fénix avagy hamvából fel-támadott magyar nyelv* [The Phoenix of Pannonia, or the Hungarian Language Rising from the Ashes],[25] published in 1790, Sámuel Decsy calls for the introduction of Hungarian in the fields of public administration, education, and science. In fact, Joseph II's efforts significantly boosted the development of the Hungarian language. The need for the renewal of Hungarian, which came to the fore as the language of official relations (in place of German), gave further impetus to the language reform movement. Dávid Baróti Szabó's dictionary, published in 1784, served as a model for many of the dictionaries (glossaries) that followed: it explained the meaning of the Hungarian (and occasionally Latin) terms by providing synonyms and commentary.[26] Although the aim was to create a dictionary written and edited for an educated general audience, the interpretation and meaning of many legal concepts contained in this voluminous text meant that it became a reference work for professionals.

The Diet of Hungary adopted the Act XVI of 1790/91 prescribing the use of Hungarian – instead of a foreign language – for public affairs. At the same time, the law stipulated that Latin would continue to be used in government matters. Two years later, with the consent of the monarch, the Diet enacted Act VII of 1792 on the »Teaching and Use of the Hungarian Language«, an even further reaching law regarding the use of the language. The Act made significant progress in the management of public affairs regarding the communication between the county and the Council of Lieutenancy of Hungary.

In the effort to create a unified legal language, the Hungarian edition of *Planum Tabulare* should be considered an important element. Published in 1825 (the original was published in 1769), it was based on the decisions handed down by the Royal Curia of Hungary.[27] The version published in István Czövek's translation has become one of the mandatory sources of the Hungarian legal corpus in everyday legal practice on a customary basis. Since the collection was cited both in the jurisprudence and in legal practice as a source of law, it played an important role in the spread and use of Hungarian legal terminology. From the point of view of the development of the Hungarian legal language, this work is also significant because, unlike previous legal glossaries, it used one Hungarian term as an equivalent for a Latin legal term. It should also be mentioned here that the new judicial ordinance issued by Emperor Joseph was published in 1789 by András Cházár.[28] The challenges presented by constantly having to translate legislation – i. e. the use of clear and consistent terms without synonyms – directly facilitated the development of a unified legal terminology.

A substantial change in the development of legal language can be observed at the turn of the 18th to the 19th century. During this period, several legal works had been published in Hungarian. Farkas Cserei's *A' Magyar és Székely Aszszonyok Törvénye* [Laws on Hungarian and Szekler Women], presumably published in the1760s and 1770s, is one of the earliest relics of popular legal knowledge.[29] The collection of writings on relevant laws, customary law, court judgments, and judicial commentaries was, of course, not only a collection of rules for »women« but also intended, according to the author, to further the development of Hungarian legal language.[30] In terms of its goals, György Aranka sought to achieve the same by writing his short book *Anglus és Magyar Igazgatásnak egybenvetése* [The Comparison of English and Hungarian Public Administration], published in 1790, in

25 Decsy (1790).
26 Baróti (1784).
27 Planum Tabulare (1825).
28 Törvény-rend (1789).
29 Cserei (1800).
30 Cserei (1800) XII.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

which he compared the public law systems of the two monarchies.[31] It is worth mentioning that the work *Báró Martini természet törvényéről való állatásainak magyarázatja* [The Explanation of Baron Martini's Statements on the Law of Nature] was the first list of legal-theoretical literature in Hungarian ever published.[32] This work is a translation of the German edition of the second volume of Karl Anton Martini's *Positiones de lege naturali*, published in 1792, courtesy of Sámuel Dienes, a former student at the University of Heidelberg. In the preface to his book, which was a completely novel enterprise in Hungarian jurisprudence up to that point in time, Dienes draws attention to the importance of using Hungarian in »necessary and useful« scholarly works and research.

The most significant private law work of the period was Illés Georch's four-volume *Honnyi Törvény [National Laws]*, published between 1804 and 1809.[33] Here the author assessed the Hungarian laws according to the scientific standards of the time, thus consciously laying the foundations for the national legal literature. Georch's work is of historic significance because it is essentially the first general and comprehensive work of private law published in Hungarian. For at least two decades, it displaced Latin-language works and was used both as a textbook and even a practical handbook. Given the book's extreme popularity in professional circles, its impact on the use and further development of Hungarian terminology is comparable to the legal glossaries. Regarding legal terminology, Georch both relied on definitions used in previous translations as well as terms used in daily legal practice.

As a continuation of Act VII of 1792, Act IV of 1805 on the »Use of the Hungarian Laws« obliged the Council of Lieutenancy of Hungary to reply to the submissions in Hungarian, and further prescribed the use of Hungarian in court proceedings. Thanks to this law, one of the most important institutional systems of legal practice was now open to the Hungarian language. According to the provision of the Act, however, submissions to the Court Chancery had to be issued in both Latin and Hungarian hereafter as well.

IV. The Influence of Legal Glossaries, Official Dictionaries and Legal Literature on the Formation of Hungarian Legal Terminology

From the perspective of the development of legal practice and jurisprudence, it became necessary to complete the development of the Hungarian legal language. Therefore, Hungarian lawyers and jurists immediately began to create the missing elements of the legal language. As a result, a large number of legal glossaries, official dictionaries, and other works advancing the legal lexicon were published. In the first half of the 19th century, more than 40 such works were published. The authors included lawyers as well as linguists and writers.[34] The need for legal glossaries was exemplified by the »hieroglyphic language« (i. e. mixed language) that, with the exception of a few Hungarian words, was dominated by terms derived from Latin, and was commonly employed in contemporary legal language.[35]

At the beginning of the 19th century, the counties introduced the use of Hungarian in all areas of their respective laws in accordance with Act IV of 1805. The first instance of official dictionaries was that of Pest-Pilis-Solt County.[36] Published in 1806, the work, which was also sent to the other counties, was created by some of the most outstanding jurists of the time, such as József Szilassy, György Laczkovics, László Szentkirályi, László Tomka, Dániel Glosius, Dózel Ottomán, and Miklós Révai, the famous linguist, who also reviewed the finished work prior to publication. In a similar way, Ferenc Verseghy took part in the compilation of the Zala County dictionary[37] a year later.

There was no cooperation between counties regarding the creation of official dictionaries. Both the Viennese Court and the central government used the means at their disposal to hinder this process. Rivalry and disregard for one another's results characterized this process, and the same, to an extent, can be said of the dictionaries created by individual authors. We are aware of only one attempt by county delegates to discuss the principles and vocabulary of Hungarian legal terminol-

31 Aranka (1790).
32 Báró Martini (1792).
33 Georch (1804–1809).
34 For glossaries and dictionary initiatives in the language reform era, see Czifra (2015).
35 A similar mixed legal language prevailed in the use of English legal language until the end of the 18th century, in which – in addition to English – a special mixture of French and Latin could be found in the various contemporary documents of court proceedings.
36 Ottlik (1806). As far as the creation of official dictionaries is concerned, see Kerényi (2002) 30–35.
37 Tiszti szótár (1807).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

ogy during a parliamentary recess. Based on all the legal glossaries published up to that point, the plan was to create a fairly precise legal glossary that included a strict process of control and review. Completed in 1807, the authors eventually deemed the manuscript unworthy of publication, and it was placed in the Pest County Archives for later consideration.[38] After this failed attempt, the counties did not even try to publish a joint dictionary, and none of the respected figures held the mobilization of jurists and linguists of the era for a common goal at that time.[39]

The very first dictionaries were, in fact, simply collections of words containing a large number of synonyms, which were originally collected for compilations. Since these works did not contain definitions, they were unsuited to provide unambiguous explanation or clarification of concepts. The majority of the consecutive legal glossaries were based on, supplemented, or expanded the terminology of previously published works. Thus, the dictionaries after 1806 became more up to date by including more Hungarian words. There was a significant change in the terminology of works published in the 1830s. The glossary of the Royal Curia (*Magyar Törvénykezési Szótár* [Hungarian Judicial Dictionary]), published in 1837, already contained many concepts that replaced a number of terms in the dictionaries from the turn of the century. In addition to the positive effects stemming from the language reform, negative trends also followed. The inadequate development of rules for word formation was a serious problem during this period, resulting in heated debates among those involved. The development of legal language was particularly hindered by the lack of consensus in this area.[40] Often isolated from each other, the authors and editors involved in the creation of the terms usually took different approaches to the task. Orthologists disapproved of the methods used during the language reform and sometimes, as in the case of Antal Szirmay, centuries-old terminology was used to compile their dictionaries, whereas neologists such as János Fogarasi created new words to include in their work.[41]

At the time, one of the first and most complete legal dictionaries was Sámuel Pápay's collection titled *Észrevételek a' magyar nyelvnek a' polgári igazgatásra, és törvénykezésre való alkalmaztatásáról* [Observations on the Application of the Hungarian Language to Civil Administration and Legislation], published in 1807. In his introductory remarks, he pushed for a conceptual approach to creating terminology.[42] His work was guided by two goals. First, he wanted to create Hungarian legal concepts that would replace the Latin terms in use up to that point. Second, he felt it important to continue the use of long-standing foreign terms that had been »Hungarianized«. Pápay also drew attention to the significant role of the precise definition and use of terms in the conceptualization process as a means to address significant challenges present in the Hungarian language. In order to facilitate the uniform interpretation and thus use of the terms, he considered it important that legal terms should have the same meaning for everyone. Unfortunately, his works were not widely known.

At about the same time as Antal Pápay, Szirmay (Szirmai) published his *Magyarázattya azon szóknak, mellyek A' Magyar országi Polgári, s' Törvényes dolgokban elő-fordúlnak, némelly rövidebb formákkal* [An Explanation of Legal Language of the Words Occurring in Hungarian Civil Law, with Some Shorter Forms].[43] Appearing in 1806, he included an extensive introductory study in his collection of terminology, in which he criticized the mixed language used at the time, and thus objected to the addition of Hungarian suffixes to Latin legal terms, which was the preferred solution in the absence of a suitable Hungarian equivalent. Moreover, his introductory remarks also reject the violent conceptualization that erupted as a side effect of the language reform efforts. Like Pápay, he preferred the use of the older Hungarian terms. His work also contains examples sourced from older legal texts and manuscripts.

The works of Pápay and Szirmay demonstrate several similarities. Although probably not aware of the other person's activities, as advocates in moderate language reform they both considered

38 See further Bakos (1883) 31.
39 For more information regarding the controversial circumstances surrounding the birth of official dictionaries of the counties, see Jutai (2008) 23–25.
40 As far as its relationship to the language reform movement, see Kazinczy (1819).
41 Jutai (2008) 26.
42 Pápay (1807).
43 Szirmai (1806).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

it important to use old Hungarian concepts that had become part of everyday practice and rejected the use of »mixed language«. At the beginning of the 19th century, their respective profession-oriented works stand out from the list of official dictionaries created in the period. Their findings certainly should have received more attention within the legal profession.[44] The purpose of the long line of dictionaries and other manuals that eventually followed was to enhance and elaborate the development of a more comprehensive professional legal language.[45]

Of these dictionaries, Károly Puky's *Honni törvény szótár* [National Legal Dictionary], first published in 1830 (with several editions to follow), is certainly worth examing in more detail. The preface indicates that the author's primary intention was to both enrich Hungarian expressions and revive long-forgotten Hungarian terms by using books previously published in this field as well as the minutes of the Diet of Hungary. The dictionary's conscious aim was to present sometimes three, four, or more Hungarian equivalents of a Latin word. Moreover, until the mid-19th century, a number of other legal glossaries, official dictionaries, and collections of examples appeared, among which we also find special collections of legal concepts related to certain fields and areas of law.[46]

In the meantime, significant changes had taken place in the regulation of the use of legal language. At the Diet of Hungary (Reform Diet) in 1825–27, the representatives summarized their aspirations regarding the use of Hungarian and agreed on the need to inscribe it as the state language. Act VIII of 1830 on the »Use of the National Language« essentially confirmed the language use rights already enshrined in law. According to the main provisions of Act III of 1836 on the »Hungarian Language«, in the case of Latin-Hungarian dual column editing, the Hungarian legal text was considered the official version. The law obliged the Royal Table (Royal Court of Appeal) to issue the judgment in Hungarian at the end of the proceedings if it was conducted in Hungarian. Act VI of 1840, also pertaining to, among other things, the Hungarian language, obliged the ecclesiastical and secular legislatures, as well as the Royal Hungarian Chamber, to use Hungarian in their correspondence. Act II of 1844 finalized the triumph of Hungarian as the legal language by elevating it to the status of the state's official language. Pursuant to this statutory provision, Hungarian became the official language of royal writings, laws and decrees, parliamentary deliberations, and all tribunals.[47]

In the rush caused by the nationalistic frenzy, the official dictionaries and other works written in the first four decades of the 19th century intending to enrich the legal vocabulary often resulted in an incomprehensible multitude of synonyms. To realize its goal of creating an »official« codification of the Hungarian legal language, the Royal Curia published the word collection *Magyar Törvénykezési Szótár* [Hungarian Judicial Dictionary] in 1837,[48] the aim of which was the elimination of conceptual ambiguity in the application of law. To this end, a Hungarian equivalent was provided for each Latin term (when possible). The selection of Hungarian terms was based on entries in earlier dictionaries, and it should be noted that the selection of terms and concepts by the unknown authors or editors was well thought out.

A few years later, when directly faced with the problems, the Hungarian Learned Society (later the Hungarian Academy of Sciences) decided to compile an official dictionary. In 1843, a dictionary titled *Törvénytudományi Műszótár* [Dictionary of the Legal Sciences] was published for practitioners of the »scholary branches« of the society's Department of Legal Studies that provided Hungarian equivalents for all Latin terms.[49] The interesting thing about the dictionary is that it was edited by the top linguists and jurists of the period (Pál Szlemenics, György Stettner, Antal Sztrokay, János Perger, Ferenc Kölcsey, István Lassú, Pál Jászay Sr., László Bártfay, György Zsivora, Dániel Csapó),

44 Kovács, M. (2010) 281.
45 The most significant of these works are Huszár (1816); Pauly (1827a, 1827b); Puky (1830); Fogarasi D. (1833); Fogarasi D. (1835, 1842); Kunoss (1834, 1835).
46 Cf. Bokrányi (1844); Császár (1840, 1843); Kassay (1852); Ráth (1853–1854).
47 Nádor (2000).
48 Magyar Törvénykezési Szótár (1837).
49 Törvénytudományi Műszótár (1843, 1847).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

who examined previously published legal dictionaries and other legal works. Its glossary consisted of about 12 000 items and approximately 40 000 Hungarian legal words. The truly innovative aspect of the volume is that it includes the bibliographic sources of the Hungarian versions of each term. However, one major shortcoming was that it provided several Hungarian terms as equivalents for Latin terms, which did not serve the creation of uniform legal concepts, as it served to codify the already existing »conceptual confusion«.[50] It is important to note, however, that the work admittedly did not seek to establish uniform concepts for legal terms, but instead aimed to provide the most comprehensive collection of suitable concepts and terms. The task of selecting the most appropriate concept was intentionally left to future generations, which would allow enough time to reach a consensus about the best terms. The result of this process would be the creation of a dictionary that could be considered truly definitive.

Just two years later, in 1845, the Hungarian Royal Court Council (Chancery) published *Hívatalos műszótár* [Official Dictionary] in Vienna, the primary aim of which was, as opposed to the prior endeavor, to offer only one Hungarian equivalent for each Latin term.[51] This method of editing a dictionary did not catch on, as the preface to the second edition of the *Törvénytudományi Műszótár* (1847) states that it is an expanded edition using terms taken from *Hívatalos Műszótár*.[52] The efforts of the Chancellery to unify Hungarian legal terminology had failed. In essence, this edition marked the end of a four-decade attempt to create official dictionaries and legal glossaries intended to establish a Hungarian legal language.

Regarding the history of the development of Hungarian legal terminology, it is important to note that a large number of Latin-language legal works that had been published in the early 19th century were later published in Hungarian. For instance, the Hungarian versions of Imre Kelemen's *Institutiones juris privati Hungarici* and *Historia juris Hungarici privati* were published respectively in 1814 and 1818, and Pál Szlemenics's *Elementa juris Hungarici civilis privati* was published in Hungarian in 1819.[53] In the latter case, the author himself created the significantly expanded Hungarian version.[54] It should also be mentioned here that Sándor Kövy's main work, *Elementa iurisprudentiae Hungaricae*, originally published in 1800, was also published in Hungarian in 1839 under the title *Magyarhoni magános törvénytudomány elemei: Kövy Sándor után* [Elements of Private Jurisprudence in Hungary], translated and partly revised by János Fogarasi.[55] This was followed by two other works written by Kövy that were published in Hungarian and used as textbooks. The founder of practical legal education in Hungary, Kövy attempted to summarize feudal Hungarian private law in 1798 under the title *A' Magyar törvények rövid summája* [Short Summary of the Hungaryan Laws].[56] By 1848, the work had been published multiple times, which meant that students attending the *gymnasium* in Sárospatak were able to learn legal concepts in Hungarian. His book *A' magyar polgári-törvény* [Hungarian Civil Law][57] was also published in Hungarian in 1822, which was awarded the Marczibányi Prize for the most outstanding legal work published in Hungarian. It is also worthy noting that Frank Ignácz's *A közigazság törvénye Magyarhonban* [Laws of Justice in Hungary], published in 1845, was a Hungarian reworking of his educational manuals originally published in Latin in the 1820s and 1830s.[58]

The publication of scientific works in Hungarian was primarily advocated by the institutions of the Reformed Church. The first independent philosophical work in Hungarian was written by János Sz. Szilágyi in the spirit of Kantianism. His book *Oskolai Tanító Könyv a Tétető (practica) Filosofia második része: Természeti Törvény Tudomány* [Practical Philosophy Textbook, Part Two: The Science of Natural Law],[59] published in 1813, was primarily aimed at promoting education and research in the national language, addressing the domestic needs, and thus supporting the process of social emancipation. In this context it is also worth mentioning János Nep. Újfalusy (1790–1849), who became a well-known commentator of Karl

50 Bakos (1883).
51 Hívatalos Műszótár (1845).
52 Törvénytudományi Műszótár (1847) IX.
53 Cf. Kelemen (1820, 1822); Szlemenics (1823).
54 Other works written by Pál Szlemenics in Hungarian: Szlemenics (1836, 1845).
55 Magyarhoni (1839).
56 Kövy (1798).
57 Kövy (1822).
58 Frank (1845–1847).
59 Sz. Szilágyi (1813).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Anton Martini's teachings in Hungarian legal philosophy. In his book entitled *A' természeti hármas törvény* [The Three Laws of Natural Law],[60] published in 1825, he followed in the footsteps of Sz. Szilágyi. This text expanded the possibility of researching natural law, in addition to the previously dominant Latin-language literature, to include Hungarian while at the same time presenting this discipline to law students in Hungarian higher education. While newer editions of Latin-language works were still published until the mid-19th century, during this same period, the number of theoretical legal textbooks published in Hungarian were clearly on the rise, which furthered the development of the legal language. The works of Zsigmond Carlowszky, Imre Csatskó, Mihály Greguss, Tivadar Pauler, Gábor Szeremley, and János Warga all had a positive impact on the use of legal terms.[61]

After the unsuccessful War of Independence in 1848/49, the era of neo-absolutism was a critical period for the development and unification of Hungarian legal terminology. The majority of the Hungarian legal community did not want to cooperate with the Austrian government. The introduction of the Austrian Civil Code in Hungary did not serve the formation of the legal language in Hungarian either, as its Hungarian translation was not completed until 1853. The »adoption« of the Austrian Civil Code in the field of private law was severely hampered by the virulent customary law. In the field of administrative law, the influence of German law in this period was quite significant. The translation of decrees from German into Hungarian, in which jurists working in the public administration were involved, further shaped legal terminology. The codification activity following the Austro-Hungarian Compromise (1867) resulted in the expansion of Hungarian legal terminology via translation. The first Hungarian commercial act, drafted in 1875, is just such an example. It followed the German template so closely that certain sections were literal translations.

V. Conclusions

By the turn of the 20th century, Hungarian legal terminology had reached a level of development capable of eliminating the prior terminological confusion. Innovations in the use of legal terms were inconceivable without the efforts to promote modernization. In the early 1880s, Gábor Bakos, a leading figure in the use and renewal of the Hungarian legal language at the time, developed a program to bring the desired clarity to the language. In his draft, he included the envisioned duties of jurists, namely to compile a complete set of the most useful vocabulary (including synonyms), to formulate precise definitions of legal terms, to make distinctions between synonyms, and to identify obsolete and redundant terminology. As a further condition for the creation of a long-term lexicon, and following the »preparatory« work carried out by jurists, linguists should then go about clarifying the grammatical rules for determining the appropriate terms and their synonyms. This would make it possible to mark improper, i. e. unnecessary, terms, to find new ones to replace obsolete technical terms, or fill in any gaps.[62] This could only be achieved through a close co-operation between jurisprudence and linguistics under the auspices of the Hungarian Academy of Sciences. It is also important to mention that Bakos felt the need to publish a work on the principles and grammatical laws of legal language prior to the compilation of the dictionary. Three years later, Bakos himself wrote a handbook: *A magyar jogi műnyelv alapelvei és törvényei: elméleti és gyakorlati útmutató jogi műnyelvünk tisztitására és javitására* [Principles and Laws of the Hungarian Legal Language: A Theoretical and Practical Guide to the Clarification and Improvement of Our Legal Language]. This work was meant to offer guidelines for jurists working in either the theoretical or the practical fields. He wanted to present the origins, development, and contemporary state of the Hungarian legal language before laying out the principles and laws governing language reform,

60 Újfalusy (1825).
61 Cf. Carlowszky (1811); Csatskó (1839); Greguss (1837); Pauler (1842–1843); Szeremley (1849); Warga (1834–1835).
62 Gábor Bakos' description of the task. Cf. Bakos (1880) 38–39.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

word composition and word formation, the acquisition of foreign terms, and the principles and rules of correct grammar.[63] In other words, he sought to create a practical handbook that took into account the contemporary requirements of both jurisprudence and linguistics, allowed jurists to recognize incorrect words, and enabled the creation of the proper terms.

A unified legal language, i. e. a linguistically and conceptually adequate legal vocabulary, was actually developed by the beginning of the 20th century. The publication of the six-volume *Magyar Jogi Lexikon* [Hungarian Legal Lexicon] (1898–1907), edited by Dezső Márkus, which sought to give precise definitions of certain legal concepts, played a decisive role in generating a consensus on the Hungarian legal language.[64] Created with the help of 175 jurists and legal scholars, the encyclopedia helped to clarify the terms in a work of ca. 5600 printed pages.[65]

As was the case in many European countries, Latin dominated for a long time. Having served as the official language in Hungary for nine centuries, the only other externally influential language was German during the time of Habsburg absolutism. An important aspect of the reform era was the strong encouragement to use Hungarian in the official proceedings of the legislative bodies and political organizations of the Estates, so it became important to create an appropriate conceptual apparatus for the legal language. The development of Hungarian legal terminology was an identity-defining element of the process of becoming a nation, and it served as the basis for the development of legal practice for the social, economic, political, and legal modernization of the age. During the period of neo-absolutism, the attempts to force the incorporation of certain elements of the Austrian legal system into Hungarian law, in some respects, only helped to reinforce Latin as the language used by jurists. All this can be seen as an attempt to balance out the influence of the German language. As a practical legal language, however, Latin terminology steadily declined. It has for all intends and purposes disappeared, and now only survives as an »ornamentation« of legal literacy.

■

Bibliography

- Aranka, György (1790), Anglus és Magyar Igazgatásnak egyben-vetése, Kolozsvár
- Az Erdélyi (1828) = Az Erdélyi Törvényes Királyi Tábla számára 1777-ik esztendőben adott rendszabás, Kolozsvár
- B. Kovács, Mária (1995), A magyar jogi szaknyelv a XVIII–XIX. század fordulóján, Miskolc
- B. Kovács, Mária (2002), A középmagyar kori jogi szaknyelv és terminológia főbb jellemzői, in: Hoffmann, István et al. (eds.), Hungarológia és dimenzionális nyelvszemlélet, Debrecen – Jyväskylä, 225–233
- B. Kovács, Mária (2003), A jogi nyelv és a nyelvújítás, in: Magyar nyelvjárások, Debrecen, 367–370
- Bakos, Gábor (1880), A magyar jogi műnyelv kérdéséhez. Jogirodalmi és nyelvészeti tanulmány tekintettel jogi műveltségünk jelenére, múltjára, mivoltára és gyökeres javítására, Budapest
- Bakos, Gábor (1883), A magyar jogi műnyelv alapelvei és törvényei. Elméleti és gyakorlati útmutató jogi műnyelvünk tisztítására és javítására, Budapest
- Balia, Sándor (1791), Erdélly Ország' közönséges Nemzeti Törvénnyeinek első része. A' törvény'-szerző hatalomról, Kolozsvár
- Baróti Szabó, Dávid (1784), Kisded Szó-tár, melly A ritkább Magyar szókat az A. B. C. rendi szerént emlékeztető versekbenn elő-adja, Kassa
- Báró Martini (1792) = Báró Martini természet törvényéről való állatásainak magyarázatja, mellyet német nyelvből magyarra fordított, és a' maga költségén ki-adott Dienes Sámuel, Béts
- Beck, Salamon (1952), Jogi műnyelvünk fejlődéséhez, in: Magyar Nyelvőr 76,3, 205–208
- Benkő, József (1806), Az Erdély Országi Nemes Székely Nemzetnek képe, Kolozsvár

63 Bakos (1883) 7.

64 Márkus (ed.) (1898–1907).

65 The team of authors includes the finest representatives of the contemporary legal and scholarly elite, such as: Pál Angyal, Péter Ágoston, Arthur Balogh, Jenő Balogh, Dénes Berinkey, Ferenc Finkey, Károly Illeller, József Illés, Károly Illés, Viktor Géza Kiss Mór Kiss, Bálint Kolosváry, Sándor Kolosvári, Géza Magyari, Arthur Meszlény, Ernő Nagy, Ödön Polner, Gyula Schvarcz, Gusztáv (Szászy-) Schwarz, Bódog Somló, Károly Szladits, Rustem Vámbéry, Gyula Wlassics.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Bévezetés (1828) = Bévezetés az Erdély Országi Törvénykezés módjában applicaltatni szokott Recursusokról való Tractatusra, vagyis Oktatásra, Nagyvárad
- Bokrányi, László (1844), A' magyar tiszti írásmód példákkal világosított szabályai, Kassa
- Bónis, György (1971), A jogtudó értelmiség a Mohács előtti Magyarországon, Budapest
- Carlowszky, Zsigmond (1811), Jus naturae (Kollégiumi Könyvtár, Fq 532 – Prot. Kol.)
- Császár, Ferencz (1840), Váltójogi műszótár, Buda
- Császár, Ferencz (1843), Latin-magyar törvénykezési műszótár, Kolozsvár
- Csatskó, Imre (1839), Bevezetés a természeti jogba és a tiszta általános természeti jog, Győr
- Cserei, Farkas (1800), A' Magyar és Székely Aszszonyok' Törvénye, Kolozsvár
- Czifra, Mariann (2015), Szógyűjtemények és szótárkezdemények a nyelvújítás korában, in: Széphalom 25, 125–132
- Decsy, Sámuel (1790), Pannóniai Fénix avagy hamvából fel-támadott magyar nyelv, Béts
- Fogarasi D., János (1833), Diákmagyar Müszókönyv a' magyarhoni törvény- és országtudománybul (Index terminorum in scientiis juridicis et politicis per regnum Hungariae usitatorum latino-hungaricus), Pest
- Fogarasi D., János (1835), Műszókönyv a magyarhoni törvény- és országtudománybul, Pest
- Fogarasi D., János (1842), Jogtani Műszókönyv két részben, Pest
- Frank, Ignácz (1845–1847), A közigazság törvénye Magyarhonban, I–III, Buda
- Gedeon, Magdolna (2006), Kitonich János (1561–1619), in: Hamza, Gábor (ed.), Magyar Jogtudósok, III, Budapest, 11–21
- Gedeon, Magdolna (2018), A magyar jogi nyelv történetéről, in: Szabó, Miklós et al. (eds.), A törvény szavai, Miskolc, 199–222
- Georch, Illés (1804–1809), Honnyi Törvény, I, Posony [1804]; II, Posony [1806]; III, Pest [1808]; IV, Pest [1809]
- Greguss, Mihály (1837), Az észjogtudomány esedezőlevele (OSZK kézirattár Quart. Hung. 3652. 8–17.v.), in: Miskolczy, Ambrus (2007), Kossuth Eperjesen. Carlowszky Zsigmond és Greguss Mihály jogbölcselete, Budapest, 67–76
- Herczegh, Mihály (1904), A magyar államnyelv jogai a törvényhozó és kormányzó hatalom körében a honfoglalástól mostanáig, Budapest
- Hívatalos Műszótár (1845), Bécs
- Huszár, Károly (1816), A' tiszti írás' alkotásának és módjának sommás tudománya, Pest
- Istványi, Géza (1934), A magyarnyelvű írásbeliség kialakulása, Budapest
- Jutai, Péter (2008), Nehézségek a magyar jogi műnyelv megalkotása körül a 19. század első felében, in: Jogtörténeti Szemle 24,2, 22–30
- Kabán, Annamária (2004), A magyar nyelvű tudományosság kezdete, in: Keresztény Magvető 110,2, 209–216
- Karcsay, Sándor (1981), Jog és nyelv, Jogtudományi Közlöny 34,4, 325–338
- Kassay, Adolf (1852), Váltójogtan és csődszabályok betűrendes szótára. Legújabb rendeletekkel bővítve, Pest
- Kazinczy, Ferenc (1819), Orthologus és Neologus; nálunk és más Nemzeteknél, in: Tudományos Gyűjtemény 3,11, 3–27
- Kelemen, Imre (1820), A' magyar Törvény Históriája, Melyet Néhai Királyi Tanátsos Kelemen Imre Úrnak […] elő-adásai szerént: Magyar Nyelven, közre botsájtott Nagy Jeszeni Jeszeny Miklós, Pest
- Kelemen, Imre (1822), Magyar hazai polgári magános törvényről írtt tanítások mellyeket néhai Kelemen Imre, […] haladó halhatatlan munkája szerint, a' magyar hazafijak' és a' törvény tanúló nemes ifjúság' számára magyar nyelven készített és kiadott' Czövek István, I–III, Pest
- Kerényi, Ferenc (2002), Pest vármegye irodalmi élete (1790–1867), Budapest
- Kilyéni Székely, Mihály (1818), A Nemes Székely Nemzetnek Constitutioji, Privilégiumai és a' Jószág' le-szállását tárgyazó némely törvényes ítéleti több hiteles Leveles-tárokból egybe-szedve, Pest
- Kitonich, János (1619), Directio Methodica processus judiciarii juris consuetudinarii, Inclyti Regni Hungariae, Tyrnaviae
- Kitonich, János (1647), Rövid igazgatas A' Nemes Magyar Országnak és hozzá tartozo Részeknek szokott teorveny folyasirol Mellyet Nemzetes Veres-Marthi Ciko Mihaly uram keresere, Deákbol Magyar nyelvre forditott Kaszoni Janos, Gyula-fejér-vár
- Kitonich, János (1650), Directio Methodica processus judiciarii Juris consuetudinarii, Inclyti Regni Hungariæ […] Rövid igazgatas a' nemes Magyar orszagnak […] Szokott Törveny Folyasirol, Mellyet Deákbol Magyar Nyelvre Forditott Kaszoni János. [Lat. and Hung.], Leutchoviæ
- Kniezsa, István (1955), A magyar állami és jogi terminológia eredete, in: A Magyar Tudományos Akadémia Nyelv- és Irodalomtudományi Osztályának közleményei 7,3–4, Budapest, 237–243
- Kovács, Ferenc (1964), A magyar jogi terminológia kialakulása, Budapest
- Kovács, Mária (2008), A magyar jogi terminológia egységesülése a XVIII–XIX. század fordulóján, in: Lizanec, Péter (ed.), Acta Hungarica. XVIII. Nyelvek, irodalmak és kultúrák kölcsönhatása a Kárpát-medencében: XV. Nemzetközi Tudományos Konferencia, Uzhgorod, 145–150
- Kovács, Mária (2010), Kísérletek a jogi szaknyelv megújítására Kazinczy korában, in: Fábián, Miroszlava et al. (eds.), Jubileumi kötet Lizanec Péter Professzor 80. születésnapjára, Ungvár, 275–282
- Kövy, Sándor (1798), A' Magyar törvények rövid summája. A' Gyermekek számára, Pozsony
- Kövy, Sándor (1822), A' magyar polgári-törvény, Sárospatak
- Kunoss, Endre (1834), Szófüzér, vagyis a' tudomány, művészség, társalkodás és költészet újonnan alkotott vagy fölélesztett szavainak jegyzéke, Pest
- Kunoss, Endre (1835), Gyalulat, vagyis megmagyarosított jegyzéke azon idegen szavaknak, mellyek különféle nyelvekbül kölcsönöztetvén, a' magyar beszédben és irásban korcsosítva vagy eredetikép használtatnak, Pest
- Magyar Törvénykezési Szótár (1837), Pest
- Magyarhoni (1839) = Magyarhoni magános törvénytudomány elemei. Kövy Sándor után újabb törvényczikkelyek- 's felső itéletekkel és más bővitésekkel magyarul irta 's kiadta alsóviszti Fogarasi János, Pest
- Márkus, Dezső (ed.) (1898–1907), Magyar Jogi Lexikon, I–VI, Budapest

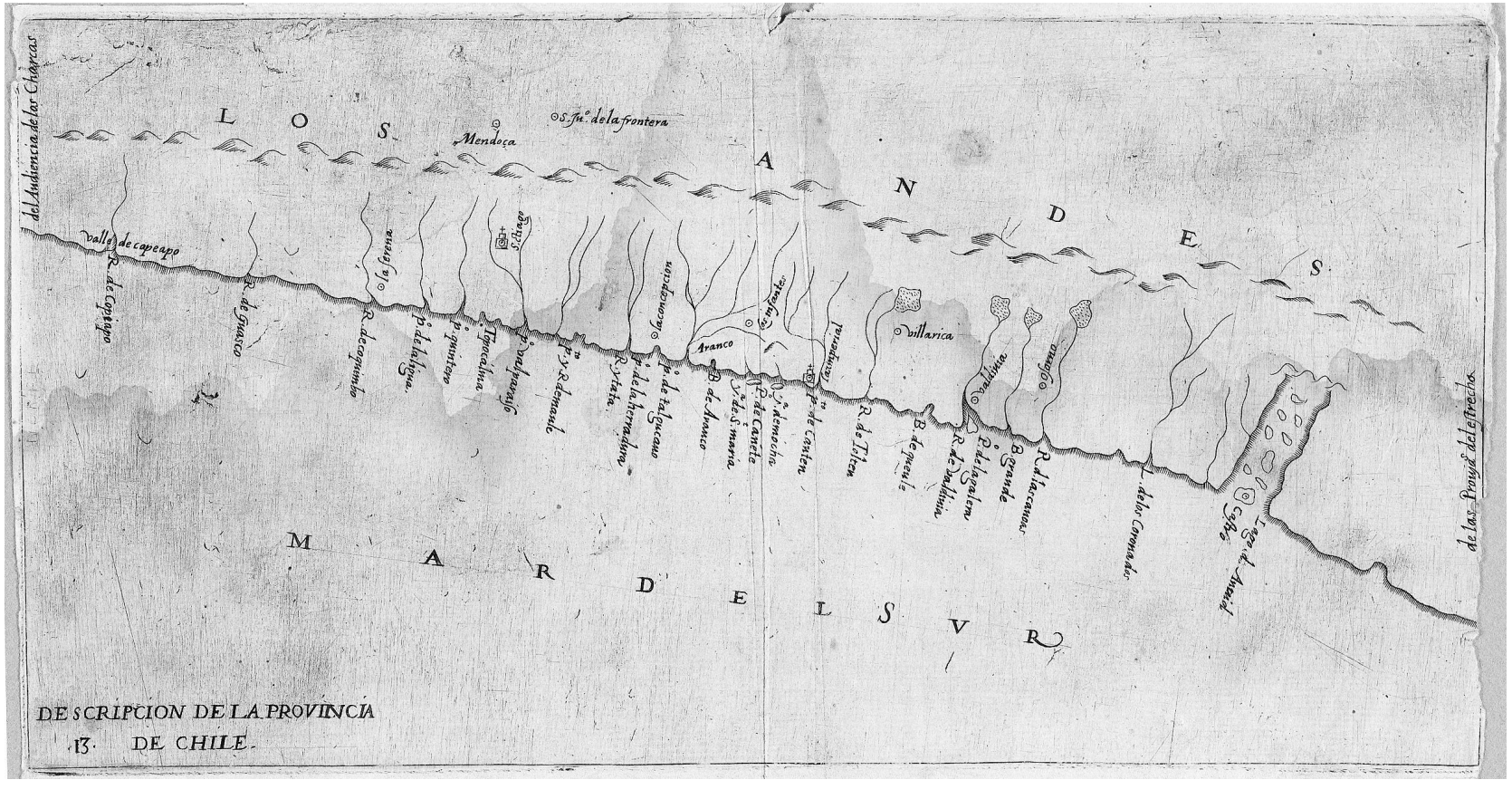
Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Márton, Joseph (1818), Lexicon trilingue Latino-Hungarico-Germanicum, I–II, Viennae
- Mezey, Barna (2016), Előszó: a magyar jogi szaknyelv kezdetei, in: A magyar jogtörténet válogatott bibliográfiája 1560–1860, Budapest, 6–10
- Nádor, Orsolya (2000), A magyar nyelv státusának változásai a honfoglalástól a XIX. század közepéig, in: Hungarológiai Évkönyv 1,1, 54–71
- Nótári, Tamás (2014), Megjegyzések a magyar jogi műnyelv kialakulásának törvényi hátteréhez, in: Glossa Iuridica 1,1, 132–138
- Nyomárkay, István (2007), Nyelvújítások Közép-Európában a 19. században. Kísérlet az anyanyelvi terminológiák kialakítására a közép-európai nyelvekben, in: Magyar Nyelvőr 131,2, 185–195
- Ottlik, Dániel (1806), A' Tisztbéli Irás Módjának saját Szavai, Mellyek T. Pest, Pilis és 'Solt törvényesen egyesült Vármegyék' Rendeléséből öszveszedettek 's ujonnan kiadattak, Pest
- P. Balázs, János (1973), Jogi szókincsünk történetéből, in: Magyar Nyelvőr 97,4, 484–486
- Pápai Páriz, Ferenc (1708), Dictionarium Latino-Hungaricum, Succum & medullam purioris Latinitatis, ejusque genuinam in Lingvam Hungaricam conversionem, ad mentem & sensum proprium Scriptorum Classicorum, exhibens: Indefesso XV. Annorum labore, Subcisivis, ab ordinariis negotiis, temporibus collectum, & in hoc Corpus coactum, Leutschoviae
- Pápay, Sámuel (1807), Észrevételek a' magyar nyelvnek a' polgári igazgatásra, és törvénykezésre való alkalmaztatásáról; az oda tartózó kifejezések' gyüjteményével, mellyeket a Haza eleibe terjeszt Weszprém Vármegye, Weszprém
- Pauler, Tivadar (1842–1843), Az észjogtudomány fejlődése s jelen állapotja, in: Tudománytár 6 (12:12) [1842], 351–371; 7 (13:3) [1842], 188–194; 7 (13:4) [1843], 233–254; 7 (14:7) [1843], 26–49; 7 (14:8) [1843], 77–94; 7 (14:9) [1843], 147–163; 7 (14:10) [1843], 208–215
- Pauly, Károly (1827a), Magyar tiszti írásmód a' polgári igazgatás' és törvénykezés' szótárával. A magyar ifiúságnak használására, Buda
- Pauly, Károly (1827b), Polgári pörös szótár, Buda
- Péter, Katalin (2012), Werbőczy anyanyelvi fordításainak tanulságai – értelmiségi feladatvállalás a 16. században in: Történelmi Szemle 55,3, 421–440
- Planum Tabulare (1825) = Planum Tabulare sive decisiones curiales per excelsam deputationem a […] Maria Theresia eatenus ordinatam collectae et in ordinem redactae anno 1769: Planum tabulare vagy a' királyi curiának végzései mellyeket […] Maria Therésia […] által e' végre kinevezett N. M. kiküldöttség öszve és rendbeszedett 1769. esztendőben, Buda
- Puky, Károly (1830), Honni törvény szótár, Pest
- Ráth, György (1853–1854), Német-magyar és magyar-német műszótára az új törvényhozásnak – Deutsch-ungarische und ungarisch-deutsche Terminologie der neuen Gesetzgebung, 1–2, Pest
- Révay, Valéria (2010), A nyelvhasználat szintjei a XVII–XIX. században Északkelet-Magyarországon, Veszprém
- Simonyi, Zsigmond (1896), A jogásznyelvről, in: Magyar Nyelvőr 25,2, 49–54
- Solymosi, László (2011), Anyanyelv és jogi írásbeliség a középkori Magyarországon, in: Történelmi Szemle 53,4, 479–501
- Sz. Szilágyi, János (1813), Oskolai Tanító Könyv a Tétető (practica) Filosofia második része. Természeti Törvény Tudomány (Jus Naturae) vagy: Azon Törvényeknek és Jussoknak tudományos előadása, meljek a' józan okosságból veszik eredeteket, egyenesen, Szigeth
- Szekfű, Gyula (ed.) (1926), Iratok a magyar államnyelv kérdésének történetéhez. 1790–1848, Budapest
- Szenci Molnár, Albert (1604), Dictionarivm Latinovngaricvm […], (Item viceversa) Dictionarivm Vngaricolatinvm, Noribergae
- Szendi, Attila (2017), A 19. századi magánjogi szavaink előfordulása korabeli folyóiratokban (1830–1850), in: Magyar Jogi Nyelv 1,1, 4–13
- Szeremley, Gábor (1849), Jogbölcsészet, Sáros-Patak
- Szép, Beáta (2009), Adalékok a magyar jogi szaknyelv kialakulásának történetéhez, in: Magyar Nyelvőr 133,3, 310–322
- Szirmai, Antal (1806), Magyarázattya azon szóknak, mellyek A' Magyar országi Polgári, s' Törvényes dolgokban elő-fordúlnak, némelly rövidebb formákkal, Cassoviae
- Szlemenics, Pál (1823), Közönséges törvényszéki polgári magyar törvény, I–IV, Pozsony
- Szlemenics, Pál (1836), Fenyítő törvényszéki magyar törvény. Eredeti deák munkája után magyarúl fejtegeté Szlemenics Pál, Buda
- Szlemenics, Pál (1845), Magyar törvények történetirata rövid vázolatban előadva, Pozsony
- Tamásné Szabó, Csilla (2004), Az Erdélyi Fejedelemség korának jogi nyelve, in: Erdélyi Múzeum 66,3–4, 98–106
- Tamásné Szabó, Csilla (2007), Jogi szakterminológia az Erdélyi Fejedelemség korában, in: Hoffmann, István et al. (eds.), Nyelvi identitás és a nyelv dimenziói, Debrecen / Budapest, 267–272
- Tiszti szótár (1807) = Tiszti szótár mellyet n. Zala vármegyének ezen tárgyra nézve kirendelt deputatiója készített, és 1807. esztendőben Boldog Assony havának 26-án tartott közgyülekezete jóvá hagyott, Béts
- Tóth, Judit (2015), Jogi nyelvöltögető, in: Ünnepi kötet dr. Tóth Károly címzetes egyetemi tanár 70. születésnapjára, Acta Universitatis Szegediensis, Acta Juridica et Politica, Tom. LXXVII, Szeged, 632–646
- Törvény-rend (1789) = Törvény-rend melly Magyar, és ahoz tartozó országok, mindennémü törvény, és ítélő székeinek szabatott. Deákbul pedig, és németbül magyarra fordittatott Tekintetes nemes Aba-új és Torna, Gömör és Hont egyesült vármegyéknek tábla bírája Cházár András által, Kassa
- Törvénytudományi Műszótár (1843), Buda
- Törvénytudományi Műszótár (1847) = Törvénytudományi Műszótár (Második, »tetemesen« bővített kiadás), Pest
- Újfalusy Nep., János (1825), A' természeti hármas törvény. Rövid históriájával együtt, Pest
- Viszota, Gyula (1905), Révai, Verseghy és a tiszti szótárak, in: Nyelvtudományi Közlemények 35, 194–234

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Warga, János (1834–1835), Az okozatosságtörvény alapvonatjai, in: Tudománytár 4 [1834], 27–46; A társi észjog alapvonatjai, in: Tudománytár 4 [1835], 83–90; A nyilvános észjog alapvonatjai, in: Tudománytár 7 [1835], 100–118; A nemzeti észjog alapvonatjai, in: Tudománytár 8 [1835], 136–141
- Werbőczy, István (1565), Magyar decretvm, kyt Weres Balas a deakbol, tudni illÿk a Werbewczy Istvan Decretomabol, melyet Tripartitomnak neweznek, Magÿarra forditot. – Vadnak tovabba ez Decretomnak előtte egy nehany iroth articulusok, kyket azon Veres Balas a regi kiralyok Decretomibol törvynhez valo ieles dolgokat ky szedegeteth, Debrecen
- Werbőczy, István (1611), Decretum Juris consuetudinarij, Inclyti Regni Hungariae & Transylvaniae. Az az, Magyar es Erdely-Orszagnak Törveny könyve. Verbőci Istvan altal Iratot, 1514. Ezten: Mostan Deakul és Magyarul, Egy haßznos. Regestromal egyetemben uyobban ki boczatatot, Debrecen

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH



DESCRIPCION DE LA PROVINCIA
13. DE CHILE.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Stefan Cristian Ionescu

Aryanization Bureaucrats in Post-Holocaust Romania

This article tackles the following question: What happened with the Axis regimes' bureaucrats from the »periphery« of the Nazi Empire who implemented widespread dispossession policies targeting Jews in World War II (henceforth WWII) Romania during the transition years that followed the defeat of Nazi Germany and its regional partners?

The postwar life trajectories and careers of Nazi bureaucrats, especially lawyers and economists, who were involved in the persecution and dispossession of Jews (the so-called »Aryanization«) during WWII have been thoroughly scrutinized by scholars such as Marc Olivier Baruch, Frank Bajohr, Alfons Kenkmann, Martin Jungius, Wolfgang Seibel, Michael Wildt, and Robert S. Wistrich.[1] Historians who examined the legacy of Nazism found that many former Nazi bureaucrats continued or resumed their careers in postwar Western Europe, demonstrating a certain postwar continuity of the bureaucracy involved in WWII Aryanization. One of the cases illustrating this pattern was that of the lawyer Kurt Blanke, who worked as a Nazi bureaucrat in occupied France. Historians Martin Jungius and Wolfgang Seibel uncovered that lawyers like Kurt Blanke frequently managed to resume their legal careers after 1945 and even participated in postwar politics in West Germany after the partial failure of the denazification process, in spite of their previous involvement in the persecution of Jews.[2] Ironically, as historian Jürgen Lillteicher has noted, sometimes the former Nazi financial experts involved in the Aryanization of Jewish property were the ones who processed the Jews' applications for restitution in post-1945 West Germany, a fact which illustrates the significant degree of preservation and continuity of German bureaucracy.[3] The life trajectories and careers of Aryanization bureaucrats in postwar Western Europe have been well researched, but historiography still lacks studies on this topic in Eastern Europe, especially in former Axis countries such as Romania – countries that were at the geographical periphery of the Nazi empire and yet, due to their extensive genocidal and dispossession policies, at the center of the Holocaust.[4]

Romania, the largest Holocaust perpetrator outside Nazi Germany, implemented radical anti-Semitic policies, including deportation, mass murder, and Aryanization (domestically known as »Romanianization«). These policies were adopted by a genocidal fascist-military dictatorship led by General Ion Antonescu, who came to power in September 1940 together with the main fascist party, the Legion of the Archangel Michael (henceforth the »Legion«). Having inherited several anti-Semitic laws from the previous dictator King Carol II, who lost popular support as a result of the country's 1940 territorial losses to its neighbors (Northern Transylvania to Hungary, Bessarabia and Northern Bukovina to the USSR, and Southern Dobrogea to Bulgaria), Antonescu and the Legionaries pursued even more radical policies targeting the Jews and other alleged domestic enemies. These measures included the »expropriation« of Jewish-owned movable and immovable assets and jobs, forced »donations«, and outright confiscations during the wild stage of Aryanization, between September 1940 and January 1941. While the Legionaries favored a fast and violent Aryanization, Antonescu pursued a more gradual approach, which included the dispossession and legal perse-

1 See Baruch (2016); idem (2005); Kenkmann (2005); Bajohr (2002); Jungius / Seibel (2008); Wildt (2009); Wistrich (2002).

2 For the continuity of Nazi financial and legal elites in the postwar era see the cases of banker Hermann Josef Abs (the wartime head of Deutsche Bank) and lawyer Kurt Blanke: Wistrich (2002) 1–3; Jungius / Seibel (2008) 441–444.

3 See, for instance, Lillteicher (2007); Kenkmann / Rusinek (eds.) (1999); Wistrich (2002) 1–3 (»Abs, Hermann«).

4 On Romanianization bureaucrats, see Ancel (2007); Ionescu (2015).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

cution of the Jews. An admirer of Hitler who hoped to obtain Germany's protection and to recover the lost territories, Antonescu joined the Axis in the fall of 1940. In January 1941, Antonescu and the Legionaries clashed over disagreements on power sharing and governance methods. The general won, as he was supported by the army and by Hitler, who wanted to avoid chaos in Romania and to ensure a steady delivery of raw materials. The Romanian military dictator continued the dispossession of the Jews in a »legal« and orderly manner, through various laws and administrative decisions. Things worsened for the Jews after Romania joined the anti-Soviet war in June 1941, following a pattern of regional differences regarding anti-Semitic policies. On the one hand, the Antonescu regime engaged in deportation, ghettoization, and mass murder, against the Jews of Bessarabia, Bukovina and the occupied Soviet territory of Transnistria, a part of the Ukrainian SSR that was occupied by Romania from 1941 to 1944 and became Romania's main deportation and killing area.

The Jews from these regions were seen as disloyal and as communist agents because they lived under the Soviet regime. On the other hand, the Jews of the Romanian core provinces, such as the Old Kingdom and Southern Transylvania, »only« suffered anti-Semitic restrictions, forced labor, loss of property, occasionally murder – such as in the pogroms from Dorohoi, Galați, București, and Iași – and fewer deportations to Transnistria. The different treatment of these Jewish communities meant that the Jews living in the core areas of Romania still enjoyed some legal rights, including the right to complain to courts about the Aryanization of their assets, some of which were never »expropriated« by the regime (e. g. companies). Meanwhile, Jews living in Bessarabia, Bukovina and Transnistria lived under a regime of military occupation and faced a much more radical, in fact almost complete, Romanianization as well as constant mass violence.[5]

For a few years, Romanianization was implemented with partial success until, on 23 August 1944, a putsch organized by King Michael, the opposition parties, and army generals – who wanted to leave the Axis and join the Allies before it was too late – toppled the Antonescu regime. Antonescu, his high-profile collaborators, and some of the lower-level executioners, especially those involved in the persecution of Jews, antifascists, and communists, were arrested by the new pro-Allies transitional governments and later tried in criminal courts (re)organized by the pro-communist popular front coalition that seized power in March 1945.

After the demise of the Antonescu regime, some former Romanianization bureaucrats followed professional and personal trajectories rather similar to those of their Nazi counterparts; however, the scholarship on the Romanian chapter of the Holocaust still lacks comprehensive studies of what happened to them (and other pro-Nazi bureaucrats) in the postwar era. One of the few notable exceptions is historian Valentin Săndulescu, who authored a study on the professional postwar trajectories of Romanian intellectuals who supported the Legion and the Antonescu dictatorship. For many of these intellectuals, Săndulescu found patterns of career continuation and adaptation to the new ideology prevalent in the post-August 1944 society – motivated by opportunism and / or fear of retribution, even though some of them were (temporarily or permanently) purged from their jobs, arrested, sentenced, and served time in prison for their involvement in fascist activities. However, Săndulescu's study focused only on fascist intellectuals and did not investigate the former Romanianization bureaucrats.[6] Historian Lucian Boia also analyzed the (mostly opportunistic) attitudes of 120 Romanian intellectuals who adapted to no less than seven different regimes between 1930 and 1950, from liberal democracy to fascist military and communist dictatorships. Boia argued, quite persuasively, that from the late 1930s onwards, when Romania slid into dictatorships, the intellectuals gradually lost their independence and autonomy and from 1947 on were subordinated almost completely to the government. Their

5 On Antonescu's radical policies see, for instance, Ancel (2016); Bărbulescu (2021); Blassen (2020); Chioveanu (2013); Davis (2019); Deletant (2006); Dumitru (2016); Hausleitner (2019); Heinen (2007); Ionanid (2022) 45–62; Ionescu (2019); idem (2020a); Kelso (2010); Michelbacher (2020); Solonari (2010); Turda (2008).

6 Săndulescu (2017).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

choices narrowed down: They could either support the communist regime (and keep their professions and freedom) or faced prison; emigration became very difficult.[7] In other notable studies, historians Ionuţ Biliuţă, Monica Ciobanu, and Ion Popa studied the repression faced by Orthodox priests who had a »troubled past« as a result of their connections with the Legion and the Antonescu regime, including their strategies to adapt to the postwar communist regime as well as their significant role in the anti-communist memorialization.[8] A few other scholars investigated the life trajectories of some of the major decision-makers of the Antonescu regime, including the dictator himself, during the retributive justice process implemented by the communist regime, but they did not discuss the careers of the former Romanianization cadres.[9]

Overall, little is known about the postwar whereabouts of mid- and low-level bureaucrats who worked for the Romanianization agencies – the Under-Secretariat of Romanianization, Colonization and Inventory (SSRCI) and its department/agency, the National Romanianization Center (CNR), in charge of real estate, the Central Romanianization Office (OCR – employment), and the Ministry of National Economy (MEN – businesses) – and who played a key role in the dispossession of local Jews between 1940 and 1944. Based on ego-documents and hitherto untapped archival sources produced by the government and intelligence agencies, including the communist Secret Police (known as the Department of State Security or *Securitate*), this article explores the lives and careers of eight former Romanianization bureaucrats during the postwar years. While many of them were removed from the civil service, became unemployed, went into hiding, or were arrested, others thrived – at least temporarily – thanks to their skillful navigation of the post-Antonescu transition, their high-level connections with the political establishment, and the ability to claim certain merits for their behavior before August 1944, either as victims of or as resisters against the Antonescu regime.[10] However, most of these opportunistic bureaucrats were successful only in the short term; eventually their past caught up with them, and they were imprisoned by the communist authorities or had to flee the country to escape arrest.

The authorities that followed the 23 August 1944 regime change adopted legislative and administrative measures aimed at cancelling the racial laws and reversing the dispossession of Jews. As part of their reparatory justice policy, on 31 August 1944 the transitional government re-established the democratic constitution of 1923, which had been suspended during the dictatorships of King Carol II (1938–1940) and Antonescu.[11] Without delay, the transitional authorities started to dismantle the Romanianization bureaucracy. On 1 September 1944, the government of Constantin Sănătescu dismantled SSRCI through the »Law no. 445« and created the Office for the Liquidation of the National Romanianization Center's Patrimony and for Resolving the Minorities and Emigration Problems (OLPCNR) – subordinated to MEN – in order to manage the Romanianized assets before a possible restitution could take place.[12] The new officials disagreed on the best method to resolve the problems created by Antonescu's anti-Semitic policies and on how to deal with the Romanianization bureaucrats: to fire them, immediately or later, or to transfer them to other agencies.[13] Aurel Leucuţia, a National Peasant Party (PNŢ) notable who headed MEN, claimed that he tried to dismantle the main Romanianization agency, CNR, as quickly as possible in the fall of 1944 by transferring hundreds of

7 Boia (2011).

8 Biliuţă (2022); Ciobanu (2021); Popa (2017) 77–80, 98–102.

9 Deletant (2006) 147–185, 245–261; Frilinig et al. (eds.) (2006) 311–331; Harward (2021) 265–266; Muraru (2010); Ciucă (ed.) (1995); Cercel (2017a); Grec (2020).

10 See the cases encountered by lawyers Hurmuz Aznavorian and Miron Butariu, who defended several Jews in court who struggled to keep their properties targeted by CNR. After August 1944 Aznavorian and Butariu provided legal help to Jews who tried to recover their Romanianized assets. During a few such trials, Aznavorian and Butariu were outraged by the demagogy and hostility of two magistrates who during the Antonescu regime had worked as judges and persecuted Jews, and achieved their recusal. Aznavorian (2007) 18–19, 33; Butariu (1991).

11 Giurescu (1996) 80–82; Deletant (2020); Benjamin (ed.) (1993) 371–372. By reestablishing the 1923 democratic constitution, the constitutional decree no. 1626 of 31 August 1944 indirectly abolished any discrimination based on ethnicity, race, or religion, which included Antonescu's anti-Semitic laws. See Ciucă et al. (eds.) (2011) 65.

12 Ciucă et al. (eds.) (2011) 65, 373–375; ANR, MEN-DS 21/1944, 1–2.

13 See the 31 August 1944 minutes of the Sănătescu government meeting, in: Ciucă et al. (eds.) (2011) 65–66.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

former bureaucrats to the Commissariat for the Administration and Surveillance of Enemies' Properties (CASBI), a new agency tasked to manage the assets belonging to companies and citizens of enemy (Axis) countries.[14] As a result of these institutional transformation, Romanianization bureaucrats lost their positions related to the surveillance and administration of Jewish companies and real estate. This affected the Romanianization field agents in particular – the commissars, inspectors, controllers, and other bureaucrats – who lost a major and easy source of income.[15]

After the collapse of Antonescu regime, many people left the Romanianization agencies, whether willingly or unwillingly, trying to keep a low profile and avoid a scrutiny of their past. Others, including some of the former field agents, wanted to continue the surveillance of companies belonging to the (new) categories of domestic enemies.[16] Following the shifting political context, a number of bureaucrats obtained commissar positions at German and Hungarian companies that after August 1944 became objects of suspicion for the post-Antonescu government, which was fighting on the side of the Allies against the Axis troops.[17] Some of the former Romanianization agents carried on just as they had done during the Antonescu regime. Complaints against them showed that the commissars took bribes, rarely came to work, and remained ignorant about the operations of the companies they had to monitor. This illustrates how, after the regime change in August 1944, bureaucratic structures and activities remained almost unchanged.[18]

This continuity of bureaucratic structures and the opportunism displayed by the new surveillance agents was not an isolated phenomenon in post-Antonescu Romania. In order to avoid retribution, to secure their positions, and/or for social advancement, many other people, such as former politicians and public intellectuals including former members of the abovementioned fascist Legion of the Archangel Michael, joined the emerging communist-led popular front coalition.[19]

Keen observers of the post-Antonescu society noted not only the opportunism of former Romanianization bureaucrats and other officials but also the continuation of the practice of »camouflage« – a wartime Jewish legal resistance strategy against the confiscation of property: the fictitious transfer to gentiles – among local citizens, who now shifted from hiding Jewish property to cloaking German assets. For example, in an article dated 1 October 1944 Nicolae Carandino, a leading Bucharest journalist working for the PNȚ newspaper *Dreptatea*, decried the persistence of property camouflage and the opportunism of bureaucrats and ordinary citizens after 23 August 1944: »Jewish fortunes had been camouflaged to avoid Germanization [and Romanianization], and now German properties are about to change their [ownership] label to avoid being transferred to [ethnic] Romanians. Sometimes, due to their flexible morality, the same people engaged in all possible camouflages, transforming from notorious CNR members into no less devoted liquidation [OLPCNR] commis-

14 Ciucă et al. (eds.) (2013) 47–48; see also ANR, Comisia Română pentru Aplicarea Armistițiului (CRAA) 990/1945, 14–16.

15 On Romanianization field agents, see Ionescu (2015) 66–88.

16 See the 30 December 1944 petition to the head of CASBI by an engineer from Bucharest by the name of Nămândrescu (who was appointed economic commissar by Antonescu's officials), in which he requested to be appointed administrator for the surveillance of one of the companies with »fascist capital«. ANR, SSRCI-DC 64/1941, 50; see also the case of Viorica Olariu, a former CNR employee who was hired on 26 August 1945 at CASBI but fired a few months later (October 1945) for borrowing money from one of the petitioners to CASBI. ANR, CRAA 990/1945, 14–16.

17 According to Zevedei Barbu, a former Under-Secretary of State for Nationalities in the Groza Government, as a result of the communists' pressure the coalition governments imposed the surveillance of German-owned companies through specialized agents. Barbu (2016) 86; on surveillance agents, see the applications of lawyers, economists, and engineers – some of whom were former Romanianization agents – who requested commissar jobs in companies owned by the new »domestic enemies.« ANR, CRAA 941/1945, 96; SSRCI-DC, 64/1941, 50–51.

18 ANR, SSRCI-DC, 64/1941, 52; on the activity of CRAA field agents, see ANR, CRAA 1029/1945, 140; CRAA 990/1945, 14–16, 21; CRAA 85/1946, 21, 46–48; on the Romanianization agents' unprofessional and corrupted behavior, see Ionescu (2010); Suveică (2019).

19 See Săndulescu (2017); Tismăneanu (2003).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

sars.«[20] Various archival sources and ego-documents support Carandino's argument.[21] For example, citizens who camouflaged Jewish businesses under German names during the Antonescu regime continued to conceal the same businesses from the post-Antonescu authorities as being under Jewish ownership. Thus, they avoided state supervision, confiscation, and other negative consequences tied to German property. This opportunism surprised a Jewish communist and Transnistria survivor, Matei Gall, who temporarily lived in the house of one of the camouflage partners and who recounts the case in his memoirs:

> In spite of the racial laws, I found small companies that belonged to Jews in practice, while legally they functioned under the cover of the German names of the co-owners. […] Their products were sold to the German army. I bumped into a similar case in Bucharest, during the period when I had to hide in the house of an acquaintance, a Jewish lawyer […] who lived with a beautiful German woman from Transylvania. […] I discovered the secret of the lawyer's prosperity. Since the racial laws had been implemented, he could not practice his profession. […] In the new context, a business partnership was created between the Jewish lawyer and his German girlfriend. They registered a company using the name of the Aryan lady and started to make various products for the Romanian and German armies. Being of good ethnic origin, she obtained the necessary orders from the army. After August 1944 […] the lady's company did not have a good ethnic origin anymore. Thus, the firm was deleted from the Registry of Commerce. However, a new company was registered using the lawyer's [Jewish] name, which, at that moment, did »correspond« from all points of view.[22]

The continuation of camouflage practices was usually enabled by corrupt and unprofessional surveillance agents, some of whom were acquainted with the same practices from the time of their involvement in Antonescu's bureaucracy. Some of these civil servants tried hard to adapt to the new political context by abandoning their previous anti-Semitic and authoritarian ideas and discourses – at least in the public space – and embracing postwar democracy, either in its liberal version or as the Marxist-Leninist »people's democracy«.

One of these opportunistic former Romanianization bureaucrats was Mihai Răutu, who had a successful (albeit short) political career in the post-Antonescu years. A member of PNȚ, Răutu occupied the function of a Romanianization field bureaucrat during the Antonescu regime – working as an administrator *(administrator girant)* in charge of the surveillance of the Textile Industry of Arad (ITA), which was owned by the Jewish industrialist Baron Francisc von Neumann. According to a diary entry dated 30 July 1946 by Ioan Hudiță – one of PNȚ's leaders, who had spoken with Răutu and with a trusted aid and envoy of Baron Neumann by the name of Beilis – after the collapse of the Antonescu regime Răutu wanted to keep a position in the company he had overseen as a Romanianization bureaucrat and asked Baron Neumann to include him in the board of ITA. The Jewish industrialist refused Răutu's request and discharged him, albeit with a financial compensation.[23]

In spite of the regime change and the setback in pursuing another lucrative career at the same Jewish-owned company, after August 1944 Răutu quickly climbed the country's political-administrative ladder. In November 1944 he became the Under-Secretary of State at the Ministry of Communication in the Sănătescu and Rădescu transitional governments as a result of his affiliation to PNȚ – one of the partners in the coalition government.[24] In spite of such a promising start, Răutu's post-Antonescu political career was short-lived: In March 1945 the pro-communist popular front coalition seized power and Răutu lost his important post. Subsequently, some of his PNȚ colleagues noticed that Răutu started to change his political attitude, cultivating good relations with

20 Carandino (2000) 61-62 (unless otherwise indicated, all translations are by the author).
21 On the camouflage of German-owned companies in post-Antonescu Romania, see ANR, CRAA 85/1946, 46–48; CRAA 867/1945, 38–39; CRAA 973/1945, 7–20.
22 Gall (1997) 268–269.
23 Huditță (2014) 260.
24 Neagoe (1995).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

politicians who belonged to the pro-communist coalition.[25] Whether this reflected Răutu's intentions or was just the perception of some of his PNȚ colleagues is not clear. Other evidence – such as police informers' notes and police reports – suggest that Răutu remained a committed PNȚ member and an active anti-communist and anti-Soviet politician, heading the PNȚ Dorohoi county branch up to the moment when the consolidated communist regime banned PNȚ in 1947.[26] According to a report of the Dorohoi secret police the local PNȚ organization, led by Răutu, disseminated anti-Semitic mouth-to-mouth propaganda as well as anti-communist and anti-Soviet ideas and managed to influence a large part of the local intellectuals and youth.[27]

Overall, Răutu could not hide his previous participation in the Romanianization project. As a leading PNȚ member, he remained under surveillance by the police, whose officers investigated his Romanianization past. For example, on 29 November 1949, a police informer (code name »Ionescu«) provided a report on Răutu's biography, including the information that he had enriched himself through his participation in Romanianization rather than his legal practice: »He barely practiced [law], but instead [became rich] through interventions and other [problematic] methods, such as those used during the Antonescu regime when he was the government's representative at [the Jewish owned] textile industry in Arad.«[28] Another police informer reported in 1946 that Răutu derived substantial wealth from one country estate with hundreds of hectares and had a luxurious apartment in the capital as well as numerous shares in various companies. The same informer reported a rumor that Răutu had substantially increased his wealth during the Antonescu regime thanks to his high-level connections.[29]

The communist regime perceived Răutu as a political threat and indicted him for his postwar activity and affiliation with the PNȚ leadership as well as for his involvement in an anti-Semitic incident. On 16 September 1948, Răutu was arrested, tried, and sentenced (in July 1949) by the Iași Military Tribunal to one year of imprisonment and a 10 000 lei fine for »political instigation, offence to the nation and the new republic, and racial (anti-Semitic) slurs.«[30] This last accusation was based on a 13 September 1948 statement Răutu made while drinking in a Jewish-owned bar in Botoșani. According to eye-witnesses, Răutu said that in the case of a regime change all the Jews would be killed and that he would personally participate in the shooting of the »Yids«.[31] Other sources support the portrayal of Răutu as anti-Semitic. According to police reports, on 27 June 1945 Răutu held a lecture in front of his PNȚ colleagues on *Past and Current Antisemitism*, focusing in particular on Soviet anti-Semitism and comparing it to the local prejudice against Jews. Răutu emphasized the global ubiquity of anti-Jewish sentiments, even hatred, and the political opportunism of using anti-Semitism, arguing that only the winning Great Powers can afford to allow anti-Semitism to thrive: »Russians can be anti-Semitic because they won [the war]. We cannot afford that because we lost.«[32]

In addition to his criminal sentence, Răutu also faced material losses. Ironically, a few years after he promoted Antonescu's policies targeting Jewish property, the former Romanianization agent became the victim of communist nationalization: In April 1950 the communist authorities confiscated Răutu's apartment in Bucharest, pursuant to the annex list of Decree Law no. 92/1950 for the nationalization of urban real estate. This was a part of their sweeping nationalization of private urban real estate.[33] In the end, the authorities released

25 Huditi (2013) 121.
26 On the communist persecution of PNȚ and its members, see Tismăneanu (2006) 132–133.
27 See the surveillance files of Mihai Răutu, located in the CNSAS archives of the former secret police. CNSAS, Mihai Răutu I 758349, vol. I. See the undated (probably 1946) report (*Dare de Seamă*) from the *Siguranța* bureau of the Dorohoi Police. CNSAS, Mihai Răutu, I 758349, vol. I, 47.
28 CNSAS, Mihai Răutu, I 758349, vol. I, 16.
29 Ibid., vol. I, 6.
30 CNSAS, Mihai Răutu, P 094966, vol. I, 87–88, 91.
31 Ibid.
32 CNSAS, Mihai Răutu, I 758349, vol. II, 13–14.
33 Ibid., vol. II, 104; see also the Annex of the Decree Law no. 92/1950 for the nationalization of urban buildings http://lilick-auftakt.blogspot.com/2013/01/decretul-921950-nationalizarea.html (consulted on 26 October 2014). Răutu's nationalized apartment is located at no. 147 on the list of nationalized real estate from Bucharest. On communist nationalization of private property from the new categories of domestic enemies, see Baias et al. (eds.) (2001); Chelcea (2012); Serban (2019); Stan (2006).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Răutu from prison, and after several failed attempts he fled Romania to Yugoslavia and, following a complicated journey (1949–1950), eventually found refuge in France.[34]

Another Romanianization bureaucrat who fared particularly well in the immediate post-Antonescu environment was Emil Ghilezean. During the Antonescu regime Ghilezean held the position of Romanianization commissar at the Ardeleana Bank in Bucharest, a Hungarian Jewish-owned bank; there – so he claimed later – he camouflaged Jewish capital and Jewish employees.[35] According to a note dated 29 October 1955 written by a certain V. Bologa, a *Securitate* informer, during his WWII activity as a Romanianization commissar Ghilezean camouflaged Hungarian Jewish capital from Budapest and also profited from various cases of »Romanianization of hotels and companies« and »engaged in numerous businesses« together with an associate (Nelu Macavei), who acted as a middleman.[36] After the demise of Antonescu, Ghilezean's affiliation with the PNȚ secured him the post of Under-Secretary of the Ministry of Finance in the Sănătescu and Rădescu governments, where he served between November 1944 and March 1945 and even helped write the anti-racism laws that reversed Romanianization. According to a postwar interview, in his new position as a legal expert on Romanianization and its reversal, Ghilezean opposed the inclusion of the legal criterion of *restitutio in integrum* (complete restitution) in the relevant laws and attempted to protect several categories of Romanianization beneficiaries, but failed in the end. As he complained in the interview, this failure was due to the opposition of a communist delegate named Solomon.[37] During his tenure in the post-Antonescu government, Ghilezean expanded his previous businesses and acquired significant wealth, which helped his political career.[38] However, when the pro-communist coalition seized power in March 1945, Ghilezean lost his official post. As he was heavily involved in PNȚ politics, after 1946 when the communists falsified the elections and started to arrest opposition leaders, Ghilezean started to look for a way to leave Romania.[39] Helped by various smugglers – including, ironically, Jews working for Zionist organizations – in 1947 Ghilezean managed to flee the country by clandestinely crossing the border into Hungary, from where he made it to Austria and France. He temporarily moved to the US but, after several unsuccessful attempts as a farmer, he eventually settled in Italy, where he became a prosperous businessman.[40] While in exile, Ghilezean maintained good relations with some of his former Jewish associates, who had settled in Israel and Switzerland and now helped him correspond with his impoverished mother in Romania – this way, his letters avoided the communist censorship.[41]

Răutu and Ghilezean were not the most outrageous cases of former Romanianization bureaucrats who temporarily thrived after the war. Some of the most compromised Romanianization bureaucrats, whom Antonescu had arrested and sent to camps on charges of corruption, saw a great opportunity in the 23 August 1944 regime change and tried to clear their names by presenting themselves as victims of previous dictatorships. Octavian Mălai, a lawyer who had a doctorate in economics, was one of those opportunistic bureaucrats. Working as a CNR official during the first two years of the Antonescu regime, in the post-August 1944 era Mălai claimed that he was an innocent victim of Romania's military dictator, who had sent him to a concentration camp under a false accusation.[42] In fact, as several archival documents show, Antonescu ordered Mălai's camp imprisonment following an investigation which uncovered that he had abusively evicted an elderly Jewish woman, Natalia

34 CNSAS, Mihai Răutu, I 758349, 2 vols.; CNSAS, Mihai Răutu, P 094966, 2 vols.

35 See the extensive interview with Ghilezean in: Niculescu (ed.) (1998).

36 See V. Bologa's »Informative Note« of 29 October 1955 and Pop's »Informative Note« of 9 October 1956 in: CNSAS, Emil Ghilezean, I 0003330, vol. I, 120–124, 171.

37 Niculescu (ed.) (1998) 110; Ciucă et al. (eds.) (2013) 18–23.

38 See V. Bologa's »Informative Note« of 29 October 1955 and Pop's »Informative Note« of 9 October 1956 in: CNSAS, Emil Ghilezean, I 0003330, vol. I, 120–124, 171.

39 On the 1946 elections, see Cioroianu (2005); Giurescu (2015); Tismăneanu (2006); idem (2003).

40 Niculescu (1998); see also Silviu Craciunaş' statement (dated 17 February 1951) in: CNSAS, Emil Ghilezean, I 0003330, vol. II, 376–377.

41 See V. Bologa's »Informative Notes« of 26 October 1955, 31 October 1955, and 20 February 1956, and Nica's »Note« of 14 October 1952, in: CNSAS, Emil Ghilezean, I 0003330, vol. II, 125–127, 183–186, 254.

42 CNSAS, Octavian Malai, I 570033.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Bronzescu, from her Romanianized apartment in the center of Bucharest in order to move in with his family and the family of a Romanian director from the Odessa city hall in Transnistria. The Jewish victim described the eviction as follows: »Within two hours, he and five porters had thrown me out into the street with all my belongings, without any explanation.«[43] This action outraged even the anti-Semitic dictator of Romania, Antonescu, who sometimes invoked legality and the respect for legal formalities during the implementation of his authoritarian and genocidal policies.[44]

During the war years, Mălai had become infamous for being corrupt and abusing his position as a director of CNR. In January 1942, Antonescu dismissed him and in February 1942 sent him to the Targu Jiu concentration camp and evicted his family from the previously Jewish-owned apartment, a decision that was swiftly carried out by the Ministry of Interior Affairs (MAI). In July 1942, Mălai was liberated from his five-month internment and from then on kept a low-profile lifestyle. After the demise of Antonescu in August 1944, Mălai contested the dictator's decisions. The judicial proceeding moved slowly, and the case eventually ended up in front of the Supreme Court *(Înalta Curte de Casaţie şi Justiţie)*, which in December 1944 decided to reinstate all of Mălai's employment rights. A Royal Decree dated 6 February 1945 implemented the court decision, and so Mălai – who in the meantime had joined the Social Democrat Party (PSD, part of the post-Antonescu government coalition), and in 1947 switched to the Communist Party (which in 1948 merged with PSD and formed the Romanian Labor Party, PRM) – temporarily returned to his old position as director at the Prime Minister's Chancellery.[45] Subsequently and until 1947, Mălai worked as a director in the Ministry of Industry and Commerce at the Department for the Liquidation of CNR (DLCNR); ironically, he could use his previous experience in promoting Romanianization for reversing the consequences of that anti-Semitic policy.[46] On 5 March 1946, he tried to use his position as a director at DLCNR – in the meantime the agency had been subordinated to the Ministry of Industry and Comerce (MIC) – to stop the security police *(Siguranţa)* from investigating his involvement with Antonescu's Romanianization. He petitioned the head of the Bucharest police prefecture and claimed that he was just an innocent and apolitical victim of the power games and revenge interests of Antonescu and Titus Dragoş (the head of SSRCI, which included CNR between December 1941 and November 1943):

> I was dismissed from my job on 5 January 1942 due to my democratic ideas and my request to end the abuses committed during the administration of property expropriated from Jews, and I was interned in a camp for six [in fact, five] months because I did not give up the court case I filed against the state in an administrative court. […] I was sent to the camp illegally only because the new head of the [SSRCI / CNR] department, Titus Dragoş, wanted to impress Marshall Ion Antonescu. […] I have never been involved in politics.[47]

Mălai's case is an example of successful political opportunism and cunning reframing of a wartime biography, common among high-ranking bureaucrats. In the end, the communist officials uncovered Mălai's problematic past activities in the Romanianization bureaucracy, purged him from the communist party in 1950, and denied him further access to any influential position in its bureaucracy. After Mălai lost his job as a director in the MIC bureaucracy, he held a series of jobs at the local level: head of the cadre department at a factory in Baia Mare, accountant at a forestry company, and clerk at the Cluj city hall. The

43 On Natalia Bronzescu's complaint against Mălai and on Antonescu's order to send Mălai to a camp for »abusive behavior«, see CNSAS, I 570033, vol. II, 4–7; ironically, when police and court officials arrived at the apartment to evict Mălai's family, they were surprised to find that part of the apartment was occupied by the furniture of the family of the Transnistrian bureaucrat, whose rooms were locked. The authorities managed to evict the latter only after a month. CNSAS, I 570033, vol. II, 10–12.

44 On Antonescu's discourse supporting legality and the reality behind that legalistic stance, see Bucur (2022) 189–193; Cercel (2017b) 142–150; Ionescu (2020b).

45 Traşcă / Deletant (eds.) (2007) 385.

46 CNSAS, I 570033, vol. II, 15–16.

47 Ibid.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Securitate kept Mălai under surveillance; its internal correspondence mentions his previous (problematic) Romanianization credentials, his exclusion from the communist party, and his unreliable »petit bourgeois« background.[48]

George Ungureanu was another former Romanianization agent and a member of the Legion who fared well in the short term after the collapse of the Antonescu regime. Working in Northern Transylvania, Ungureanu took refuge in a territorially-diminished Romania after the province was lost to Hungary in the summer of 1940 as a result of the Second Vienna Award. Ungureanu struggled with his refugee status and unemployment, and at the beginning of the Antonescu regime, he handed over a petition to the dictator himself to request help, as a Legionary and refugee. A few weeks later, Antonescu appointed him Romanianization commissar at a Jewish textile company (Întreprinderea Textilă Română Norbert Juster) in Bucharest. As a result of his rising conflicts with the Legion, in early January 1941 Antonescu dismantled the Romanianization commissar positions, a decision which remained final after the failure of the Legionary Rebellion against Antonescu, which took place from 21–23 January 1941. As a consequence, Ungureanu lost his lucrative position and moved to his native town, Câmpulung Moldovenesc. There, he took over a Jewish store and thus became a practitioner of Romanianization.[49] This initially proved to be a profitable business; however, it eventually folded due to the adverse development of the war for the Axis powers.

In 1944, as the Soviet troops advanced, Ungureanu took refuge with his family in Transylvania, where, after his discharge from the army in October 1944, he took over another Jewish store. Located in Boroşneul Mare (a village close to his wife's birth place), the store had become an »abandoned property« following the deportation of its owners to Auschwitz by the Hungarian and German authorities, who controlled the region between fall 1940 and fall 1944. Ungureanu ran his new business successfully until spring 1948 and claimed that he enjoyed great relations with his local customers and neighbors – *Szekeler* (Hungarian) villagers – the returning Jewish owners, and communist authorities; he even claimed to have voted for the pro-communist coalition in the 1946 elections.[50] During this time, Ungureanu negotiated with local authorities to buy another Jewish »abandoned property« – a factory – in the same region but failed to acquire it due to the communists' nationalization policies. He expresses his regrets in his memoirs: »I could have become an industrialist in Miercurea Ciuc if the political context had not turned hostile to private industry.«[51] During his time as a shopkeeper in Transylvania, Ungureanu claimed that one of the sons of the former Jewish owner of the premises that housed his business returned to the village but did not request his family property back. On the contrary, Ungureanu said that he lent him money to start a business and that, when the Jewish man became rich, he invited Ungureanu to emigrate from Romania with him, which the latter refused. Ungureanu's version of his relation with the Jewish heirs of the property he used for his business suggests that they had reached a deal (quite common among gentile profiteers and returning survivors) in which the legitimate Jewish owner would give up his claim to the real estate in exchange for a sum of money.

After the communist regime consolidated its power, a military tribunal sentenced Ungureanu *in absentia* to three years of imprisonment for his fascist past. To avoid arrest, in 1948 Ungureanu went into hiding for seven years but was eventually arrested by the communist secret police, indicted again, and sentenced to death. This verdict was later transformed into prison time – and Ungureanu was finally discharged in 1964, when the communist authorities released the political prisoners.[52] While still in prison, Ungureanu became a paid collaborator of the *Securitate*; after his liberation, he collaborated with the Câmpulung Moldo-

48 CNSAS, I 570033, vol. I, 11, 14–17.
49 Ungureanu (2010) 78–87, 102–103.
50 See Ungureanu's »Autoexpunere« in: CNSAS, Gheorghe Ungureanu, I 102858, 140–166.
51 Ungureanu (2010) 102–104.
52 Ungureanu (2010) 107–113, 128; Ungureanu's depiction of his alleged postwar Philosemitism should be regarded with caution: he wrote his memoirs in the 2000s after the collapse of communism and seemed to have reframed his life story to depict himself as an innocent victim of troubled historical times by refraining from mentioning any involvement in anti-Semitism and anti-Jewish violence. On the former prisoners of the Romanian communist regime (including former fascists) who acted as agents of memory in the post-communist era and the problematization of their narratives, see Ciobanu (2021) 19–33.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

venesc branch of the *Securitate* under the alias »Moldovanu Dorel« and denounced the hostile statements and activities of his former Legionary comrades, relatives, friends and acquaintances, including a number of his former commercial partners. He continued his denunciations until December 1965, but then had a change of attitude and stopped delivering information from 1966 on, which prompted *Securitate* officials to exclude him from their network of informers.[53]

In his autobiographical confessions, written in 1964 while still in prison, Ungureanu recalls that in 1945 the government adopted several laws that forced ethnic Romanian buyers of Jewish assets to return the Romanianized businesses and properties or compensate the former Jewish owners.[54] Even though he considered the restitution laws »unjust« because they allegedly »forced him to pay twice for the same property«, Ungureanu claimed that he had reached an understanding with the former Jewish owners of his property (and their heirs) to pay them the value of the assets he bought from CNR during the Antonescu regime. Thus, contrary to other Romanianization beneficiaries, he avoided court litigation.[55]

Other Romanianization agents fared well even in the long term, such as the lawyer and journalist Ghiţă (Gheorghe) Ionescu. He joined the Ministry of Foreign Affairs (MAE) in 1940, from where he was temporarily assigned to SSRCI's commission for the control of oil companies' shares.[56] After his prosperous wartime career at SSRCI, when in addition to his salary Ionescu received »gifts« and other assets and moved into an »expropriated« Jewish villa, the privileges ended in August 1944. Ionescu worked for the Romanian Commission of Armistice with Allied Forces for several months, but he struggled with uncertainty about his future. Then, a few days before the communists seized power in Romania in March 1945, Ionescu fled to Turkey and from there to Western Europe, where he worked for various Romanian refugee organizations. He settled in England in 1947 and became a well-known political science professor at the London School of Economics and the University of Manchester, positions he held from the 1960s through the 1980s.[57] Specializing in communism, political thought, governance, and European integration, Ionescu authored numerous books, but he never used his professional expertise to investigate the Romanianization project in which he participated and from which he profited. For example, in the 30-page section of his book *Communism in Romania* in which he discusses the dictatorships of King Carol II and Antonescu, Ionescu makes no reference to the Romanianization project.[58]

Another former Romanianization bureaucrat who temporarily fared well after August 1944 was the lawyer Dumitru (Dem) Teodorescu, who occupied a post as general director of CNR during the Antonescu regime. The transitional government of Constantin Sănătescu appointed him for a short while (4–21 November 1944) as the head of OPLCNR, the agency in charge of liquidating the main Romanianization agency, despite warnings they had received from intelligence agencies about his wartime activity.[59] For example, in September 1944 a secret report of the main intelligence agency, the Special Information Unit (SSI), recommended to the new government that it was imperative to investigate the case of Teodorescu »because it would be regrettable that Mr. Teodorescu, a stained element, remain in his leadership position today, a time when the regime needs clean elements.«[60] During his previous tenure one of the directors of CNR, Teodorescu was suspected of corruption: As a result of a 1941 investigation ordered by Antonescu, the High Court of Accounting and Audit found that Teodorescu had erased a word in one of Antonescu's hand-written decisions in order to favor specific individuals who wanted to acquire Jewish property. Teodorescu denied the accusation and claimed that he was the victim of calumnious denunciators who aimed to remove him from that important position, where his honesty made him an obstacle for the shady trans-

53 CNSAS, Moldovan Dorel, R 318870, 7–27.

54 On the restitution of Romanianized property and the status of Jews in post-WWII Romania, see Ionescu (2022); Rotman (2005); Vago (2010).

55 See Ungureanu's »Autoexpunere« in: CNSAS, I 102858, 152.

56 On Ghiţă Ionescu's profitable wartime career at SSRCI, see ANR, MEN-DS 15/1940, 58; Sebastian (2000) 387–388, 443, 445.

57 Goşu (2014).

58 See Ionescu (1964) 56–86; Goşu (2014); Campbell (1996); Ionescu (1972); idem (1991); Ionescu / Gellner (eds.) (1969); Ionescu / Madariaga (1973).

59 Neagoe (1995).

60 ANR, PCM-CSR 48/1944, 1–2.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

actions with Jewish assets.[61] Ironically, as the head of OPLCNR, Teodorescu temporarily headed the commission in charge of drafting the law for the restitution of Jewish property nationalized during the Antonescu regime.[62] Despite the suspicions concerning his wartime activity – when he pushed for more radical Romanianization laws to prevent Jews from defending their property rights in courts and forged official documents to favor some Romanianization profiteers[63] – Teodorescu continued to head OLPCNR, with the rank of Under-Secretary of State, and participated in government meetings until 21 November 1944, when he resigned from this important post.[64] His whereabouts during the communist regime are unknown.

Not all former Romanianization agents were so lucky in the early post-Antonescu years, and many of them faced negative consequences for their wartime activity. After August 1944, their previous involvement in Romanianization came back to haunt many bureaucrats, who were suspected, denounced, and investigated by the new authorities. The Romanian Communist Party (PCR), for instance, wanted to appoint a certain Radu Paul to the post of Secretary at the Ministry of Labor, Health, and Welfare (MMSOS), but when his wartime activity as a CNR building manager for a Romanianized Jewish block of flats was revealed by an anonymous denunciation, the party leaders decided to investigate his past.[65]

The downfall of many former Romanianization bureaucrats offered victims some measure of satisfaction, if not justice. Saşa Pană was a Jewish writer and physician from Bucharest whose house had been expropriated by CNR; he went on to work for the communist underground and, after the collapse of the Antonescu regime, joined the pro-communist press. Shortly after the war, he saw his former army comrade, Captain Teohari, and recorded his demise in a diary entry. »He who had been a Romanianization inspector during the Antonescu regime«, Pană wrote, »was now struggling to work as an extra for a Bucharest film studio in exchange for a little money and food.«[66]

Other Romanianization bureaucrats also struggled during the post-Antonescu years. Eugen Pavelescu was one of them. Born in Iaşi into a petit-bourgeois family, in the decades following WWI Pavelescu worked in the Ministry of Agriculture, the Ministry of Public Works, and the Ministry of Interior. He continued as General Inspector at the National Institute for Cooperatives, as well as a university professor of political economy at the University of Iaşi and Czernowitz Polytechnic School. He was also active in radical right-wing politics: According to several police documents, Pavelescu belonged to the leadership of the Legionary movement (Horia Sima's faction) in Suceava county and promoted local Legionaries in key positions within the Romanianization bureaucracy.[67] On 28 May 1941, Antonescu appointed Pavelescu as the head of the SSRCI/CNR Directorate of Bukovina based in Suceava and later in Czernowitz. During that time Pavelescu became notorious for corruption and abuse. Traian Popovici, the mayor of Czernowitz, who was declared a »Righteous Among the Nations« for his role in saving thousands of Jews from deportation, had a negative opinion about Pavelescu and his role in the persecution of local Jews; he believed that Pavelescu was responsible for his removal as mayor in December 1941.[68] In 1943, Antonescu eventually sacked Pavelescu and had him indicted on counts of corruption and various abuses related to the redistribution and administration of »nationalized« Jewish property, such as the Zarojani sugar factory. Sentenced to five years in prison,

61 ANR, MF-CSIS 277/1941 and 278/1941.

62 On the works of the commission that drafted the restitution laws, which was headed by Teodorescu, see: Restituirea bunurilor evereieşti (1944) 4.

63 For an example of Teodorescu's efforts to convince the authorities to adopt more radical Romanianization provisions, see the SSRCI memo dated 14 August 1941 sent by Dem Teodorescu (General Director) and Stefan Iosif (head of SSRCI's legal department) to the Antonescu government. ANR, MJ-DJ 127/1941, 184.

64 See the minutes of the 20 October 1944 government meeting, in: Ciucă et al. (eds.) (2011) 21–24; see also ANR, MEN-DS 21/1944, 1–2, 15–16.

65 See the minutes of the PCR meeting from 26 March 1945, in: Ciuceanu et al. (eds.) (2003) 368.

66 Pană (1973) 552.

67 See the Personal Fiche of Eugen Pavelescu (dated 4 March 1943) from MAI Secret Service and the »Informative Note« of 28 June 1941 from DGP in: CNSAS, Eugen Pavelescu, I 665291, 210–212, 222–223; on the Legionary movement, see Clark (2015); Cârstocea (2017); Heinen (1986); Iordachi (2023).

68 See Popovici (1945) 420; on Popovici's role in the rescue of Jews in WWII Czernowitz, see Hausleitner (2020).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Pavelescu did not serve this sentence due to the war turmoil, political changes in Romania, and his high-level connections.[69]

After the demise of Antonescu, Pavelescu continued to teach at the University of Iaşi, where he enjoyed a relatively peaceful life, until 1947. However, in the end his past caught up with him. Fearing the consequences of his wartime activity and abuses perpetrated against Czernowitz Jews – which the post-Antonescu authorities started to investigate in 1945 – and following the advice of a friendly public prosecutor, Pavelescu acquired forged papers and went into hiding by assuming several false identities (a monk and, later, a lumberjack). His evasion strategies succeeded until 1952, when a denunciation led to his arrest by the police. As a result, Pavelescu served two years in jail for his past activities.[70] The *Securitate* kept Pavelescu under close surveillance, including during his time in prison, as they suspected him of spreading subversive political-religious ideas. A former cellmate who had befriended Pavelescu in prison informed the secret police about Pavelescu's plan to establish a new political organization which he would call the »National Christian Central Party«.[71] According to several denunciations provided by his cellmates, Pavelescu discussed his prejail life with them and boasted about his »achievements« at the Czernowitz Romanianization Directorate, such as getting rich from the gifts received from local Jews and from gentile would-be profiteers. Pavelescu also mentioned to his cellmates that although Antonescu's prosecutors had indicted him for Romanianization abuses, he had successfully dodged the judiciary and avoided doing time in jail due to his high-level connections. Additionally, it seems that during his imprisonment in the 1950s Pavelescu remained a dedicated anti-Semite and Romanianizer: He boasted to his cellmates that when he spearheaded the Romanianization in Czernowitz, he never made any concessions to the Jews because he always fought for the Romanian nation and Christianity.[72]

During WWII, the communist economist Bucur Şchiopu worked for SSRCI, the main agency in charge of the »nationalization« and management of real estate owned by local Jews and other minorities, and obtained one of the apartments confiscated from Jews. As the communist activist Liuba Chişinevshi complained in a postwar interview, Şchiopu Romanianized her sister's apartment in Bucharest and did not return it to the legitimate owner after the collapse of the Antonescu regime.[73] The 23 August 1944 regime change allowed Şchiopu to climb the socio-political ladder and make a very successful career in communist Romania. As a reliable communist party member, he held the position of Under-Secretary at the Ministry of National Economy and the Ministry of Industry and Commerce between 1946 and 1948, the year when he was appointed as Minister of Commerce (a position he occupied until 1949). He worked as the Minister of State Farms (from 1955 to 1965) and as the Minister of the Food Industry (from 1967 to 1969). During the postwar years, Şchiopu enjoyed a public presence as an expert in the modernization of local agriculture following the Soviet model and authored and coauthored several books, but he never mentioned his participation in Antonescu's project of dispossessing Jews.[74] Another ironic aspect of Şchiopu's postwar career is that he was included in Romania's delegation (as a »technical counsellor« and communist activist) at the Paris Peace Conference negotiations in summer 1946 – which discussed, among other things, the restitution of Jewish property and rights.[75] Thus, the former Romanianization agent who implemented the dispossession of Jews during the war negotiated the economic clauses of the peace treaty with the Allies, including the restitution of Jewish assets and rights. Towards the end of his career, Şchiopu served as

69 CNSAS, Eugen Pavelescu, I 490733, 27; I 655291, 3–6. On the economic Romanianization of Bukovina and its problems, see Hausleitner (2001); Ionescu (2016).

70 CNSAS, Eugen Pavelescu, I 655291, 3–235.

71 Ibid.

72 According to his statements as reproduced by the informer Dumitru Ion, just like other WWII anti-Semites, Pavelescu had his own »Jewish friend«, a Czernowitz woman who he claimed to have protected from deportation, to whom he gave gold coins and for who he arranged the marriage. See the »Informative Notes« made (in 1958) by Stancu Marin and Dumitru Ion, two Văcăreşti prison cellmates of Pavelescu in: CNSAS, Eugen Pavelescu, I 655291, 93–97, 180–185.

73 Şiperco (2016), vol. II, 64, 86, 98.

74 Davidescu et al. (eds.) (1964); Şchiopu (1966); idem (2002).

75 »Lista Delegaţiunii Române Prezentate Secretariatului General al Conferenţiunii de Pace« in: AMAE, CPP (1946), vol. I, 187; for more details on the intense debate about the restitution of Jewish property at the 1946 Paris Peace Conference negotiations, see Ionescu (2022).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Romania's ambassador to Canada. He never admitted to, nor was he ever held to account for, his involvement in Romanianization.

The above investigation into the post-Antonescu biographies of former Romanianization bureaucrats has shown patterns familiar to students of post-Nazi societies and bureaucracies. Some of these agents of Romanianization thrived in the short term – due to their high-level political connections, skillful navigation of postwar society, and the need for experienced bureaucrats by the post-Antonescu transitional governments and subsequently the communist regime. The new communist regime in particular had to attract skilled cadre during the first postwar years. Banned during the interwar years, the communist party now struggled to recruit members among the ethnic Romanian majority – it failed to appeal to the peasants and to the nationalist public, as it supported Comintern's stand defining Romania as an imperialist state that should be dismantled. After they came to power in August 1944 – first in a coalition of democratic parties, and from March 1945 on in a popular front coalition they controlled – the communist decision-makers started a massive campaign to recruit new members regardless of their former political affiliation From about 1000 members at the end of the Antonescu regime, PCR recruited almost one million members over the next four years, including former fascists and lower and mid-level bureaucrats who had served under Carol II and Antonescu and managed to (temporarily) hide their previous political and / or professional affiliation.[76] Some of these new members with a stained past were purged in the late 1940s, and gradually, PCR recruited new cadre from withing the youngsters socialized during the postwar years.

Thus, several former Romanianization agents who participated in the surveillance of Jewish companies and the dispossession of Jews continued in their jobs after the demise of Antonescu by targeting the new categories of domestic enemies (mainly the Germans) and their properties and businesses. However, in the long run, the past caught up with most of them, and they were either marginalized and arrested by the communist authorities or had to emigrate. The scrutiny of the lives of former Romanianization bureaucrats revealed that many civil servants continued on their professional trajectory; faced with the gradual loss of their independence and even autonomy, they negotiated their careers and adapted to the ideological requirements and policies of various political regimes of the late 1930s and 1940s, from liberal democracy to fascist, military, and communist dictatorships, interspersed by short transitional periods. Cases of such opportunistic Romanianization bureaucrats, who joined the pro-communist coalition after the collapse of the Antonescu regime to save their positions, assets, liberty, and / or life, occurred all over the country.

Ironically, some former Romanianization agents became decision-makers in the restitution process. This was the case of Emil Ghilezean, who worked in the commission that drafted the restitution laws and opposed complete restitution, and Dumitru (Dem) Teodorescu, who temporarily headed the agency in charge of the administration and the restitution of Jewish property and who also contributed to the drafting of the restitution laws. This resembles what happened in West Germany, where some former Nazi economists processed Jewish applications for restitution and reparation. Very few of the former Romanianization bureaucrats, such as Bucur Şchiopu, thrived in the long term due to their close affiliation with the ruling circles of the communist party. By 1948–1950, the consolidated communist regime achieved the total subordination of those former Romanianization bureaucrats who had stayed in the country – they either submitted, willingly or unwillingly, to the new political requirements and adjusted to the new system of governance, or they spent long years in prison. The scrutiny of documents related to the life trajectories of former Romanianizers suggests that those at the lower level of the bureaucratic hierarchy were more likely to escape postwar arrest and trial and slip through the cracks of the dragnet than those who had held more prominent positions in Antonescu's bureaucracy.

While the patterns of continuity in the professional lives of former Romanianization agents resemble – at least in the short term – the postwar lives and careers of their German Aryanization counterparts, in the mid- and long term diverge, as most of Antonescu's Romanianizers were ar-

76 Deletant (2020); Tismăneanu et al. (eds.) (2006).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

rested or had to emigrate from Romania to escape retribution. However, even those who were tried for their wartime activities received rather lenient sentences, many of which were later reduced. Usually, they were released after a few years' imprisonment and eventually adapted to living in the communist nationalist dictatorships of Gheorghe Gheorghiu-Dej and especially Nicolae Ceaușescu, who promoted their own versions of Romanianization from the 1960s to 1989.

Overall, my interdisciplinary investigation of the careers of these Romanianization agents shows that the communist revolution was not as radical as the communist leaders preferred to boast and that it did not immediately bring a complete transformation of the state, its institutions, and employees holding crucial positions. Especially during the first postwar transitional years, the connections between the two ideologically different authoritarian regimes – fascist and communist – continued on various levels, including the one of the bureaucracy itself: it involved a certain degree of transferring legal practices and institutions that participated in policing the lives and property of local inhabitants, particularly those seen as unreliable, such as minorities and various categories of real or imagines enemies. This exploratory investigation underlines the need for more in-depth prosopography studies and institutional studies – rooted in history, legal studies, and transitional justice – in order to scrutinize the careers of the individuals who held crucial position in the fascist and communist regimes of Central Eastern Europe and the mechanisms of the transitional era that resulted in retributive justice (criminal trials, purges) or recruitment and re-education.

■

Bibliography

- AMAE: Arhiva Ministerului de Externe (București)
- AMAE, Conferința de Pace de la Paris (CPP), 1946, vol. I
- Ancel, Jean (2007), The Economic Destruction of Romanian Jewry, Jerusalem
- Ancel, Jean (2016), The History of the Holocaust in Romania, Lincoln (NE)
- Annex of Decree Law no. 92/1950 for the nationalization of urban buildings, http://lilick-auftakt.blogspot.com/2013/01/decretul-921950-nationalizarea.html (consulted on 26 October 2014)
- ANR: Arhivele Naționale Ale României (București)
- ANR, Comisia Română Pentru Aplicarea Armistițiului (CRAA) 867/1945, 941/1945, 973/1945, 990/1945, 1029/1945, 85/1946
- ANR, Ministerul de Finanțe – Corpul Superior de Inspectori Speciali (MF-CSIS) 277/1941, 278/1941
- ANR, Ministerul Economiei Naționale (MEN) – Direcția Secretariat (DS) 15/1940, 21/1944
- ANR, Ministerul Justiei – Directia Judiciara (MJ-DJ) 127/1941
- ANR, Președinția Consiliului de Miniștri, Cabinetul Militar Sănătescu – Rădescu (PCM-CMSR) 48/1944
- ANR, Subsecretariatul de Stat al Românizării, Colonizării si Inventarului (SSRCI) – Direcția Control (DC) 64/941
- Aznavorian, Hurmuz (2007), Excelența legii, București
- Baias, Flavius et al. (eds.) (2001), Regimul juridic al imobilelor preluate abuziv, vol. II, București
- Bajohr, Frank (2002), Aryanization in Hamburg: The Economic Exclusion of Jews and the Confiscation of their Property in Nazi Germany, New York
- Barbu, Zevedei (2016), Drum și destin printre husarii istoriei: O narațiune bio-culturală, București
- Baruch, Marc Olivier (2005), Perpetrator Networks and the Holocaust. The Spoliation of Jewish Property in France, 1940–1944, in: Feldman, Gerald D., Wolfgang Seibel (eds.), Networks of Nazi Persecution: Bureaucracy, Business, and the Organization of the Holocaust, New York, 189–212
- Baruch, Marc Olivier (2016), Faire des Choix? Les Fonctionnaires dans l'Europe des Dictatures, 1933–1948, Paris
- Bărbulescu, Ana (2021), The Underlife of Transnistria's Ghettos: Recategorizing and Reframing Social Interaction, in: Journal of Holocaust Research 35,3, 196–213
- Benjamin, Lya (ed.) (1993), Evreii din România între anii 1940–1944: Legislația antievreiască, București
- Biliuță, Ionuț (2022), Constructing Fascist Hagiographies: The Genealogy of the Prison Saints Movement in Contemporary Romania, in: Contemporary European History 31,3, 435–455
- Blassen, Philippe Henri (2020), The Roman Catholic Bishopric of Iași and the Jews, 1941–1944, in: Arhiva Moldaviae, vol. XII, 193–227
- Boia, Lucian (2011), Capcanele istoriei. Elita intelectuală românească între 1930 și 1950, București
- Bucur, Maria (2022), The Nation's Gratitude: World War I and Citizenship Rights in Interwar Romania (Routledge Histories of Central and Eastern Europe), Abingdon
- Butariu, Miron (1991), O viață de om: Note autobiografice, Los Angeles (CA)

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Campbell, John Charles (1996), Obituary: Professor Ghita Ionescu, in: The Independent (5 July 1996), http://www.independent.co.uk/news/people/obituary-professor-ghita-ionescu-1327471.html (consulted on 28 August 2012)
- Carandino, Nicolae (2000), Camuflaj moral – camuflaj economic, in: idem, Rezistenţa, prima condiţie a victoriei: Articole politice apărute in Dreptatea, 1944–1947, Bucureşti, 61–62
- Cârstocea, Raul (2017), Building a Fascist Romania: Voluntary Work Camps as Mobilization Strategies of the Legionary Movement in Interwar Romania, in: Fascism 6,2, 163–195
- Cercel, Cosmin Sebastian (2017a), Judging the Conducător: Fascism, Communism, and Legal Discontinuity in Post-War Romania, in: Belausau, Uladzislau, Alexandra Gliszczynska-Grabias (eds.), Law and Memory: Towards Legal Governance of History, Cambridge, 228–245
- Cercel, Cosmin Sebastian (2017b), Towards a Jurisprudence of State Communism: Law and the Failure of Revolution, London
- Chelcea, Liviu (2012), The ›Housing Question‹ and the State-Socialist Answer: City, Class, and State Remaking in 1950s Bucharest, in: International Journal of Urban and Regional Research 36,2, 281–296
- Chioveanu, Mihai (2013), Death Delivered – Death Postponed: Romania and the Continental Wide Holocaust, Bucureşti
- Ciobanu, Monica (2021), Repression, Resistance, and Collaboration in Stalinist Romania 1944–1964: Post-Communist Remembering, London
- Ciucă, Marcel Dumitru (ed.) (1995), Procesul Maresalului Antonescu: Documente, Bucureşti
- Ciucă, Marcel Dumitru et al. (eds.) (2011), Stenogramele Şedinţelor Consiliului de Ministrii: Guvernarea Constantin Sănătescu, Bucureşti, vol. I
- Ciucă, Marcel Dumitru et al. (eds.) (2013), Stenogramele Sedinţelor Consiliului de Ministrii: Guvernarea Nicolae Rădescu, Bucureşti
- Ciuceanu, Radu et al. (eds.) (2003), Stenogramele Şedinţelor Conducerii PCR, 23 septembrie 1944–26 martie 1945, Bucureşti
- Cioroianu, Adrian (2005), Pe Umerii lui Marx. O Introducere in Istoria Comunismului Românesc, Bucureşti
- Clark, Roland (2015), Holy Legionary Youth: Fascist Activism in Interwar Romania, Ithaca (NY)
- CNSAS: Consiliul Naţional Pentru Studierea Arhivelor Securităţii (Bucureşti)
- CNSAS, Emil Ghilezean, I 0003330, vol. I
- CNSAS, Eugen Pavelescu, I 490733, I 655291
- CNSAS, Gheorghe Ungureanu, I 102858
- CNSAS, Mihai Răutu, I 758349, 2 vols.
- CNSAS, Mihai Răutu, P 094966, 2 vols.
- CNSAS, Moldovanu Dorel, R 318870
- CNSAS, Octavian Malai, I 570033, 2 vols.
- Davidescu, David et al. (eds.) (1964), Agricultura României, 1944–1964, Bucureşti
- Davis, Chris R. (2019), Hungarian Religion, Romanian Blood: A Minority's Struggle for National Belonging, 1920–1945, Madison (WI)
- Deletant, Dennis (2006), Hitler's Forgotten Ally: Ion Antonescu and His Regime, 1940–1944, Basingstoke
- Deletant, Dennis (2020), Romania Under Communism: Paradox and Degeneration, London
- Dumitru, Diana (2016), The State, Antisemitism, and Collaboration in the Holocaust: The Borderlands of Romania and the Soviet Union, Cambridge
- Feldman, Gerald Donald, Wolfgang Seibel (eds.), Networks of Nazi Persecution: Bureaucracy, Business, and the Organization of the Holocaust, New York
- Friling, Tuvia et al. (eds.) (2006), Comisia Internaţională pentru Studierea Holocaustului în România: Raport Final, Iaşi
- Gall, Matei (1997), Eclipsa, Bucureşti
- Giurescu, Dinu (1996), Guvernarea Nicolae Rădescu, Bucureşti
- Giurescu, Dinu C. (2015), Falsificatorii: Alegerile din 1946, Bucureşti
- Goşu, Armand (2014), Ghiţă Ionescu on the BBC, in: Studia Politica: Romanian Political Science Review 14,4, 439–478
- Grec, Emanuel-Marius (2020), Transition on Trial: The People's Tribunals between Historiography and the Politics of Memory in Post-War Romania, Holocaust: Studii şi Cercetări 12,1, 293–326
- Harward, Grant Thomas (2021), Romania's Holy War: Soldiers, Motivation, and the Holocaust, Ithaca (NY)
- Hausleitner, Mariana (2001), Die Rumänisierung der Bukowina: Die Durchsetzung des nationalstaatlichen Anspruchs Großrumäniens 1918–1944, München
- Hausleitner, Mariana (2019), Rumänien und der Holocaust: Ermordung, Rettung, Aufarbeitung, in: Osteuropa 69,6–8, 73–91
- Hausleitner, Mariana (2020), Eine Atmosphäre von Hoffnung und Zuversicht: Hilfe für verfolgte Juden in Rumänien, Transnistrien und Nordsiebenbürgen 1940–1944, Berlin
- Heinen, Armin (1986), Die Legion »Erzengel Michael« in Rumänien. Soziale Bewegung und politische Organisation. Ein Beitrag zum Problem des internationalen Faschismus, München
- Heinen, Armin (2007), Rumänien, der Holocaust und die Logik der Gewalt, München
- Huditǎ, Ioan (2013), Jurnal politic: 1 ianuarie–26 aprilie 1946, vol. XVI, Bucureşti
- Huditǎ, Ioan (2014), Jurnal politic: 25 aprilie–31 august 1946, vol. XVII, Târgovişte
- Ioanid, Radu (2022), The Holocaust in Romania: The Destruction of Jews and Roma under the Antonescu Regime, 1940–1944, Lanham (MD)
- Ionescu, Ghiţă (1964), Communism in Romania: 1944–1962, London
- Ionescu, Ghiţă (1972), New Politics of European Integration, London

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Ionescu, Ghiță (1991), Leadership in an Interdependent World: The Statesmanship of Adenauer, De Gaulle, Thatcher, Reagan, and Gorbachev, Harlow
- Ionescu, Ghiță, Ernest Gellner (eds.) (1969), Populism: Its Meaning and National Characteristics, London
- Ionescu, Ghiță, Isabel de Madariaga (1973), Opposition, London
- Ionescu, Stefan (2010), Implementing the Romanisation of Employment in 1941 Bucharest: Bureaucratic and Economic Sabotage of the ›Aryanisation‹ of the Romanian Economy, in: Holocaust Studies: A Journal of Culture and History 16,1/2, 39–64
- Ionescu, Stefan Cristian (2015), Jewish Resistance to ›Romanianization‹, 1940–44, Basingstoke
- Ionescu, Stefan Cristian (2016), ›Californian‹ Colonists versus Local Profiteers? The Competition for Jewish Property during the Economic Colonization of Bukovina, 1941–1943, in: Yad Vashem Studies 44,2, 121–145
- Ionescu, Stefan Cristian (2019), Theorists of Economic Nationalism in 1930s–1940s Romania, in: Nationalities Papers: The Journal of Nationalism and Ethnicity 47,2, 264–279
- Ionescu, Stefan Cristian (2020a), Debates on the Restitution of Romanianized Property During the Antonescu Regime, 1940–1944, in: Holocaust and Genocide Studies 34,1, 45–62
- Ionescu, Stefan Cristian (2020b), Perceptions of Legality during the Antonescu Regime, in: Journal of Romanian Studies 2,2, 53–80
- Ionescu, Stefan Cristian (2022), The International Struggle of Romanian Jewry for Holocaust Restitution, 1944–1948, in: Israel Journal of Foreign Affairs 16,2, 250–260
- Iordachi, Constantin (2023), The Fascist Faith of the Legion »Archangel Michael« in Romania, 1927–1941: Martyrdom and National Purification, London
- Jungius, Martin, Wolfgang Seibel (2008), The Citizen as Perpetrator: Kurt Blanke and Aryanization in France, 1940–1944, in: Holocaust and Genocide Studies 22,3, 441–474
- Kelso, Michelle (2010), Recognizing the Roma: A Study of the Holocaust as Viewed in Romania, PhD dissertation, Ann Arbor (MI)
- Kenkmann, Alfons (2005), The Looting of Jewish Property and the German Financial Administration, in Feldman, Gerald D., Wolfgang Seibel (eds.), Networks of Nazi Persecution: Bureaucracy, Business, and the Organization of the Holocaust, New York, 148–167
- Kenkmann, Alfons, Bernd A. Rusinek (eds.) (1999), Verfolgung und Verwaltung: Die wirtschaftliche Ausplünderung der Juden und die westfälischen Finanzbehörden, Münster
- Lillteicher, Jürgen (2007), West Germany and Compensation for National Socialist Expropriations: The Restitution of Jewish Property 1947–1964, in: Gassert, Philipp, Alan E. Steinweis (eds.), Coping with the Nazi Past: West German Debates on Nazism and Generational Conflict, 1955–1975, New York, 79–95
- Michelbacher, Dallas (2020), Jewish Forced Labor in Romania, 1940–1944, Bloomington
- Muraru, Andrei (2010), Legislation and War Criminals' Trials in Romania, in: New Europe College Ştefan Odobleja Program Yearbook, 111–176
- Neagoe, Stelian (1995), Istoria guvernelor României de la inceputuri şi până in zilele noastre, Bucureşti
- Niculescu, Adrian (ed.) (1998), Un martor al istoriei: Emil Ghilezean de vorbă cu Adrian Niculescu, Bucureşti
- Pană, Saşa (1973), Născut in '02, Bucureşti
- Popa, Ion (2017), The Romanian Orthodox Church and the Holocaust, Bloomington (IN)
- Popovici, Traian (1945), Testimony, in: United States Holocaust Memorial Museum (USHMM), RG 25004 M, Reel 19, MAI, 40011
- Restituirea bunurilor evereieşti: Lucrările comisiunii insărcinate cu întocmirea legii (28 September 1944), in: Timpul 267, 4
- Rotman, Liviu (2005), The History of the Jews in Romania: The Communist Era until 1965, Tel Aviv
- Săndulescu, Valentin (2017), Convertiri şi reconvertiri: elite academice şi culturale şi schimbare politică în România anilor 1930–1960, in: Vasile, Cristian (ed.), Ne trebuie oameni: Elite Intelectuale şi Transformari Istorice în România Modernă şi Contemporană, Târgovişte, 141–180
- Şchiopu, Bucur (1966), Gospodăriile agricole de stat, Bucureşti
- Şchiopu, Bucur (2002), Bucur Şchiopu – Omul unei generaţii de luptă şi sacrificii, Bucureşti
- Sebastian, Mihail (2000), Journal 1935–1944, Chicago (IL)
- Şerban, Mihaela (2019), Subverting Communism in Romania: Law and Private Property, 1945–1965, Lanham (MD)
- Şiperco, Alexandru (2016), Interview with Liuba Chisinevshi, in: Şiperco, Andrei (ed.), Confesiunile Elitei Comuniste: Rivalităţi, Represiuni, Crime: Arhiva Alexandru Petrescu, vol. II, Bucureşti
- Solonari, Vladimir (2010), Purifying the Nation: Population Exchange and Ethnic Cleansing in Nazi Allied Romania, Washington, D. C.
- Stan, Lavinia (2006), The Roof over Our Heads: Property Restitution in Romania, in: Journal of Communist Studies and Transition Politics 22,2, 180–205
- Suveică, Svetlana (2019), Local Agency and the Appropriation of Jewish Property in Romania's Eastern Borderland: Public Employees during the Holocaust in Bessarabia (1941–1944), in: European Holocaust Studies 2, 133–156
- Tismăneanu, Vladimir (2003), Stalinism for All Seasons: A Political History of Romanian Communism, Berkeley (CA)
- Tismăneanu, Vladimir et al. (eds.) (2006), Raport Final: Comisia Prezidentială pentru analiza dictaturii comuniste din România, Iaşi
- Traşcă, Ottmar, Dennis Deletant (eds.) (2007), Al III-lea Reich şi Holocaustul din România: 1940–1944, Documente din arhivele germane, Bucureşti
- Turda, Marius (2008), Eugenism şi Antropologie Rasială în România, 1874–1944, Bucureşti
- Ungureanu, Gheorghe (2010), Prin labirintul vieţii, Suceava

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Vago, Raphael (2010), The Unexpected Cosmopolitans: Romania's Jewry During the Communist System, in: European Review of History 17,3, 491–504
- Wildt, Michael (2009), An Uncompromising Generation: The Nazi Leadership of the Reich Security Main Office, Madison (WI)
- Wistrich, Robert Solomon (2002), Who's Who in Nazi Germany, 2nd ed., London

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Fokus focus

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

David Rex Galindo

Studying Indigenous Labor and Coercion on the Frontiers of the Spanish Empire: An Introduction*

On February 1, 2023, the United States Senate unanimously passed legislation to label January as »National Trafficking and Modern Slavery Prevention Month […] to raise awareness of, and opposition to, human trafficking and modern slavery«. The text acknowledges that despite international treaties, national laws, and acts, nowadays there are still around 50 million children, men, and women subject to human trafficking and modern slavery.[1] These numbers are similar, if rather higher, than previous counts. A United Nations report released in 2017 estimated that 25 million human beings worked in coerced and abusive conditions, while 15 million were forcefully married. It counted 40 million enslaved people in the world up to that date.[2] National and international studies reveal that human beings are being trafficked globally to be submitted to conditions of labor and sexual abuse that fell under the label of »modern slavery«.[3]

Such unabating persistence of modern slavery has forced authorities to legislate against all forms of human exploitation and trafficking. For instance, in 2015, the United Kingdom Parliament passed »The Modern Slavery Act« in order »to make provision about slavery, servitude, and forced or compulsory labor and human trafficking, including provision for the protection of victims«.[4] That this was deemed necessary shows that, despite the abolition of slavery, servitude, and associated coerced forms of labor and domination relations throughout the 19th and 20th centuries, illegal

* I thank Thomas Duve for all his support in the collaborative Partner Group »Towards a renewed legal history of indigenous labor and tribute extraction in the Spanish Empire« as well as in this *Focus* dossier. The papers in this *Focus* underwent various workshops, and each author acknowledges the respective participants. I want to thank those who participated in the kickoff workshop: Diego Melo, Ángel Gordo, and Luis Rojas Donat, for their invaluable suggestions and comments at such an early stage of the Partner Group. I am also grateful to have worked with Manuel Bastias, first, and then Luisa Coutinho, who served as liaisons with the Max Planck Institute through the Glocalising Normativities (GloNo) project. My thanks go to Thomas Rothe at the Catholic University of Temuco, Chile, for his translations of earlier versions. Finally, I am grateful to the members of the Partner Group and contributors to this *Focus* Dossier: Carolina Hiribarren, Constanza López, and Mirko Suzarte.

1 »S.Res.21 – A resolution supporting the observation of National Trafficking and Modern Slavery Prevention Month during the period beginning on January 1, 2023, and ending on February 1, 2023, to raise awareness of, and opposition to, human trafficking and modern slavery«, 1 February 2023, https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-resolution/21 (accessed 20 February 2023).

2 Mark Tutton, »40 million slaves in the world, finds new report«, CNN, 20 September 2017, https://edition.cnn.com/2017/09/19/world/global-slavery-estimates-ilo/index.html (accessed 20 February 2023); Stacey Yuen, »There are 25 million workplace slaves worldwide – there's no end in sight«, CNBC, 13 October 2017, https://www.cnbc.com/2017/10/13/there-are-25-million-workplace-slaves-worldwide--theres-no-end-in-sight.html (accessed 20 February 2023).

3 The concept of modern slavery has a history that dates back to the early 20th century. To abolish slavery and human trafficking globally, in 1926, the League of Nations Slavery Convention, in its Article 1, defined slavery as »the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised«, and the slave trade as »all acts involved in the capture, acquisition or disposal of a person with the intent to reduce him to slavery; all acts involved in the acquisition of a slave with a view to selling or exchanging him; all acts of disposal by sale or exchange of a slave acquired with a view to being sold or exchanged, and, in general, every act of trade or transport in slaves«: League of Nations (1926). In 1956, the United Nations added and defined »Institutions and practices similar to slavery«, including debt peonage, serfdom, forced marriage, and the sale of children to the 1926 definition of slavery: United Nations (1956). See the analyses of historical and contemporary definitions of slavery in the collection of essays: Allain (ed.) (2012).

4 »The Modern Slavery Act« passed by United Kingdom Parliament on 26 March 2015, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/pdfs/ukpga_20150030_en.pdf (accessed 20 February 2023).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

human trafficking and human exploitation pervasively endure across the globe.[5]

Why is it so difficult for authorities to end modern slavery and human trafficking? The recent US law proclaimed that human trafficking is highly profitable: »Forced labor and human trafficking generates revenues of approximately $ 150 000 000 000 annually worldwide.« The dramatic irony of this legislative attempt to publicize this global scourge is that in effect, US legislators gave human traffickers the upper hand in this worldwide fight because »the traffickers use techniques that are designed to severely limit self-reporting and evade law enforcement«.[6] The economy of modern slavery and the legal difficulties of persecuting such practices are to be blamed for its endurance. At the time of finishing this *Focus* dossier, this law was a last effort to publicly condemn slavery and human trafficking in the 21st century. News reports, however, illustrate continued instances of ›slavery-like‹ practices throughout the world. For instance, in March 2023, Brazilian authorities and law enforcement agents rescued 85 workers, including some minors, from modern slavery conditions in two rice plantations in western Rio Grande do Sul, near the border with Argentina and Uruguay.[7] The persistence of such practices shows that this human catastrophe, despite being recognized as such, seems far from over.

In confronting such practices, legislators, human rights activists, and scholars face problems of nomenclature and category to classify the multi-edged manifestations of human exploitation and subjugation. Jean Allain reminded us of the difficulties in interpreting specific legal definitions of slavery in legal courts and of the need to distinguish the nuanced differences within human exploitation.[8] Moreover, historically, slavery is predominantly associated with the institution of chattel slavery of Africans and their descendants in the Americas.[9] Politicians, scholars, activists, and jurists thus encounter difficulties in defining modern slavery and classifying its diverse practical manifestations.[10] Is slavery the right word to describe human exploitation in all its forms, or should scholars distinguish between more nuanced terms such as servitude, labor, and sexual exploitation, slavery-like practices, or forced marriages? Do juridical concepts encompass practices? How does the history of slavery and labor influence such categories? In other words, what can we learn from the juridical, historical record and (legal) historiographies in approaching modern slavery? These questions are not new. They are deeply rooted in the history of conquest and colonization of the first global empires in the late medieval and early modern periods. When we asked ourselves these questions at the Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, we proposed collaborative research that addressed our inquiries from legal and historical perspectives. For over two years, David Rex Galindo had been a research fellow at Thomas Duve's department in the Institute, and so we created a Partner Group between the Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory in Frankfurt am Main and the Universidad Adolfo Ibáñez in Santiago de Chile.

This *Focus* dossier results from research conducted under the umbrella of this Partner Group. We sought to study various institutions and forms developed to extract Indigenous labor in frontier territories of the Hispanic world from the late medieval period until 1898, when Spain lost its last American and Asian colonies. In the Hispanic

5 Nations abolished slavery throughout the 19th and 20th centuries. From an international standpoint, the League of Nations in 1926 – and the United Nations in 1956, by ratifying the Slavery Convention and its amended version – defined modern slavery and other forms of human exploitation and human trafficking. Efforts have, however, been uneven and dependent on each nation and national legal systems to suppress such calamities. See note 3 for basic literature.

6 »S.Res.21 – A resolution supporting the observation of National Trafficking and Modern Slavery Prevention Month during the period beginning on January 1, 2023, and ending on February 1, 2023, to raise awareness of, and opposition to, human trafficking and modern slavery«, 1 February 2023, https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-resolution/21 (accessed 20 February 2023).

7 https://piaui.folha.uol.com.br/formiga-na-comida-e-dedos-cortados-um-relato-sobre-o-trabalho-analogo-escravidao-nos-arrozais-do-sul-do-brasil/ (accessed 10 April 2023). I thank Luisa Coutinho for this reference.

8 A good summary of the problems scholars, human rights activists, and legislators face with the terminology in this context is Allain (2015).

9 Slavery is commonly associated with the enslavement of Africans and peoples of African descent. Scholars have also worked on »the other slavery«, namely the enslavement of Indigenous peoples in the Americas during the colonial period. See the recent study by Reséndez (2016). See also Gallay (2002) and Brooks (2002).

10 See, for instance, Allain (ed.) (2012).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

world, labor relations and the human exploitation of Indigenous peoples took many forms: slavery, *encomienda* (assigned labor or tribute from a group of Indigenous people to a conquistador), *mita* (an Inca term to define a system of mandatory and rotative labor to public works for a certain time), *repartimiento* (also a mandatory public service of community members for a defined period of time), *servicio personal* (personal servitude to an individual), and *peonaje por deuda* (debt peonage), to cite a few. We view the Partner Group as an opportunity to integrate research on the legal and ecclesiastical underpinnings behind the creation and development of Indigenous-Spanish labor relations locally with global legal approaches where nuances, differences, and similarities of Indigenous exploitation emerge.

Taking as basis several legal and ecclesiastical cases, the articles in this *Focus* pursue a normative, ecclesiastical, and social approach to the colonial exploitation of Indigenous peoples in remote regions with a weaker presence of colonial institutions. A study of the various systems of labor extraction and exploitation established by the Spaniards in frontier territories showcases institutional elasticity and the power of local agents in shaping the relationships between the invaded and the invaders. The specific terms listed above, which describe various practices of Indigenous labor and tribute collection in Spanish America, reflect the legal and practical malleability of Indigenous-Spanish relations. Scholars agree on the pivotal role of various institutions in constructing a colonial regime of domination and extraction. However, we believe that it was particularly in peripheral territories that tensions between royal and ecclesiastical authorities and local actors regarding Indigenous exploitation manifested and endured. In an unexpected way, these systems of abuse, the processes behind their establishment, their adaptabilities to local realities, and the ensuing juridical and moral disputes precede current debates over modern slavery.[11]

Our intention was to study coerced labor relations and regulations that expand the complexities of working practices beyond bipolar approaches to slavery and freedom. A closer look at labor relations in the Hispanic world shows the plethora of systems that thrived in four centuries of Spanish colonial rule in America and the Philippines. Indigenous slavery was abolished in all its forms in 1542 and, after reintroducing the enslavement of Caribbeans (1569), Mindanaos (1570), and Mapuches (1608), again in 1679; however, locals involved in human exploitation tried to hide slavery-like practices under new labor relations.[12] The articles in this Focus follow the Max Planck Institute's deliberate deviation from the traditional approach to the codified law of 19th-century legal European historiographies by connecting discourses, rules, practices, and norms of colonial labor to the broader panorama of asymmetrical dependency relations. For instance, discourses of religious, phenotypical, and ethnic distinctiveness of Filipinos, Canary Islanders, and American Indigenous peoples created relations of subordination and exclusion that conform to forms of asymmetric dependency. The restriction of rights and obligations of these groups within the larger colonial societies, such as their involvement in exclusive, coercive labor practices and discourses, exemplify the existence of dependent relations.[13]

To understand the legal underpinnings of labor relations in the Hispanic world, we look beyond the laws that emanate from the centers of power. We scrutinize the various levels of normative praxis in multi-ethnic and multi-cultural frontiers. Colonial subjects conducted their lives and interacted

11 We are following in the footsteps of legal historian Silvio Zavala, who set the course for future scholars of legal and institutional history of the *encomienda* system from a hemispheric perspective, in an exceptional tour-de-force: Zavala (1993 [1935]); idem (2006 [1935]); idem (1978–1980); idem (1984–1995). See also his edition of primary sources: Zavala / Costelo (1939–1946). For a recent study of Chile, with a historiographical introduction, see Contreras Cruces (2017). For New Mexico, Gutiérrez (1991) and Brooks (2002). For the Philippines, Hidalgo Nuchera (1995).

12 The 1542 New Laws of the Indies, issued under Carlos V, banned Indigenous slavery in all its forms throughout the Spanish empire. Resistance to the laws proved strong in distant territories such as Chile and the Philippines, where Indigenous slavery was re-introduced until it was finally banned for good in the Royal Decree of 1674, which took effect in 1679. For Chile, see Constanza López Lamerain's essay; for the Philippines, see Carolina Hiribarren's article, both in this *Focus* dossier. Andrés Reséndez referred to the various forms of Indigenous exploitation on the frontiers of the Spanish empire, particularly in northern New Spain, as »the other slavery«: Reséndez (2016).

13 Duve (2022a, 2022b).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

with each other within pre-Hispanic legal traditions, Castilian *ius commune*, moral and customary norms, and new locally or regionally emerging normativities. In such multi-normative orders, actors seeking justice relied on juridical practices that classified and assessed various situations and cases through layers of normative regulations and situational specificities. They furthermore looked at precedent (in the form of casuistry) and set jurisprudence. Local realities also shaped the normative order that regulated the daily lives of a specific territory.[14]

This dossier studies the juridical, religious, and institutional histories behind extracting Indigenous labor and tributes in the Spanish empire. Our goal has been to examine laws, royal decrees, and juridical and ecclesiastical cases related to Indigenous labor on the frontiers of the Spanish empire to showcase how local socioeconomic realities drove royal policies to regulate labor relationships between Indigenous communities and Hispanic colonists. We go beyond local and national (legal) historiographies to focus on four geographical areas and to expand the traditional temporal framework: 15th- and 16th-century Granada and Canary Islands, 17th-century Chile, 17th- and 18th-century northern New Spain, and 19th-century Philippines – all frontier territories where local realities of contact between independent local peoples and European and ethnically-mixed settlers shaped colonial institutions. From this broader perspective, we want to point out that there were no uniform policies but rather practical responses that reflected the diversity of the empire and the versatility of legislators and theorists.[15]

The dossier consists of four articles, beginning with an analysis of the forms of labor relations in the early Castilian expansion over Granada and the Canary Islands before moving on to case studies of 17th-century Chile, 17th- and 18th-century northern New Spain, and 19th-century Philippines. In the first essay, Mirko Suzarte Škarica scrutinizes the nuanced differences between captivity and slavery of Christians, Muslims and Canary Islanders on the Castilian-Granada frontier and the Canary Islands in the 15th and 16th centuries. He shows the translation of captivity and enslaving practices in southern Spain to the Atlantic world via the Canary Islands and exposes the legal and practical blurred lines between slavery and captivity. Constanza López reviews ecclesiastic opinions on Indigenous slavery on the Hispanic-Mapuche frontier in southern Chile. The study of these opinions and their influence in the Spanish court show the flow of ideas, people, and writings to achieve the goal of legalizing slavery on the Hispanic-Mapuche frontier, which happened with the Royal Decree of 1608.

Two articles address the coerced labor of Indigenous peoples in northern New Spain and the Philippines. David Rex Galindo focuses on various forms of Indigenous labor relations on the New Mexico and California frontiers in northern New Spain. Rex Galindo explores some conceptual and etymological features of slavery forms in the Western worlds. By studying local working regimes in 17th century New Mexico, particularly the exploitation of Apache peoples, and in late colonial Spanish Alta California, he further exposes the difficulties of offering satisfactory definitions of slavery. Finally, Carolina Hiribarren addresses the practice of debt peonage in the Philippines during the 19th century. Her article shows that this institution took many coercive forms that challenge the free / slave labor dichotomy. The different working practices attached to debt peonage provoked varied situations with debtors, ranging from excessive interests to quasi-slavery conditions.

The Spanish empire thrived with the gains obtained from Indigenous labor from the late 15th through the late 19th centuries. We believe that our look at different modes of labor relations on the frontiers of empire reveals the plethora of Indigenous labor systems that colonial historiographies have submitted to in-depth analyses, as well as the levels of coercion within freedom and unfreedom. We wanted to present in a single dossier the diverse forms of Indigenous labor in various frontier settings that span from the Castilian-Granada frontier to the Canary Islands, Chile, New Spain, and the Philippines. While compulsion and abuse certainly depict many of the rela-

14 Duve (2022a) and the essays in Duve / Danwerth (eds.) (2020).

15 For medieval Spain, see for instance Guichard (1990); González Jiménez (ed.) (2000); Rojas Donat (2002).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

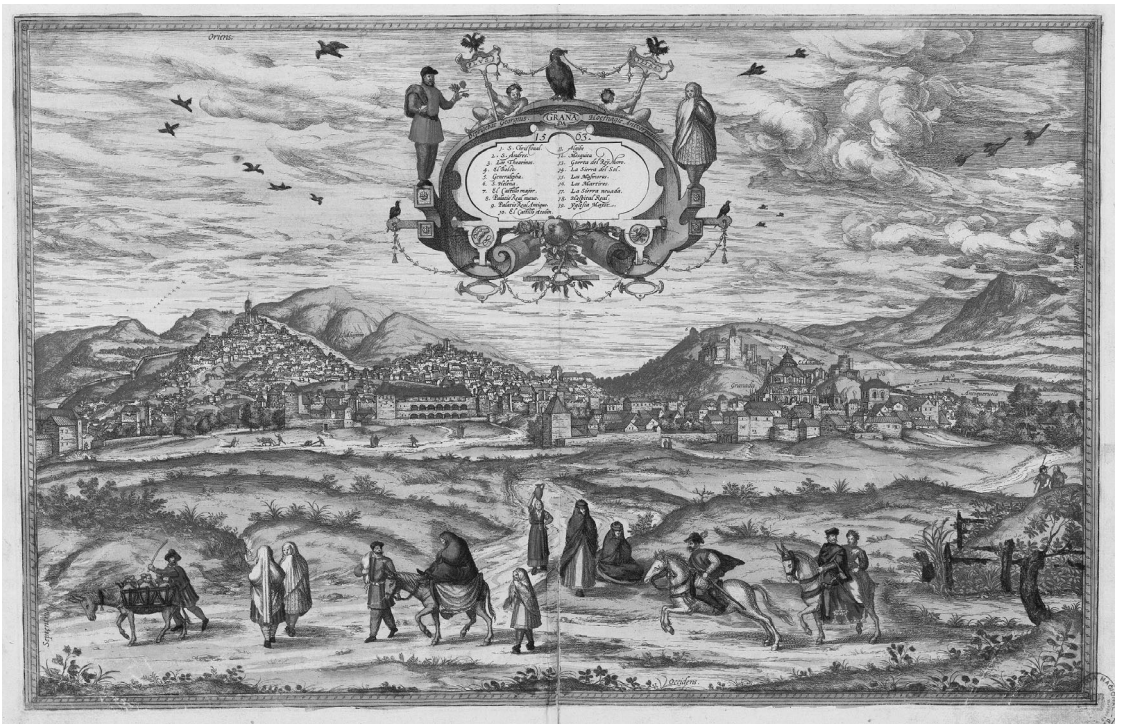
tions between Indigenous peoples and colonial settlers – Indigenous slavery being the most execrable of such relations – the distinctive character of each case study attests for the nuances of labor relations. We hope to have shown that a look at labor relations on the frontiers of the Hispanic world illustrates the tensions of equating compulsion within labor practices to slavery-like systems while exposing the plurality of labor systems in Spanish America and the Philippines. The work presented in these contributions will hopefully continue the discussion on what constitutes a slavery-like system of labor in the early modern period.

■

Bibliography

- Allain, Jean (2015), The International Legal Regime of Slavery and Human Exploitation and its Obfuscation by the Term of Art: ›Slavery-like Practice‹, in: idem (ed.), The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation, Leiden, 159–193
- Allain, Jean (ed.) (2012), The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary, Oxford
- Brooks, James F. (2002), Captives and Cousins: Slavery, Kinship, and Community in the Southwest Borderlands, Chapel Hill (NC)
- Contreras Cruces, Hugo (2017), Oro, tierras e indios: Encomienda y servicio personal entre las comunidades indígenas de Chile Central, 1541–1580, Santiago de Chile
- Duve, Thomas (2022a), Legal History as an Observation of Historical Regimes of Normativity, Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory Research Paper Series No. 2022-17, https://ssrn.com/abstract=4229345 (accessed 20 February 2023)
- Duve, Thomas (2022b), Theorie und Methode der Analyse asymmetrischer Formen von Abhängigkeit: Eine (global)rechtshistorische Perspektive, Working Paper 5, Bonn Center for Dependency and Slavery Studies, https://www.dependency.uni-bonn.de/images/pdf-files/working-papers/wp5-duve.pdf (accessed 20 February 2023)
- Duve, Thomas, Otto Danwerth (eds.) (2020), Knowledge of the *Pragmatici*: Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America, Leiden
- Gallay, Alan (2002), The Indian Slave Trade: The Rise of the English Empire in the American South, 1670–1717, New Haven (CT) / London
- González Jiménez, Manuel (ed.) (2000), Sevilla 1248: Congreso Internacional Conmemorativo del 750 Aniversario de la Conquista de la Ciudad de Sevilla por Fernando III, Rey de Castilla y León, Sevilla, Real Alcázar, 23–27 de noviembre de 1998, Madrid
- Guichard, Pierre (1990), De al-Andalus a la sociedad feudal: los repartimientos bajomedievales, Barcelona
- Gutiérrez, Ramón A. (1991), When Jesus Came, the Corn Mothers Went Away: Marriage, Sexuality, and Power in New Mexico, 1500–1846, Stanford (CA)
- Hidalgo Nuchera, Patricio (1995), Encomienda, tributo y trabajo en Filipinas (1570–1608), Madrid
- League of Nations (1926), Slavery Convention Signed at Geneva on 25 September 1926, https://www.ohchr.org/sites/default/files/slavery.pdf (accessed 22 June 2023)
- Reséndez, Andrés (2016), The Other Slavery: The Uncovered Story of Indian Enslavement in America, Boston (MA) / New York
- Rojas Donat, Luis (2002), España y Portugal ante los otros: derecho, religión y política en el descubrimiento medieval de América, Talcahuano
- United Nations (1956), Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery. Adopted by a Conference of Plenipotentiaries convened by Economic and Social Council resolution 608 (XXI) of 30 April 1956 and done at Geneva on 7 September 1956. Entry into force: 30 April 1957, in accordance with article 13, https://www.ohchr.org/sites/default/files/slaverytrade.pdf (accessed 22 June 2023)
- Zavala, Silvio (1978–1980), El servicio personal de los indios en Perú, 3 vols., México
- Zavala, Silvio (1984–1995), El servicio personal de los indios en la Nueva España, 7 vols., México
- Zavala, Silvio (1993 [1935]), La encomienda Indiana, 3rd edn., México
- Zavala, Silvio (2006 [1935]), Las instituciones jurídicas en la Conquista de América, 4th edn., México
- Zavala, Silvio, María Costelo (1939–1946), Fuentes para la historia del trabajo en la Nueva España (1575–1805), 8 vols., México

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH



Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Mirko Suzarte Škarica

Slaves and Captives Between Castile, Granada, and the Canary Islands: Frontier and Judicial Dynamics in the 15th and 16th Centuries*

I. Introduction

This article seeks to reconsider the frontier as a space that reproduces slavery practices. In this sense, we will analyze two frontier spaces in late medieval Castile: the southern Iberian Peninsula along the Castilian-Granadan frontier, and the Canary Islands, located off the African coast in the Atlantic Ocean. The peripheral characteristics of both these spaces informed the patterns of human dependency that developed in these territories, which were administered by the Spanish Crown during the 15th and 16th centuries. Here we can see forms of slavery and captivity that will later be observed in some American frontier dynamics and in places even more distant from Europe, such as the Philippines. Furthermore, mainstream historiography has not approached slavery and captivity comparatively but rather as processes framed within the Christian-Muslim relations of the Late Middle Ages and the ›Reconquista‹ or as part of Spanish overseas expansion.

The 15th and 16th centuries were chosen as the time frame for this study because this period witnessed the consolidation of fundamental institutions and practices that were born at the end of the medieval period. As Atlantic expansion was launched by the Castilian settlement in the Canary archipelago and later by the discovery of the West Indies in 1492, peninsular dynamics were exported to new territories, changing mentalities and notions that up to that point had ruled perceptions and attitudes towards slavery and captivity.

However, this article does not attempt to examine the whole spectrum of experiences lived in southern Castile and the Canary Islands, which is the subject of an abundant bibliography. The objective here is to study these two geographical spaces because, although both have been analyzed extensively on their own, few works compare the practices of slavery and captivity developed in these territories from a frontier perspective. This article also seeks to unveil possible parallels that could be established with the relationship between Spaniards and Indigenous subjects on the peripheries of the Indies.

Regarding local normative structures, Víctor Tau Anzoátegui has explained that, prior to the 19th century, provincial and local laws were far from comprehensive and exclusive. On the contrary, they were open to laws and customs from other places and spheres of power.[1] In this sense, the mentality and legal practices developed in the Indies took into account the particularities of their surroundings, but they were also based on previous experiences and tendencies propagated by Hispanic imperial networks. As Silvio Zavala has shown, the Indigenous policy in America and the controversies over the freedom of natives were preceded by scholarly disquisitions regarding the inhabitants of the Canaries but also »by ideas on the relations between Christianity and infidels«,

* This article is part of the Max Planck Partner Group »Towards a renewed legal history of indigenous labor and tribute extraction in the Spanish Empire«, led by Thomas Duve from the Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory and David Rex Galindo from the Universidad Adolfo Ibáñez (Chile). – I thank David Rex for his valuable experience and enthusiasm, and Constanza López and Carolina Hiribarren for their comments and suggestions. I am also grateful to Manuel Bastias, Ignacio Chuecas and Renzo Honores for comments and suggestions on an earlier draft at a workshop under the auspices of the Partner Group, and to Thomas Rothe for translating an earlier version of this paper. All quotes are his translation. I also owe a debt of gratitude to José María Martín Humanes for his selfless and unceasing support of this work. I particularly thank Thomas Duve, Luisa Coutinho, José Luis Egío, Rômulo da Silva Ehalt, and Raquel Sirotti for their comments and suggestions at the final online workshop with the Max Planck Institute. Finally, I wish to express my appreciation of the courteous attention and generous guidance provided by the staff at the General Archive of Simancas (AGS) and the Archive of the Royal Chancellery of Granada (ARCHGR).

1 Tau Anzoátegui (2015) 241.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

based on the principles of *ius commune*, scholasticism, and the contributions of Thomism, which recognized the natural rights of non-Christians.[2] Many of these ideas have been discussed in studies examining Isabella of Castile's Indigenous policy in America, based primarily on the codicil of her will, which insisted on the recognition of the Indigenous peoples of the Indies and the Canary Islands as subjects of the Spanish Crown.[3]

While some studies have compared processes of expansion developed on both sides of the Atlantic, they have mainly focused on the commercial aspects of human trafficking or on the common characteristics between the settlement structures created for the Peninsular Reconquista, the Canary Islands, and America.[4] However, works that compare slavery practices in the Iberian Peninsula's periphery with those of the Canary Islands – or indeed as a set of three contexts, if the treatment of Indigenous peoples on the frontiers of the Spanish Empire in the Americas is also included – have not been found for this research.

Therefore, the purpose of this article is twofold. On the one hand, it serves as a chronological introduction to the topics covered by the other articles in this *Focus* on peripheral slavery practices of the Spanish Empire in subsequent centuries. On the other hand, it seeks to account for certain notions that were common, or at least similar, in the Canary Islands and on the frontier that existed between the Spanish and Muslim worlds on the Peninsula, thus facilitating a comparative study of slavery or captivity in these spaces. With this in mind, I have reviewed legal and judicial documents that illustrate human trafficking of non-Christians between Castile, the Canary archipelago, and Granada between the 15th and 16th centuries.

The article begins with an outline of the historiography on slavery in the Iberian Peninsula and its various aspects.[5] The following section focuses on the notion of *frontier* and the circumstances that characterize this space in the prelude to overseas expansion toward the Indies, but especially the similarities and differences detected between the Granada frontier and the Canary archipelago between the 15th and 16th centuries. Finally, the last section discusses the forms of slavery derived from captivity, the practices of depredation and violence between Christians and non-Christians along the frontier, and several legal dynamics that emerged in these contexts.

Consequently, this article aims to demonstrate that the frontier zones between Castile and Granada, and between the Peninsular kingdom and the Canary Islands were spaces that articulated slavery and captivity practices as a result of the different encounters that took place there. It also seeks to explore the extent of the interconnection between these areas. Following Diego Olstein's ideas, it is a question of connecting units that are usually approached separately in order to underscore the ties at play between them.[6] In this sense, we can establish connections between the peripheral realities of the Iberian Peninsula during the Late Middle Ages and the dawn of the modern age, but also with those that would later emerge on the margins of the Spanish Empire as local realities with global, or at least imperial, significance.

II. Historiography of Slavery and Captivity in Castile

1. *Slavery and Servitude*

Even when we limit ourselves to analyzing the Iberian Peninsula, studying slavery is not a simple exercise. In addition to the challenges posed by the long period during which it existed and developed, its wide geographical span, and the variety of thematic fields or historiographical perspectives from which it has been studied, slavery is also an issue that involves a variety of nomenclatures.

2 Zavala (2006) 260–261.

3 Suárez Fernández (1992) 87–88.

4 For example, a compilation of articles by Vicenta Cortés entitled *Esclavos y libertos en los mundos ibéricos* (›Slaves and Freedmen in the Iberian Worlds‹; Cortés Alonso [2011]), addresses the slave market that crossed the ocean from the 15th century onwards, connecting Iberia, Africa, and America. John Kicza (1992) draws a parallel between the expansive mechanisms used by Castile in the early years of maritime domination and those employed later in the Castilian settlements in the Caribbean.

5 For example, the dynamics of the slave market, its demography, the various jobs to which enslaved people were subjected, social segregation, the causes that gave rise to servitude and captivity, and the treatments and punishments enslaved people had to endure.

6 Olstein (2015) 59.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Both people in the past and current historiography attempted to classify diverse concepts and to distinguish different practices related to slavery, occasionally diluting its margins and thus obstructing its analysis. For example, the Castilian *Siete Partidas* established similarities between slavery *(esclavitud)* and servitude *(servidumbre)* by defining the latter as someone's complete power over the actions of another.[7] Jesús García Añoveros seems to agree, asserting that the two »are synonymous terms in the period we are referring to – at the time in which the Spanish discovered and controlled the West Indies in the name of the Crown of Castile and León«.[8]

However, approaching these terms and concepts historically is no simple task. Raúl González González, for example, refers to the »historiographical disaster« that has resulted from confusing slavery »with forms of dependency linked to land and jurisdiction […] that emerged in the 9th century and persisted for better or worse in different European regions as the cornerstone of the ›feudal regime‹ until liberalism became widespread«.[9] What González González is describing here is *serfdom*, which became the archetype of servitude during the Early Middle Ages.

For González González, servitude involves different forms of personal dependency, with a nomenclature that today could be misunderstood. On the other hand, Manuela Boatcă, in a thought-provoking study on peripheral labor regimes of modern capitalism, introduced concepts like *coloniality of labor* and *coerced labor* to refer to the intermediate states in which Indigenous work in America developed, insisting on the different levels of coercion that resulted in different forms of exploitation.[10] Thomas Duve has also studied the complexities of vocabulary when addressing forms of human dependency. For him, many cases of so-called *asymmetric dependencies* in history (self-regulation of communities, colonial labor) do not fit into the paradigm of the state or law, but do have a normative framework given by the practices and customs from which they originated.[11]

2. *Slavery and Captivity*

The distinction between *esclavos* (slaves), *siervos* (serfs), and other personal dependents must include the notion of *cautiverio* (captivity). This is a central concept in the study of slavery practices in the Iberian Middle Ages, defined in the Castilian *Siete Partidas* as the state of »those who are taken prisoner by men of other beliefs; and the captors kill the prisoners for disrespecting their law, or they torment them with extremely cruel punishments, or they turn them into servants *[siervos]*, forcing them into activities so despicable that they often prefer death over life«.[12]

Many works have studied slavery practices during the Spanish Late Middle Ages and the modern period, covering different perspectives and foci, whether spatial, temporal, or methodological.[13] For the purposes of this paper, it is interesting to consider Rocío Periáñez Gómez's concluding remarks on her analysis of the current state of research on slavery: »[W]e still have a long way to go, given that research has favored monographic treatment with either local or regional studies […], but we still lack comprehensive studies of the peninsular reality.«[14] Therefore, this article attempts to contribute in some way to the path outlined by Periáñez Gómez.

Like slavery, the practice of captivity along the Castile-Granada frontier has been extensively studied, with works covering different decades and thematic aspects. José Manuel Calderón Ortega and Francisco Javier Díaz González are the authors of an exhaustive study that examines the prisoner-captive dichotomy as an »overwhelming« phenomenon in medieval and modern Europe, with particular characteristics in each place,

7 Alfonso X, Partida IV, Title XXI, Law 6.
8 García Añoveros (2000) 57.
9 González González (2017) 162–163.
10 Boatcă (2014) 362, 370. Similarly, Andrés Reséndez (2016) has illustrated the conceptual forms that Indigenous forced labor took in America.
11 Duve (2022b).
12 Alfonso X, Partida II, Title XXIX, Law 1.
13 The historiography related to Hispanic slavery in the Middle Ages and modern period is extensive, covering countless aspects and different geographical spaces, and can of course not be adequately discussed within the limits of this paper. Periáñez Gómez (2008) offers a good panorama of research. The works of Domínguez Ortiz (2003), Cortés Alonso (1964), as well as the survey of current research and methodology published in Franco Silva (1979a, 1979b), were of extreme importance for this paper. Also helpful were William D. Phillips' critical reflections (e. g. in Phillips [2010, 2014]) that span notions of slavery from Roman times to Iberian modernity.
14 Periáñez Gómez (2008) 282.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

even reaching and affecting the distant Canary Islanders, Africans, and Indigenous peoples of the Hispanic world.[15]

Of the elements that characterize captivity, the *Siete Partidas*' definition highlights that slavery is *one* of the possible outcomes for a captive. Diego Melo Carrasco has also defined captives as »men that had lost their freedom at the hands of others of different beliefs, who could use them as servants«.[16] Calderón Ortega and Díaz González have argued that the critical element of the concept seems to have been that the captive's religion was different from the captor's,[17] as a consequence of the borderlands that separated Christians from Muslims in the southern part of the Peninsula.[18]

William D. Phillips, on the other hand, has instead defined captivity as a situation in which a victorious fleet or army captured a person in times of war or peace.[19] For the Castilian case, however, smaller groups of no more than one hundred people raided the frontier in search of captives.[20] Jarbel Rodríguez has shown in detail that, despite suffering many of the same degradations and abuses as slaves, captives had a reasonable expectation of achieving freedom, as some of them were subjects to ransoms.[21]

From the 15th century onwards, the Hispanic world also encountered the phenomenon of captivity in other contexts beyond hostilities involving neighbors of Islamic faith. Alfonso García-Gallo, commenting on the Castilian Crown's integration of insular African territories during the 15th century, has claimed that the Canary Islanders were perceived as backward pagans living in a situation similar to the Stone Age. It was thus proposed that they should be turned into captives for Europeans.[22] Víctor Muñoz Gómez has shown that, with the creation of the first Castilian overseas frontier on the Canary Islands, the contemporary ecclesiastical position, which informed the Catholic monarchy's decisions, justified the right of conquest over non-Christian and ›idolatrous‹ populations. If they refused the baptismal sacrament, they lost their freedom, possessions, and institutions.[23]

Without attempting an exhaustive analysis, Silvio Zavala's studies of early American history also show that captivity was widely practiced in the Iberian Peninsula during the medieval period. It then expanded to the Canary Islands, the African coasts, and, finally, with Columbus's discovery, to the Caribbean region, from which it continued to other American territories.[24]

We can see, therefore, that slavery and captivity are concepts that often overlapped in history and continue to do so in the historiography, despite several efforts to distinguish between the two.[25] However, the first aspect that appears in the analysis of this phenomenon is precisely the fact that it occurs in a frontier area that separates Christians from non-Christians and that, in the context of battles and campaigns to conquer one territory or another, or in times of peace, people could be captured and enslaved.[26] Similar circumstances can be observed in the Canary archipelago in the decades when it became a realm of the Castilian Crown. There, Castilians came face to face with different Indigenous populations. Some of these were willing to sign peace treaties, but others took up arms to defend their territories from invading troops. The outcome for the Canary Islanders who fought against the Spanish, as for the Granada Muslims, was slavery.[27]

15 Calderón Ortega / Díaz González (2012) 15.
16 Melo Carrasco (2011) 654.
17 Calderón Ortega / Díaz González (2012) 21 fn. 2: »In general, and following the classic differentiation established from the beginning, we will consider the *captive* as the prisoner who professes a religion different from his captor's. In contrast, the meaning of *prisoners* will be reserved for the captured enemies of the same religious creed.«
18 Diego Melo Carrasco (2012) 182 presents this idea as follows: »The result of predatory frontier activity is captivity: a phenomenon that was present both in moments of open war and in the stages of truce.«
19 Phillips (2014) 38.
20 Melo Carrasco (2019) 12.
21 Phillips (2014) 40.
22 García-Gallo (1987) 701.
23 Muñoz Gómez (2020) 115–116.
24 Zavala (2006) 546–547.
25 González Arévalo (2014) has reflected on the matter, supporting the possibility of a comparative approach to slavery and captivity as long as researchers apply a scrupulous methodological.
26 Diego Melo Carrasco (2012) 182 focuses on how to enter and leave captivity as a persistent element in the borderlands between Castile and Granada.
27 González Zalacain (2015) 123–124.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

III. The Frontier at the Brink of Castilian Overseas Expansion

The concept of *frontier* is fundamental for approaching and understanding the practices of slavery and captivity developed in peripheral Castilian spaces during a period in which the world's limits often changed.

Diego Melo explains that medieval actors saw frontiers as territories with diffuse boundaries. Some historians prefer to speak of ›borderlands‹, even evoking the Roman notion of *limes*,[28] which, because of its imperial characteristics, is relevant for this study. Specifically for the Castilian-Nazarí[29] case, Melo insists that the frontier was a wide strip of land, a space of transit »where, although people fought battles, they also exchanged products, fodder, and people over long periods of time«.[30] Thus, on the limits between the Christian and Muslim worlds, heterogeneous social groups coexisted: peasants, traders, and people who lived by plunder and pillage, in addition to aristocratic groups that did not necessarily participate in confrontations with their neighbors.[31]

The Canary Islands, by contrast, are located in the Atlantic Ocean. In Eduardo Aznar Vallejo's view, the Castilian Crown's 15th-century conquest of this archipelago can be understood as the first »exterior« colonization (»exterior« in the sense of occurring outside the Iberian Peninsula), which would thus imply different aspects.[32] The Canary Islands were incorporated into the Castilian kingdom during the 15th century by border treatises with Portugal that attempted to delimit the areas of the Atlantic each kingdom claimed control of.[33] These documents were signed both by European authorities and Indigenous groups from the archipelago, similar to the peace treaties signed between Christians and Muslims during the Peninsular Reconquista.

Regarding this issue, we must remember the Christian and universalist mission of medieval Castile.[34] Alejandro Cañeque, for example, has argued that the Spanish Crown's imperial logic functioned based on the medieval understanding of a monarchy with a Catholic, evangelizing, and universal mission,[35] which, therefore, was called upon to annex non-Christian territories and to promote their conversion. In the Canary Islands, we observe a peripheral space similar to that which also existed on the Christian-Muslim margins, and which resembled those that would later appear at the extremes of the overseas Empire on the other side of the Atlantic.[36]

The frontier is a dual and ambiguous concept of closure and aperture that allows reciprocal exchanges of cultural influence, a place where it is possible to identify common historical phenomena and particular institutions.[37] Sofía Marfil has asserted that the frontier as a historical object »emphatically constituted the central axis of medieval history in the Andalusian region since the 13th century until sometime after the conquest of Granada«.[38] On the other hand, Roberto González Zalacain has emphasized the position of the Canary Islands as cornerstones of the Atlantic overseas expansion, a preamble to »the first period of globalization«.[39]

28 Melo Carrasco (2020) 1–3.

29 The term *Nazarí* refers to the Nazarí Kingdom of Granada, which was the name of the Muslim state in the southern Iberian Peninsula.

30 Melo Carrasco (2020) 10.

31 Marfil (2015) 199.

32 Aznar Vallejo (1986) 195.

33 Luis Rojas Donat (2002) presents a lucid overview of Portuguese-Castilian relations in the lead-up to the Discovery of the Americas.

34 Rojas Donat (1994) 110–111: »The Luso-Castilian overseas expansion began, therefore, without any title other than that which the Christian princes claimed to have over the territories inhabited by infidels, considered by the *orbis christianus* as barbarians, without juridical personality, without rights of any kind, susceptible to domination and enslavement. Inhabitants of spaces alien to the known, inhabited, and the habitable world *(oikoumene)*, non-Christians were included within the category of infidels, traditionally known and hated by late medieval Europe […]. The Christian princes, and also the private ones, had no scruples to enslave Black Africans, and others such as the *huanches* of the Canary Islands.«

35 Cañeque (2013) 283.

36 Manuel Bastias Saavedra (2022) has recently published an interesting study regarding norms and empires. About the latter, he distinguishes between a metropolitan and a cosmopolitan notion of empire in order to explain power distribution within imperial states. The diverse situations in the peripheries that are mentioned in this article seem to demonstrate how the Spanish Empire grew into a cosmopolitan empire, which »highlights the internal diversity and fluidity of the imperial system and thus allows for a plural – but not for this reason less violent – articulation between the different regions, networks, and interests that composed the imperial space. The cosmopolitan and the metropolitan images, thus, share the idea of asymmetrical integration and the use of violence and force as means for political control« (ibid., 9–12).

37 Marfil (2015) 194–195.

38 Marfil (2015) 206.

39 González Zalacain (2015) 115.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Regarding the link between the Castile-Granada frontier and the overseas frontiers, González Zalacain has suggested there was a relationship between the *military factor* in the Peninsula and the *maritime factor* for the coastal settlements. The coastal settlements became »eternal frontier territories« and shared the perils derived from a peripheral situation, with harsh living conditions and constant fear of pirates coming from the northern African coast.[40] In the case of land frontiers, enemy incursions to take captives were a frequent occurrence until the Reconquista was completed in 1492. Later on, the threat of being taken captive moved to the maritime stage, where Christian and Muslim naval attacks were not unusual. In the Canary Islands, on the other hand, we could assert that both the military and maritime factors were at play: the first in the incursions against Indigenous groups that resisted Castilian domination of the archipelago and the second in the North African Muslim pirates' assaults on the island populations.[41]

To further delve into the connection between these frontiers, it seems appropriate to introduce the notion of *epistemic communities* and *communities of practice* which Thomas Duve has used to analyze the circulation of normative knowledge. According to Duve, communities with greater or lesser political and social structures have historically shared normative experiences, usually on the margins of society and neglected by the central administration. It could be argued, then, that frontier settlements such as those established on the Castilian-Granada frontier or the Canary Islands can be understood as communities of the kind Duve describes, in which the local and individual encounters between Castilians, natives, and non-Christians led to the formation of collective and decentralized normativities that responded to specific local needs.[42]

The economic dimension of these peripheral spaces also leads us to establish parallels between them, for the permeability of the Granada frontier and the Canarian archipelago facilitated exchange.[43] In this sense, we cannot ignore the commercial importance of human trafficking through slavery and captivity. In the Canary Islands case, since the 14th century, profitable sales of Indigenous captives in the markets of Seville and Lisbon were an essential incentive for continuing the process of territorial expansion.[44] In the opposite case, now regarding the Granada-Castilian frontier, Diego Melo has pointed out that between the 13th and 15th centuries, rescuing captives was an extremely profitable business, and even the Crown wanted to be involved when taxes were owed.[45]

Regarding this last point, the Archive of the Royal Chancellery of Granada holds several files on a number of civil lawsuits, dating to 1560, in which royal assistance with ransoms to rescue captives held in Algiers was requested. Those to be ransomed were Christians whom Muslims had captured in maritime attacks or incursions on settlements close to the Castilian coastline and later taken to northern Africa. One example is the petition that Francisco González, a resident of Albolote, sent to the king, who responded with the following:

> [W]e have been informed that Francisco González, your son, was captured in the campaign led by the count of Alcaudete, now dead […], during last year, fifteen fifty-eight, and that he is currently in Barbary, and pleading and requesting by mercy that, taking into consideration the aforementioned and that you are poor and do not have means to rescue him, that in order to do so we should display mercy and provide alms […].[46]

Cases like this show the economic dimension of captivity as a human trafficking activity that moved large sums of money. This is also revealed in another lawsuit from 1599 between Juan García Chacón, a citizen of Malaga, and the convent of

40 González Zalacain (2015) 126.
41 Eduardo Aznar Vallejo (2011) 39 and Roberto González Zalacain (2015) 122 also recognize the existence of common characteristics between the frontier societies of the Atlantic world and the Reconquista Peninsula.
42 Duve (2022a) 22–23.
43 On commerce on the Granada frontier, including its trade centers, spaces, and privileges, see Jiménez-Alcázar's interesting article (2014).
44 Muñoz Gómez (2020) 111–112.
45 Melo Carrasco (2019) 13.
46 ARCHGR/01RACH/Box No. 2236, piece no. 8.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Merced over the fate of several goods left by Gregorio Chacón. The religious institution claimed that these goods were not part of the inheritance but had been destined for ransoming captives.[47]

These kinds of situations, as well as the disputes over the captives in Algiers, enable us to envision the frontier as a fundamental element in the articulation of slavery dynamics in the Hispanic world between the 15th and 16th centuries, with violent and abusive interactions that characterized life in every part of these territories.

IV. Slavery and Captivity as a Frontier Phenomenon in Granada and the Canary Islands

1. *Depredation and Violence on the Frontiers*

In one of the few studies that establish connections between Granada, the Canary Islands, and America, Antonio Espino López reflects on the horrifying practices the conquistadors undertook in each of the processes of expansion in the Late Middle Ages and early modern period. Although he mentions the Spanish incursions in the Canary archipelago and across the Castile-Granada frontier, and the subsequent captivity of Canaries and Muslim populations, he focuses on the punishment and torture applied by Christian armies as a strategy of domination, as recorded by different chronicles. His study establishes common traits and identifies shared practices of depredation and abuse that were transferred between these three spaces.[48]

Manuel Rodríguez de la Peña has also concluded that the population inhabiting the medieval West's frontiers was involved in a continuous spiral of violence: »Non-combatants and their properties, movable and immovable, were the target of indiscriminate attacks that generally aimed at looting and acquiring booty, in many cases human.«[49] On the Granada frontier, violence could take the form of battles, but according to Diego Melo, these were the exception. The most common practice was related to the so-called *guerreada* war, conducted through skirmishes and raids aimed at robbing livestock and capturing enemies.[50]

Such campaigns were common in both the Canary Islands and the Nazarí frontier. Eduardo Aznar has described the aforementioned situation when referring to the Canary Islands' »export products«, including slaves, »initially originating from conquest and later from the ›raids‹ on rebellious islands«.[51] García-Gallo has discussed the *salteo* or hunt of the Canary Islands' Indigenous peoples, with the ultimate aim of selling them on slave markets.[52] Regarding the Nazarí frontier, on the other hand, horseback raids, robberies, captivity, deaths, and setting fire to crops were quite common in the 13th and 14th centuries.[53] Elvira Melián has further discussed rescue operations carried out to free those captured.[54]

Civil lawsuits help us to determine the geographical space covered by the frontier as they reveal how far Castilians could penetrate into enemy territories in their search for war booty. By the 1530s, for example, when the Reconquista of the Iberian Peninsula had been achieved and the Christian-Muslim frontier had consequently become maritime, there was a law suit between Fadrique Enriquez de Cabrera, Lieutenant Major of Castile and Granada, and the Justice of the City of Malaga over the *quinto* tax charge on Muslim prisoners taken captive during horse raids into Berber territory.[55] These contentious trials could last over a decade, as we can observe in another lawsuit between Fadrique Enriquez de Cabrera and two residents of Malaga and owners of brigantines, Hernán Lorenzo and Pedro de Burgos, over a tax charge.[56] The files for this case start in 1533 and continue until 1546. In both these law suits, the judicial documentation illustrates the frontier geography in which the phenomenon of captivity and activities such as horseback raids became commonplace for local populations.

In his 1632 *Historia de la Conquista de las Siete Islas de Gran Canaria* (History of the Conquest of the Seven Islands of the Gran Canaria), Fray Juan de Abreu recorded events in the archipelago with similar characteristics to those observed in Gra-

47 ARCHGR/01RACH/Box No. 14602, piece no. 1.
48 Espino López (2012).
49 Rodríguez de la Peña (2009) 31.
50 Melo Carrasco (2019) 11–12.
51 Aznar Vallejo (1986) 215.
52 García-Gallo (1987) 702–703.
53 González Jiménez (1993) 111. Also Melo Carrasco (2012).
54 Melián (2011) 35–36.
55 ARCHGR/01RACH/Box No. 629, piece no. 1.
56 ARCHGR/01RACH/Box No. 5324, piece no. 2.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

nada. He wrote that vassals from El Hierro used to invade La Palma to rob cattle (driven by the prospects of quickly obtaining leather and tallow) and capture *palmeros*.[57] Similar situations are described in the *Crónicas de la Conquista de Canarias* (Chronicles of the Conquest of the Canaries), written between the 15th and 16th centuries and recently transcribed by Professor Francisco Morales Padrón.[58] These works illustrate similar situations as those happening along the Christian-Muslim frontier on the Iberian Peninsula, where the assault on non-Christian territories had clear economic, predatory, and violent motives.

Fray Juan de Abreu also described the assault on the Tigalate area of La Palma around the middle of the 15th century. After the unsuccessful attempt to capture Ehentire, one of the island's lords, the Castilians sailed to the Juguiro and Garebagua estates, where they apprehended a *palmero* man and woman.[59] The attempted seizure of Ehentire suggests that the capture of Indigenous Canary Islanders changed little over time. For example, we know that a Canarian king traveled to the court of the Catholic Kings at the end of the 15th century to report on unjust enslavement. This led the Castilian Crown to initiate a series of mechanisms to protect the Indigenous Canarians of the archipelago from human trafficking practices.[60] In this case, we can observe a difference between the Castilian attitude towards the inhabitants of the archipelago (at least in the Crown's official discourse and intentions) and its treatment of Muslims. The Crown's attitude toward the European treatment of Canarians is occasionally mentioned in various studies on the archipelago's conquest,[61] usually in the form of comments on papal bulls that dictated the freedom of converted Indigenous Canarians and called on the kings to protect them.[62] It is also discussed in research on the islands' administrative and tributary history.[63]

Royal intervention in the freedom of captive Canarians can be examined from contemporary sources, although these also reveal tensions between Castilians and Indigenous peoples on the different islands of the archipelago. An example of this is a document from 1499 in which a Canarian named Juan Manuel expresses his distrust of certain persons who, in order to hold positions of power, had no problem with enslaving groups of Indigenous, despite them being recognized by the Crown as vassals.[64] The previous year, in 1498, a document from the Castilian monarchs, sent from the Royal Chancellery of Valladolid, instructed the governor of Gran Canaria to force Alonso de Lugo to release Canarians whom he had enslaved during a period of peace between the two sides.[65] Peace treaties between Castilians and Canarians were not rare events in the process of the Crown's annexation of the archipelago. In several cases, Canarians who converted to Christianity became vassals of the Spanish Crown and assisted in its campaigns against those who resisted the European presence.

Depredation was also a practice on the periphery of the Indies. Macarena Sánchez, for example, has written about the *malones* or *malocas* that took place on the Hispanic-Mapuche frontier on the edges of the Chilean governance, consisting of quick surprise attacks of a contingent of soldiers against an enemy group, such as the Mapuche, »with the objective of obtaining livestock, provisions, and prisoners, especially women and children«.[66]

2. *Slavery Practices*

Slavery as a result of war or captivity was a common phenomenon transcending the spaces and periods covered in this article. A consequence of Castilian assaults and raids in frontier regions was the capture of non-Christians, who were subsequently enslaved. Captivity in the Granada frontier is described by Sofía Marfil as a war practice that then became a business following the patterns of human trafficking.[67] Eduardo Aznar has also

57 Abreu (1940) 203.
58 Morales Padrón (2018).
59 Abreu (1940) 203–204.
60 Gambín García (2003).
61 Most historians describe the process of discovery and settlement on the islands, the mechanisms of legitimation, and the diplomatic conflicts that arose. See García de Gabiola (2019); García-Gallo (1977). There is also an emphasis on the commercial practices developed on the islands in connection with the American continent: Lobo Cabrera (1992); Paz (2006–2007).
62 Rojas Donat (1994); García-Gallo (1977); Berquist (2017).
63 Aznar Vallejo (2018).
64 AGS, RGS, LEG, 149909, 494.
65 AGS, RGS, LEG, 149812, 305.
66 Sánchez Pérez (2014) 14 fn 3.
67 Marfil (2015) 201.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

discussed the »Atlantic products« that attracted the attention of the Andalusian market, including slaves from the Canary Islands obtained from raids.[68] For example, the Catholic Monarchs issued a decree in 1500 that ordered a search for the deposed King Icod from the island of Tenerife. Though Icod had the status of a free man, the Crown was subsequently informed that he had indeed been captured by Spaniards on the island.[69] Another royal document from 1500 orders the release of certain Gomerans protected by peace accords who had been taken as slaves and deported to Jerez de la Frontera.[70] As already mentioned above, peace treaties or truces between Castilians and Canarians were instruments meant to preserve the converted populations of the islands; however, in several cases, this protection escaped the Crown's control, making it easier to transfer and sell Canarians in Peninsular markets.

The Royal Chancellery of Granada preserves archival sources on enslaved Muslims that date back to the last third of the 16th century. On the one hand, these sources include letters of sale, such as that of a Moorish woman named Isabel, born in Otura, to Pedro de Bordas in 1570.[71] On the other, we find documents relating to lawsuits in which enslaved Muslims fought for their own or their relatives' freedom. María de la Cruz, for example, another Muslim woman from the kingdom of Granada, participated in a lawsuit over her own and her daughter's freedom between 1587 and 1589.[72] María de Alcalá and Francisca de Aliquen were other Moors reduced to slavery who appear in the archives,[73] reflecting the frontier reality of the Iberian Peninsula. This highlights the fact that the slave population in the Castilian world was not only made up of Africans or Indigenous people brought from the Canary Islands, but also of Muslims captured in northern Africa or in the Iberian Peninsula in revolts against the Spanish.

Captivity in the Iberian Peninsula was essential to the economy, as Raúl González Arévalo has written concerning the slave market supplied by the conflict with the Kingdom of Granada: »The Moorish war and the slavery of Muslims defined slavery in Castile in the 14th and early 15th centuries.«[74] Furthermore, although the *Siete Partidas* included slavery as only one of the possible consequences of captivity, Calderón Ortega and Díaz González remind us that it was the traditional fate that awaited defeated enemies whose lives were spared.[75] It was the most common destiny for Christians and Muslims on either side of the Castilian-Granada frontier, but also for pagans, such as the Canary Islanders and the Black population of the African coast.[76]

According to specific articles in the *Siete Partidas*, war slavery could even affect Christians if they had helped religious enemies, such as the Moors, by selling weapons or ships, or by providing them with other types of reinforcement.[77] Converted Muslims who abandoned Christianity were also punished. In an undated (but likely 16th-century) document, the king received news that »some Moors who converted again to our holy Catholic faith […] went further into Africa to become Muslims«. Judicial officials then took matters into their own hands, and, in the absence of the individuals concerned, seized and sold their goods to help finance efforts to »fence the village of Motril«.[78]

Whereas Muslims were automatically categorized as »infidels« by the Christians, this was not the case for Canary Islanders. As Emily Berquist has explained, similarly to what later happened to Native Americans, the islanders' status developed over time from »infidels» to »gentiles«, before they were finally recognized as vassals. The Crown took advantage of this situation, withdrawing its protection from those Canarians who refused to con-

68 Aznar Vallejo (2011) 48. Vicenta Cortés (1955) and Alfonso Franco Silva (1991) have also studied the presence of the Canarian slave in peninsular markets.
69 AGS, RGS, LEG, 15012, 20.
70 AGS, RGS, LEG, 15010, 47.
71 ARCHGR/01RACH/Box no. 10933, piece no. 11.
72 ARCHGR/01RACH/Box no. 12001, piece no. 1.
73 ARCHGR/01RACH/Box no. 12001, piece no. 2, and ARCHGR/01RACH/Box no. 3019, piece no. 10, respectively.
74 González Arévalo (2019) 18. In this sense Calderón Ortega / Díaz González (2012) 124: »The sale constitutes one of the most evident manifestations of the enslavement of prisoners, by highlighting the true scope of this activity and how on many occasions, the real engine of campaigns against the religious enemy was not religious zeal but, fundamentally, the obtaining of captives for sale in slave markets when they had no means to rescue themselves.«
75 Calderón Ortega / Díaz González (2012) 119.
76 Calderón Ortega / Díaz González (2012) 124.
77 Alfonso X, Las Siete Partidas, Part IV, Title XXI, Law 4.
78 AGS, GYM, LEG, 1323, no. 402.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

vert to Christianity, leaving them at risk of being killed or enslaved.[79] As Silvio Zavala has pointed out, the Castilian monarchy seemed to see the Canary Islands as »an enterprise similar to the one that occupied them in Spain against the Moors.«[80] A 1490 litigation case in the Royal Chancellery of Granada illustrates the concept of Indigenous peoples enslaved in a just war, the legitimacy of which was not questioned at the time. The Royal Council of Castile and the Bishop of the Canary Islands mandated the release of a group of Canarians who had been acquired as slaves of just war by Álvaro de Piñán.[81] This decision was influenced by the fact that the Canarians sold as slaves had been liberated, that is, had gained their freedom, probably after embracing the Catholic faith. If they had been Indigenous rebels who had opposed European domination or Christian conversion, they would have been considered legitimate human booty in a just war.

Luis Rojas Donat has exposed the Reconquista's ideological influence on the Spanish empire's expansion in the Canary archipelago and the categorization of those who did not profess Christianity as »infidels«. In this way, the island inhabitants, »with very specific exceptions, were considered infidels, almost on an equal footing with the Saracens.«[82] The same idea would later be applied in the Spanish empire's American and Asian territories – in the Caribbean, but also along frontiers such as the Araucanía in Chile and in the Philippines, for example[83] – and used to legitimize, »according to European concepts of captivity, the slavery of Indians defeated in any just war«.[84]

The phenomenon of war slavery also appears as the so-called *esclavitud de segunda guerra* (»second-war slavery«). In 1546, for example, the Junta of Mexico decreed that Indians who had rebelled for a second time could be enslaved.[85] Precedents already existed in the annexation of the Canary Islands regarding members of Indigenous tribes who had signed treaties with the Spanish monarchy but subsequently decided to rebel or refused to comply with the terms of the said treaties. A war waged against such Indigenous rebels, now called *alzados* (insurgents), was considered just and thus legitimized the enslavement of defeated and captured enemies.[86] This explains why, in 1498, the Royal Chancellery of the Kings of Castile requested a report from the governor of Gran Canaria regarding the fate of certain Canarians who, having cooperated during the conquest of the islands, were subsequently enslaved without having taken up arms in any rebellion.[87] Since these people had not rebelled after converting to Christianity, their enslavement could not be justified as »second-war slavery«, and they were therefore granted their freedom. However, if they had rebelled, their captivity would have been permitted under Castilian law.

A similar situation can be observed in the Castilian Crown's reprisals against the Morisco rebellions in Alpujarras of 1568. Although the Castilian-Granada frontier no longer existed by then, the event illustrates how »second-war slavery« was an institution used to punish those who participated in revolts.[88] Toward the end of the 16th century, it would be brought up again for the participants of the Indigenous rebellions that took place on the southern margins of the Spanish Empire.

V. Conclusions

Various frontiers surrounded the territories of the Spanish monarchy from the Late Middle Ages to the early modern period, each with particular characteristics resulting from many geographical, social, religious, and other differentiating factors. Nonetheless, we can draw concrete connections between these frontier territories, particularly those formed between Christians and Muslims and in the Canary Islands. The phenomena addressed in this article – slavery and captivity – were practices of human dependency that connected

79 Berquist (2017) 8. William D. Phillips also refers to the flow of captives from the Canary Islands that supplied the slave market during the second half of the 15th century: Phillips (2010) 160.
80 Zavala, as quoted in Espino López (2012) 381.
81 AGS, RGS, LEG, 149002, 338.1.
82 Rojas Donat (1994) 114.
83 See, for example, Sánchez Pérez (2017).
84 Zavala (2006) 183.
85 García Añoveros (2000) 74.
86 Phillips (2014) 36; Berquist (2017) 9.
87 AGS, RGS, LEG, 149803, 23.
88 Garrido García (2013); Phillips (2014) 37–38.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

these two peripheral territories of the Hispanic world, with dynamics of abuse and exploitation replicated on both fronts.

On the one hand, our analysis has highlighted the difficulties presented by the various terms with which these practices were and are denoted and differentiated when attempting to study them historically. On the other, slavery and captivity have been revealed as transversal activities derived from a frontier that gave rise to and maintained these kinds of practices. The frontiers were an environment where Christians and non-Christians interacted, entering their enemies' land to terrorize (including by using rape as a means of war) or capture the people living there. In this way, the Castilian-Granada frontier and the Canarian archipelago were transformed into spaces of harsh, insecure living conditions, subjected to plunder, depredation, and the violence of human trafficking. Hosts from one side frequently raided the other, with maritime and land incursions from Muslims into the Peninsula and Castilians into North Africa.

Enslaving captives became an important activity, not only in commercial and tax terms: It also stimulated judicial action in both spaces studied. A series of legal *pareceres* (statements of opinion by various royal officials) influenced the treatment of Canarians: As the archival records show, royal and local justice were constantly involved in resolving disputes over Indigenous and Muslim captivity. On several occasions, however, there were ambiguous rulings in cases concerning the Indigenous inhabitants of the Canary Islands, as we saw in lawsuits concerning freed individuals who had once again been captured. It could be argued that this shows how normative knowledge – to use Thomas Duve's concept – was constructed at the peripheries, constantly adapting. It is another example of the existence of so-called epistemic communities in medieval and early modern Castile.[89]

In addition to selling or capturing people, other types of actions could result in enslavement at the frontier: It served as a punishment for those who helped »infidel« populations, rejected the Christian faith, or rebelled against the Castilian Crown after having converted to Christianity. In the long run, these actions would also affect the rulings made by Spanish authorities on the furthest margins of the empire.

The Castilian Crown faced the new reality of the American continent by elaborating a normative scaffolding that was based on the notion of casuistry,[90] as had previously been done in Europe in the centuries prior to overseas expansion. This was the result not only to the medieval notion of *ius commune*, which was deemed universal, but also of the Crown's experience with the different frontiers that coexisted in the Iberian Peninsula, which had generated spaces where similar practices had taken place, despite the cultural differences between the populations inhabiting these marginal areas.

It is not strange that Tau Anzoátegui argued that the American development of casuistry was linked to the preexistence of this concept in the Castilian legal tradition.[91] The Crown's considerations on the nature of Native Americans were also informed by the Iberian Peninsula frontier life and, with it, the possibility and legitimacy – in specific circumstances – of subjecting local peoples to captivity. In this article, I have hoped to contribute to the connection of those historical spaces that defined the fate of millions of human lives at the frontiers and beyond.

■

Bibliography

- Abreu, Juan de (1940), Historia de la Conquista de las Siete Islas de Gran Canaria (1636), Santa Cruz de Tenerife (Canarias)
- Alfonso X, Las Siete Partidas = Las Siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices por la Real Academia de la Historia y glosadas por el Lic. Gregorio López del Consejo Real de Indias, Paris 1861
- Archivo de la Real Chancillería de Granada, Granada (ARCHG)
- Archivo General de Indias, Sevilla (AGI)
- Archivo General de Simancas, Simancas (AGS)

89 Duve (2022a).
90 Tau Anzoátegui (2021 [1992]).
91 Tau Anzoátegui (2021 [1992]) 16.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Aznar Vallejo, Eduardo (1986), La colonización de las Islas Canarias en el siglo XV, in: España Medieval 8, 195–218
- Aznar Vallejo, Eduardo (2011), Castilla y la frontera atlántica durante la Baja Edad media, in: Díaz de Durana Ortiz de Urbina, José Ramón, José Antonio Munita Loinaz (eds.), La apertura de Europa al mundo atlántico. Espacios de poder, economía marítima y circulación cultural, Bilbao, 39–67
- Aznar Vallejo, Eduardo (2018), Expansión atlántica y construcción del Estado moderno. El caso de Canarias, in: XXIII Coloquio de Historia Canario-Americana, 1–25
- Bastias Saavedra, Manuel (2022), Decentering Law and Empire: Law-Making, Local Normativities, and the Iberian Empires in Asia, in: idem (ed.), Norms Beyond Empire. Law-Making and Local Normativities in Iberian Asia, 1500–1800, Leiden, 1–31
- Berquist Soule, Emily (2017), From Africa to the Ocean Sea. Atlantic Slavery in the Origins of the Spanish Empire, in: Atlantic Studies 15,1, 1–24
- Boatcă, Manuela (2014), Second Slavery vs. Second Serfdom: Local Labor Regimes of the Global Periphery, in: Arjomand, Said (ed.), Social Theory and Regional Studies in the Global Age, New York, 361–388
- Calderón Ortega, José Manuel, Francisco Javier Díaz González (2012), Vae Victis. Cautivos y prisioneros en la Edad Media Hispánica, Madrid
- Cañeque, Alejandro (2013), The Political and Institutional History of Colonial Spanish America, in: History Compass 11, 280–291
- Cortés, Vicenta (1955), La conquista de las islas Canarias a través de las ventas de esclavos en Valencia, in: Anuario de Estudios Atlánticos 1, 479–547
- Cortés Alonso, Vicenta (1964), La esclavitud en Valencia durante el reinado de los Reyes Católicos (1479–1516), Valencia
- Cortés Alonso, Vicenta (2011), Esclavos y libertos en los mundos ibéricos, Madrid
- Domínguez Ortiz, Antonio (2003), La esclavitud en Castilla en la Edad Moderna y otros estudios de marginados, Granada
- Duve, Thomas (2022a), Historia del Derecho como historia del saber normativo, in: Revista de Historia del Derecho 63, 1–60
- Duve, Thomas (2022b), Theorie und Methode der Analyse asymmetrischer Formen von Abhängigkeit: Eine (global)rechtshistorische Perspektive, Bonn Center for Dependency and Slavery Studies (BCDSS) Working Papers 2022/05 Bonn, https://doi.org/10.48565/bonndoc-65
- Espino López, Antonio (2012), Granada, Canarias, América: el uso de prácticas aterrorizantes en la praxis de tres conquistas, 1482–1557, in: Historia (Santiago) 45,2, 369–398
- Franco Silva, Alfonso (1979a), La esclavitud en Castilla durante la Baja Edad Media: aproximación metodológica y estado de la cuestión, in: Historia, instituciones y documentos 6, Sevilla, 113–127
- Franco Silva, Alfonso (1979b), La esclavitud en Sevilla y su tierra a fines de la Edad Media, Sevilla
- Franco Silva, Alfonso (1991), El esclavo canario en el mercado de Sevilla a fines de la Edad Media (1470–1525), in: VIII Coloquio de Historia Canario-Americana (1988) 1, 53–66
- Gambín García, Mariano (2003), Un rey guanche en la corte de los Reyes Católicos. Tras los pasos de don Enrique Canario, el último mencey de Icod, in: Revista de Historia Canaria 185, 125–157
- García Añoveros, Jesús María (2000), Carlos V y la abolición de la esclavitud de los indios, in: Revista de Indias 60, no. 218, 57–84
- García de Gabiola, Javier (2019), La conquista de las Canarias: un ensayo bélico para América (1402–1501), in: Medievalia 51, 155–179
- García-Gallo, Alfonso (1977), Los sistemas de colonización en Canarias y América en los siglos XV y XVI, in: Morales Padrón, Francisco (ed.), I Coloquio de Historia Canario-Americano (1976), 424–444
- García-Gallo, Alfonso (1987), Los orígenes españoles de las instituciones americanas, Madrid
- Garrido García, Carlos (2013), La esclavitud de los moriscos capturados en la rebelión del reino de Granada. Un fenómeno a corto plazo, in: Boletín del Centro de Estudios Pedro Suárez: Estudios sobre las comarcas de Guadix, Baza y Huéscar 26, 79–107
- González Arévalo, Raúl (2014), Cautiverio y esclavitud en el Reino de Granada (siglos XIII–XVI), in: Vínculos de Historia 3, 232–257
- González Arévalo, Raúl (2019), La esclavitud en la España Bajomedieval (siglos XIV–XV). Generalidades y rasgos diferenciales, in: Millars: Espai i historia 47,2, 11–37
- González González, Raúl (2017), Esclavitud y dependencia personal en el país asturleonés (siglos IX–XIII), in: Medievalismo 27, 159–205
- González Jiménez, Manuel (1993), La frontera entre Andalucía y Granada: realidades bélicas, socioeconómicas y culturales, in: Ladero Quesada, Miguel Ángel (ed.), La incorporación de Granada a la Corona de Castilla, Granada, 87–145
- González Zalacain, Roberto J. (2015), El mar como frontera en la época de los descubrimientos: la Baja Andalucía y Canarias, in: Vegueta. Anuario de la facultad de Geografía e Historia 15, 111–132
- Jiménez-Alcázar, Juan Francisco (2014), Comerciar en la frontera de Granada: espacios económicos asimétricos y periféricos (siglos XIII–XVI), in: Sabaté I Curull, Flocel, Maite Pedrol (eds.), El mercat: un món de contactes i intercanvis: reunió científica: XVI Curs d'Estiu Comtat d'Urgell, celebrat a Balaguer els dies 6, 7 i 8 de juliol de 2011, Lleida, 167–188
- Kicza, John E. (1992), Patterns in Early Spanish Overseas Expansion, in: The William and Mary Quarterly 49,2, 229–253
- Lobo Cabrera, Manuel (1992), Canarias y Américas en el siglo de la Conquista, in: Vegueta. Anuario de la Facultad de Geografía e Historia 0, 43–55
- Marfil, Sofía (2015), La frontera, un espacio imaginado. La sociedad en la frontera castellano-granadina, ss. XIII–XV, in: Marfil, Pedro (ed.), El espacio arquitectónico en la historia, Córdoba, 193–209
- Melián, Elvita (2011), El rescate de cautivos en la cotidianidad de la frontera cristiano-musulmana durante la Baja Edad Media. Una interpretación desde Alfaqueques Mayores de Castilla, in: Trastámara 8, 33–53
- Melo Carrasco, Diego (2011), Un aspecto de la vida en la frontera castellano-granadina, s. XIII–XV: la acción de rastreros y redentores, in: Studi medievali 52,2, 639–664

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Melo Carrasco, Diego (2012), Sobre el »entrar«, »vivir« y »salir« del cautiverio: un aspecto de la vida en la frontera castellano-granadina en los siglos XIII–XV, in: Iacobus. Revista de estudios jacobeos y medievales 31–32, 181–214
- Melo Carrasco, Diego (2019), El sultanato nazarí de Granada y la frontera (s. XIII–XV), in: Revista Encrucijada Americana 11,2, 5–18
- Melo Carrasco, Diego (2020), En torno a la frontera entre Granada y Castilla, siglos XIII–XV. Un espacio de defensa, un lugar de contacto, in: Autocoscienza del territorio, storie e miti Dal mondo antico all'età moderna, Verona, 53–76
- Morales Padrón, Francisco (2018), Crónicas de la conquista de Canarias: »Ovetense«, in: Bloc de las Islas Canarias 7, 5–66
- Muñoz Gómez, Víctor (2020), Construir la primera frontera ultramarina castellana: la narrativa cronística, el mar y los inicios de la conquista de las islas Canarias, in: Rodríguez, Gerardo, Víctor Muñoz Gómez (eds.), Fronteras atlánticas de la Edad media a la contemporaneidad: experiencias, narraciones y representaciones desde Europa y América, Mar del Plata, 85–129
- Olstein, Diego (2015), Thinking History Globally, Basingstoke
- Paz, Manuel de (2006–2007), Canarias y América. Aspectos de una vinculación histórica, in: Anuario Americanista Europeo 4–5, 197–211
- Periáñez Gómez, Rocío (2008), La investigación sobre la esclavitud en España en la Edad Moderna, in: Norba. Revista de Historia 21, 275–282
- Phillips, William D. (2010), La historia de la esclavitud y la historia medieval de la Península Ibérica, in: Espacio, Tiempo y Forma, Serie III, Historia Medieval 23, 149–165
- Phillips, William D. (2014), Slavery in Medieval and Early Modern Iberia, Philadelphia (PA)
- Reséndez, Andrés (2016), The Other Slavery: The Uncovered Story of Indian Enslavement in America, Boston (MA)
- Rodríguez de la Peña, Manuel Alejandro (2009), Añadiendo muertos a los muertos: el destino de los vencidos en la frontera de Al Andalus en la cronística latina plenomedieval, in: idem (ed.), Hacedores de Frontera. Estudios sobre el concepto social de la frontera en la España medieval, Madrid, 27–58
- Rojas Donat, Luis (1994), Posesión de territorios de infieles durante el siglo XV: las Canarias y las Indias, in: X Coloquio de Historia Canario-Americana 1, 109–140
- Rojas Donat, Luis (2002), España y Portugal ante los otros: derecho, religión y política en el descubrimiento medieval de América, Concepción
- Sánchez Pérez, Sonia Macarena (2014), Sobre el rescate de cautivos y la diplomacia fronteriza en Chile, 1598–1655, in: Revista de Historia y Geografía 30, 13–35
- Sánchez Pérez, Macarena (2017), De cautivos a esclavos: algunos problemas metodológicos para el estudio de los indios cautivos en la guerra de Arauco, in: Valenzuela Márquez, Jaime (ed.), América en diásporas. Esclavitudes y migraciones forzadas en Chile y otras regiones americanas (siglos XVI–XIX), Santiago, 133–160
- Suárez Fernández, Luis (1992), Análisis del Testamento de Isabel la Católica, in: Cuadernos de Historia Moderna (Madrid) 13, 81–89
- Tau Anzoátegui, Víctor (2015), Provincial and Local Law of the Indies, in: Duve, Thomas, Heikki Pihlajamäki (eds.), New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History, Frankfurt am Main, 235–255
- Tau Anzoátegui, Víctor (2021 [1992]), Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano, Sevilla (ed. original: Buenos Aires 1992)
- Zavala, Silvio (2006), Las instituciones jurídicas en la conquista de América, 4th ed., México

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

TRATADO DE LA IMPORtancia y vtilidad que ay en dar por esclauos a los Indios rebelados de Chile.

DISPVTASE EN EL, SI ES LICITO, o no el darlos por esclauos: y ponense razones por ambas partes, y sus respuestas: dexando la determinacion a los señores Visorey, y Audiencia de la ciudad de los Reyes.

A QVIENES EL LICENCIADO Don Melchor Calderon Tesorero de la Cathedral de Santiago, Comissario del santo Oficio, y de la santa Cruzada, Prouisor, Vicario General deste Obispado.

En sedeuacante lo dirige.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Constanza López Lamerain

Ecclesiastics and Indigenous Slavery on the Frontier: The Case of Chile in the 16th and 17th Centuries*

Introduction

Chilean historiography has widely documented and studied Indigenous slavery in colonial Chile. Nevertheless, scholars have often associated Indigenous slavery exclusively with the conflicts between the Spanish and Mapuche along the »Arauco frontier«, which has narrowed the perspectives of analysis and influenced the interpretation of one kind of sources at the expense of others. This has been extrapolated to Church history studies in Chile, which favor examining frontier missions and pay less attention to the actions of other ecclesiastical sectors connected to slavery.

This article will evaluate the stance taken by ecclesiastics on Indigenous slavery in the southern frontier territories of the Kingdom of Chile[1] during the 16th and 17th centuries, with a focus on analyzing how the secular clergy perceived this problem. Scholars so far have dealt almost exclusively with the position taken by the Jesuits on Mapuche slavery, given their close observation of this system. Most studies focus on the Jesuit evangelization in the frontier territories, leaving out the work of other ecclesiastical sectors, such as the aforementioned secular clergy – a segment of the Church that nonetheless expressed its views and even wrote influential *pareceres* on slavery. Basically, these were treatises in which by means of debate and argument, an idea or concept was presented as a truth. In this article I will also use the synonyms treatises, opinion statements, or reports to refer to these *pareceres*.

I will show that the position taken by the secular clergy on Indigenous slavery was the opposite of that of the Jesuits, by drawing upon a series of reports and *pareceres*[2] from the early 17th century. While the Jesuits spoke out against Indigenous slavery in Chile, notable diocesan clergy members supported it. According to them, enslaving Mapuche who resisted Spanish domination was crucial for successfully conquering the entire territory. Their position must be understood in the context of the general Indigenous uprising of 1598, a disastrous event for Spanish settlers. Despite their fundamental role in promulgating the Royal Decree of 1608, which legalized the enslavement of »Indians of war« in Chile, the abovementioned reports are often overlooked.

To illustrate the alternative stance on Indigenous slavery within the Church, I will present the historical context that led to its legalization and briefly comment on the historiographic panorama of this phenomenon on the Mapuche-Spanish frontier. I will analyze the sources that show the secular clergy's position in favor of legalizing

* This article is part of the Partner Group research group »Towards a renewed legal history of indigenous labor and tribute extraction in the Spanish Empire« led by Thomas Duve and David Rex Galindo. This piece has been examined and evaluated by the Doctoral Commission of the History Department of Universidad de Chile as part of the History Ph.D. program in which I take part. I am particularly grateful for the valuable suggestions, comments, and perspectives that several scholars gave me to improve this paper: Karime Parodi Ambel, Manuel Bastias, José Luis Egío, Francis Goicovich, Hugo Contreras, and of course, my group colleagues, Carolina Hirribarren, Mirko Suzarte, and David Rex Galindo. Particular thanks also go to Thomas Duve, Luisa Coutinho, Rômulo da Silva Ehalt, and Raquel Sirotti for their comments and suggestions made in a final online workshop with the Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory. Finally, I am grateful to Thomas Rothe for translating an earlier version of this paper. All quotes are his translation.

1 The royal administrative term for the region was *provincias de Chile*. The Captaincy General of Chile was part of the Viceroyalty of Peru. However, the term *reino* (Kingdom) was unofficially used as of the second half of the 16th century and later became common in historiography as well.

2 Strictly speaking, the mentioned documents consist of a treatise (that of Melchor Calderón) and three *pareceres*. Álvaro Jara refers to these documents as »four *pareceres*« in *Guerra y sociedad en Chile*, just as other authors do. The word *parecer*, literally »opinion« in English, frequently appears in documents from the period to identify a genre that aims to argue for and support a particular opinion. According to the *Diccionario de Autoridades*, vol. 5 (1737) 127, a *parecer* is a report, vote or ruling that is made or followed regarding any matter: »Dictámen, voto ò sentencia […] Lat. *Dictamen. Sententia. Opinio*.«

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

slavery. These documents consist of *pareceres* written by the following priests: Melchor Calderón (presumably written ca. 1599), Reginaldo de Lizárraga (written in 1599), and Juan de Vascones (written around 1600–1601). I will also briefly analyze a text by Domingo de Eraso, a military officer and administrator trusted by the Kingdom's governors. Eraso spent many years in Chile and directly experienced the Mapuche-Spanish conflict along the frontier. The objective of including his view alongside that of the ecclesiastics is to provide a different but no less relevant perspective on this issue. These four reports, including Eraso's, have been called »the four *pareceres*«.

The Mapuche-Spanish Conflict before and after the 1608 Legalization of Slavery

As the conquest of Chile progressed southward in the mid-16th century, Indigenous groups south of the Biobío River[3] opposed the occupation of their territories. The Spanish generically called the area around the city-fort of Arauco »the Araucanía«, although the Indigenous territory exceeded the region[4]. These lands were inhabited mainly by the Mapuche, who were organized into separate factions and had no unitary or homogeneous political system. However, in cases of threat or attack, the Mapuche formed alliances to defend their homeland in a unified effort.[5] The Spanish attempts at conquest encouraged collaboration among different factions. The territory was divided into parts occupied by the conquistadors and areas controlled by the Mapuche, thus creating a frontier space defined by tensions, conflicts, and negotiations.[6]

Indigenous slavery quickly emerged as a practice in the disputed territory. Historians unanimously agree that Indigenous slavery existed *de facto* before it was formally legalized through the Royal Decree of 1608;[7] it was exercised as a form of punishment after rebellions, and as labor compensation for *encomenderos*, individuals who were granted estates that relied on the work of Indigenous people. The first general Indigenous uprising in the southern Kingdom of Chile occurred in 1553 when the Mapuche assassinated Pedro de Valdivia, Chile's conqueror and first governor. According to contemporary and subsequent authors,[8] Indigenous insurrections were a direct response to constant and relentless Spanish abuses, which included raiding Mapuche communities, torture, and even massacres.

The event the Spanish called the »Curalaba Disaster« marked a turning point in Hispanic-Mapuche relations. This second Mapuche uprising, in 1598, destroyed all Spanish towns in the southern part of the Kingdom of Chile. This episode prompted Spanish authorities to formalize the enslavement of »Indians of war«.

The legal order established by the New Laws of 1542 *(Leyes Nuevas)* reviewed the institution of *encomienda* as practiced until then in Spanish America and attempted to incorporate more significant regulations on Indigenous labor. Moreover, these laws banned all forms of Indigenous slavery. Throughout the Spanish Empire, the different labor systems for Indigenous populations were excessively abusive, especially on the part of the *encomenderos*. At least in the early years of the conquest, they used Indigenous labor howsoever they wished. The legislation created for the Indies – the term then used for Spanish America in norma-

3 Although I use the term *Mapuche* to refer to the Indigenous groups of the Araucanía region, it is important to clarify that this would not be the most appropriate term applied to the history of the 16th and 17th centuries, since other denominations were used at that time. There is a large historiographical discussion on this issue that I cannot address here for lack of space. See the explanation by Boccara (1996) 661; Zavala Cepeda (2011) 18–20.

4 The conquistadors used this name to refer to the territory south of the Biobío River, where they were in perpetual conflict with Mapuche communities. The territorial limits, however, extended beyond the city-fort of Arauco. The Spanish called all the Indigenous groups of this territory *araucanos*.

5 Goicovich (2006).

6 Goicovich (2007) 316-317.

7 For example, the jurist Hugo Hanisch Espíndola asserts that the legal sources of the period prove it: »Many testimonies confirm that Indians were being trafficked within the country and with the Viceroyalty of Peru, and account for a series of practices in which Indians, being legally free, were treated by the conquistadors as if they were slaves.« Hanisch Espíndola (1991) 91. Regarding the period directly prior to the Royal Decree of 1608, see pages 93–104.

8 Diego de Rosales (1877 [1674]) and other contemporaries expressed this hypothesis, as well as more recent historians, such as Álvaro Jara (1971).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

tive writings – up until that point had not provided solutions to conflicts with the native populations. This gave rise to moral, legal, and philosophical discussions on what kind of relationship the conquistadors and their descendants should establish with the Indigenous peoples. Diocesan clergy members actively participated in these discussions and influenced their direction.[9]

The Dominican friar Francisco de Vitoria, founding father of the School of Salamanca, led this discussion, moving it away from the Aristotelian interpretations popular among jurists of the time, who validated the existence of slavery as something that was preordained by nature. Theologian Juan Ginés de Sepúlveda is also well known for having refuted Bartolomé de las Casas in the so-called »Controversy of Valladolid« in 1550: Ginés de Sepúlveda justified Spain's conquest of the Indies by claiming its inhabitants were incapable of self-government. After becoming subjects of the Crown, Indigenous peoples who rose up against the King could eventually be enslaved as part of a »just war«.[10] For Vitoria, only the gravest slander[11] could justify waging war on the native populations since the relationship with neophytes should profess Christian love in order to attract them to the true faith. In his work *Relectio de Iure Belli o Paz Dinámica* Francisco de Vitoria explains that »[t]here is only one just cause of war: the injury received. […] Proof of reason: The purpose of offensive warfare is to punish an offense, as stated above. But there can be no punishment where no injury has preceded«,[12] and »[n]ot every insult or grievance is enough to declare war.«[13] For Vitoria, the supposedly »less advanced« nature of American peoples did not justify their domination nor their enslavement.[14]

Despite this discussion and the Crown's legal traditions established to regulate labor performed by Indigenous people, Chile proved to be a particularly complex case. There, like in other frontier territories of the Spanish Empire such as the Philippines,[15] New Mexico,[16] and other marginal areas of permanent conflict with Indigenous nations, exploitative systems were more likely to be developed.

In Chile, the armed conflict between the Spanish and Mapuche dragged on longer than the Crown's treasury had contemplated, and *encomenderos* claimed that it constituted an excessive burden for them. Their most significant difficulty was the shortage of Indigenous labor caused by the general uprisings and access to the resources they obtained from the frontier. However, they did not express this directly, but rather continuously requested to be compensated for their efforts and sacrifices during the conquest. This led to more leniency on the part of the Crown with regard to applying the law in Chile, and consequently authorities largely ignored regulations on Indigenous working conditions.[17]

The Curalaba Disaster of 1598, which resulted in the death of Governor Martín García Óñez de Loyola, provided kindling for a pro-slavery discourse among the settlers, *encomenderos*, clerics, officials, and Spanish authorities of the Kingdom, who insisted that the monarchy should legalize slavery to quell resistance on the frontier. In fact, as of 1599, there was a surge in treatises and so-called *memoriales* on the Chilean war that argued in favor for the legalization of Indigenous slavery.[18] Although there were dissenting voices, the pro-slavery initiative received support in Spain, and Indigenous slavery was finally declared legal in April 1608.[19]

Still, some advocated for an alternative solution to crushing the violence on the frontier, such as the Jesuit Luis de Valdivia. He proposed founding

9 For a comprehensive review of the subject, see Hanke's classic work (1949).

10 Zavala Cepeda (2010) 202–205.

11 The concept of *injuria* or insult mentioned by Vitoria referred to, »in its Latin sense, an unjust violation of the rights of others, including all kinds of real damages. Among other consequences, this led to Vitoria's strong belief that purely moral grievance is never a just cause of war. Therefore, war acquires a reflexive character for Vitoria. It is always a response to an unjust act.« Aparisi Miralles (2007) 101.

12 Vitoria (1981 [1539]) 127.

13 Vitoria (1981 [1539]) 129.

14 Korth (1968) 19.

15 The case of the Philippines is extensively covered in Carolina Hiribarren's article in this *Focus* dossier.

16 Goicovich (2019).

17 Meza Villalobos (1946) 32.

18 Andrés Prieto argues that the Chilean pro-slavery discourse began around 1598 with the public reading of Melchor Calderón's treatise and that it would later culminate in the 1608 Decree. Prieto (2013) 31.

19 Andrés Reséndez, in his work on Indigenous slavery in Spanish America, *The Other Slavery*, points out that Chile was one of the few parts of the Spanish Empire where slavery was completely legal. Reséndez (2016) 115.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

missions to promote Indigenous evangelization along the frontier. This ›defensive warfare‹ project was carried out between 1612 and 1626,[20] but it suffered numerous setbacks; these led to a reinstatement of the offensive warfare model and a restoration of slavery, which greatly benefited the *encomenderos*.

In the following decades, as it became clear that the institution of slavery was expanding indiscriminately and disregarded any legal limits imposed by the Crown,[21] ecclesiastical voices emerged to defend the Indigenous population. In 1655, a new Indigenous uprising in the Araucanía contributed to a revival of anti-slavery positions. The Jesuit Diego de Rosales wrote a manifesto against slavery, addressed to the Spanish authorities and published in Rome in 1670.[22] He then traveled to Europe to gather support from the papacy and exert pressure on the matter. In 1674, his efforts seemed to take effect when a Royal Decree by the Queen Governor prohibited the continuation of Indigenous slavery in Chile. Despite this, abusive practices continued under other names and arguments.[23]

Research on Indigenous Slavery in Chile

In the 1970s, Álvaro Jara contributed a novel analysis and compiled an extensive list of sources on Mapuche slavery in his historiographical work *Guerra y sociedad en Chile*.[24] He revealed that this practice was traceable well before the general uprising of 1598.[25] Referring to these conflicts as ›war‹ also shows how the newly instated Hispanic society sought to present the problem to Spain in order to receive the Crown's support. Capturing Indigenous people, referred to in historical sources as »pieces«, became common practice. Captives were usually moved to other areas of the Kingdom, or even outside the territory's limits, to be sold as workforce elsewhere.

Álvaro Jara's work inspired new research perspectives on Indigenous slavery in colonial times. For example, in 2009, Jimena Paz Obregón and José Manuel Zavala noted the historiographical and documentary gaps on this subject; there was no systematic study of the informal practices that persisted after the abolition of slavery in 1674 through continued exploitation of loopholes.[26] On the other hand, Jaime Valenzuela Márquez, who has published numerous works on Indigenous slavery in Chile, highlights the cultural and ethnic consequences for enslaved groups who were displaced and exiled.[27] Other research has established connections between slavery and other colonial Indigenous labor institutions. For example, Hugo Contreras Cruces' studies of the institution of the *encomienda* and of domestic servitude have contributed to the topic of slavery[28] by further exploring its legal functions.[29]

Beyond analyzing the actions of the Jesuits Luis de Valdivia[30] and Diego de Rosales, for whom slavery was the great enemy of evangelization,[31] there was little scholarly interest in investigating other Church members' participation in the debate on slavery during the 16th and 17th centuries. Researchers have interpreted Rosales' works, such as the *Manifiesto apologético de los daños de la esclavitud del Reyno de Chile*[32] (1670) and the *Historia General del Reino de Chile. Flandes Indiano* (1674), as part of the anti-slavery position. However, less is known about the author's efforts in Europe to stop Indigenous slavery in Chile.[33] Likewise, the criticism of Indigenous slavery in the second half of the 16th century by Diego de Humanzoro, Bishop of Santiago, remains understudied.[34] More recently, scholars have published new studies on Indigenous slavery in Chile. For example, Karime Parodi Ambel[35] studied the *pareceres* from a discursive perspective and historian Nancy Van Deusen[36] analyzed the Chilean secular clergy's archival sources on slavery in the 17th century. Indeed, the issue of Indigenous slavery in both Spanish and other European colonies has launched a new line of historiography still under development.

20 Díaz Blanco (2010).
21 Mellafe (1959) 36.
22 Rosales (2013 [1670]).
23 Hanisch Espíndola (1991) 121; Obregón Iturra / Zavala Cepeda (2009).
24 See the important two-volume edition of sources: Jara / Pinto (1982, 1983).
25 Jara (1971) 159.
26 Obregón Iturra / Zavala Cepeda (2009) 19–20.
27 Valenzuela Márquez (2009, 2011, 2017a, 2019, 2020).
28 Contreras Cruces (2017).
29 Contreras Cruces (2017) 51.
30 Zapater (1992); Foerster (1994); Díaz Blanco (2009, 2010); Díaz Blanco / Zavala Cepeda (2020); Gaune (2016).
31 Pinto Rodríguez (1988) 52.
32 Rosales (1909 [1672]); idem (2013 [1670]).
33 Hanisch (1981) 21.
34 Korth (1968) viii.
35 Parodi Ambel (2019).
36 Van Deusen (2021).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

The Four *Pareceres*: A Debate on Indigenous Slavery between 1599 and 1602

The consequences of the Mapuche uprising of 1598 were devastating for the Hispanic population, who lost recently conquered territories, along with their respective cities and many lives, including the governor's. It is no wonder that the climate was tense. At this point, settlers unanimously agreed that Mapuche slavery was a fundamental measure for taking control of their territory once and for all. The broad support for Melchor Calderón's 1599 treatise, the first of the four *pareceres* I investigate here, reflects this stance.[37] The arguments in this treaty, which I will analyze below, were decisive for the Crown's legalization of Indigenous slavery in 1608. It is relevant that the normativity produced by the Spanish Crown for this case originated in a debate held at the local level.

This circumstance challenged the concept of a centralized normativity which came from the heart of the Hispanic monarchy and applied to the colonial periphery. New perspectives on legal history encourage us to consider that lawmaking was not only limited to the holders of jurisdiction, but was also a capacity of jurists and theologians, whose prestige, authority *(auctoritas)*, and knowledge of the textual tradition made them important sources of normativity.[38]

Regulations originating from the colonial localities reflect a legal decentralization in the Spanish Empire. I analyze the *pareceres* created from a solid legal base drawing on classic normative bodies – canon law and moral theology – with irrefutable authority.[39] From this foundation, it was possible to build specific normativities to address the frontier problem in Chile. Although the abovementioned law of 1608 was issued in Madrid, the flow of information and influence followed a reverse path from the American peripheries to the monarchy's administration.

Melchor Calderón

The starting point of the reports sent to the Viceroyalty of Lima and then to the court in Madrid is Melchor Calderón's treatise, which, although not dated, is thought to have been written in 1599.[40] Entitled *Tratado sobre la importancia y utilidad de esclavizar los indios rebeldes de Chile*,[41] this document was the first official request in favor of legalizing Mapuche slavery sent to the Monarch. At that time, Calderón was treasurer of Santiago's cathedral and had previously been an inspector general at the diocese of La Imperial.[42] According to Calderón, the document expressed the consensus and approval of the most knowledgeable people in the Kingdom, so it can be considered a text that gathered the general sentiment of the Hispanic population at the time. The treatise was read out publicly in Santiago's cathedral before the lieutenant general and interim governor, Pedro de Vizcarra de la Barrera, other members of the cathedral chapter, the superiors of all the religious orders in Chile, and »the most educated religious members of the Kingdom, as well as secular people and elders versed in war, whose opinions are of the highest respect, to certify the fact«.[43] In a scholastic format, the treatise provides arguments both for and against the enslavement of »Indians of war«, ultimately concluding that slavery should be legalized. The text begins with an introductory paragraph explaining the reason for this manifesto: »After the unfortunate death of our good governor, Martín García de Loyola, along with forty other Spaniards, the lawyer Don Melchor Calderón […] judged it necessary to ask the Viceroy and the Royal Audience of Lima to examine this point: whether it should be lawful to turn these rebellious Indians into slaves.«[44] In the form of a dispute, the text outlines arguments in favor of slavery and then a counterargument that is subsequently refuted. The narrative concludes with a categorical expression:

37 Calderón (1963 [1599?]); Parodi Ambel (2019); Jara (1971) 192–202.
38 Bastias Saavedra (2022) 16.
39 Bastias Saavedra (2022) 20.
40 Jara (1971) 186.
41 Treatise on the Importance and Utility of Enslaving the Rebel Indians of Chile.
42 The biographical data on Melchor Calderón provided by Parodi Ambel are: »Calderón was born in 1526 in Extremadura. Nephew of the conqueror Pedro de Valdivia, he graduated from high school in theology at the Universidad de Salamanca in 1552. He travelled to Chile around 1555 and settled in Concepción, where he was appointed an inspector general. Subsequently, he moved to Santiago, where he was granted various positions, both ecclesiastical and military. He was the first commissioner of the Holy Office in Santiago; he served as lieutenant general of the Kingdom of Chile, treasurer of the Cathedral of Santiago and vicar general of the bishopric.« Parodi Ambel (2019) 496.
43 Calderón (1963 [1599?]) 6.
44 Ibid.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

applying slavery to Chile's Indigenous rebels was imperative.[45]

Calderón highlights that from a pastoral perspective Indigenous slavery would present an opportunity, since the capture and enslavement of the Mapuche »would incidentally be followed by their spiritual good […] because they could be taught the faith«.[46] That is, slavery would be an advantage because the Indigenous population would gain access to permanent spiritual instruction, which had been impossible to achieve. The text also recalls the king's duty to watch over his subjects, especially those recently baptized. This was one of the main reasons behind the Spanish monarchy's conquest of overseas territories: as a recurrent practice which contemplated political and ecclesiastical precepts, baptism converted Indigenous peoples into vassals of the Spanish Crown.

Baptism incorporated these souls into the Church's ecumenical community as Christians. After this first step, the king had to provide for the complete instruction of Indigenous neophytes in the Catholic faith.[47] According to this interpretation, by accepting baptism, Indigenous peoples tacitly recognized their position as Christians; therefore, their rebellion against the Crown and the Church would make them apostates. The forceful rejection of religion was an offense punishable by both Church and the Crown. This is relevant in the treatise's argumentation since apostasy gave Spaniards »the right« to initiate an offensive war. To illustrate Calderón's arguments, the text follows the tenor of the Spanish philosophical and legal discussions of the first half of the 16th century.

Calderón also refers to the experience of conquest in other areas of the Spanish empire. He draws parallels between Chile's situation and other conflicts with Indigenous populations in Brazil, Peru, and New Spain, such as the Chiriguano and Chichimeca nations. Like the Mapuche in Chile, they refused to surrender their territories or their political autonomy. According to Calderón, in places where the Crown had allowed Indigenous slavery, conflicts had ceased, and its implementation in Chile would be equally beneficial. He then suggests that the Indigenous populations along the frontier »could be enslaved, even for ten or twenty years, to punish them and to end this war and encourage soldiers inside and outside the Kingdom by baiting them with these slaves and other utilities that could be offered«.[48] This last proposal displays another relevant element: the role of soldiers who had to enslave the Indigenous peoples. As Jara pointed out, those dealing with the frontier reality were Spaniards and Indigenous peoples already subjected to Spanish domination. To ensure their settlement in Chile, they had to be paid. *Encomenderos* hoped to profit from Mapuche slavery and secure manual labor; soldiers and other actors in this conflict also expected a reward for their efforts. In this respect, capturing Indigenous people would become a guaranteed benefit since they could be sold to the highest bidder – further proof of slavery's economic drive. Calderón's treatise highlights the expenses that the Indigenous rebellion meant for the Crown, for the upkeep of the soldiers on the frontier and for covering the material damages caused by the war. For example, connecting roads to southern cities were blocked, which hindered trade as well as the travels of preachers – both serious issues. Calderón highlighted the need to obtain military reinforcements to access these roads safely and to ensure the acquisition of goods and the continuity of trade between the Kingdom's Spanish settlements. The situation was significantly compromising for the Church because preachers and missionaries could not reach the places where the faithful required spiritual assistance, let alone make progress on Indigenous evangelization. In addition, roadblocks prevented ecclesiastical authorities from carrying out their work in the area, including bishops and provincials of religious orders who were unable to visit their jurisdictional territories. For Melchor Calderón, »this cause alone of losing the use of royal roads is enough to justify war«.[49]

The situation the Spanish encountered in the empire's margins was singular compared to what they experienced elsewhere. Usually, in regions where Indigenous people were fully subjugated, there was rarely any direct conflict that might have

45 Parodi Ambel (2019).
46 Calderón (1963 [1599?]) 7.
47 Calderón (1963 [1599?]) 13.
48 Calderón (1963 [1599?]) 13–14.
49 Calderón (1963 [1599?]) 11.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

resulted in captivity. However, the frontier context gave rise to phenomena such as temporal captivity and even diplomacy between the different factions in the conflict. Entering war territory made it lawful to kidnap an enemy and keep him as a hostage, which opened a space for negotiations between the parties to regain the captives. Sometimes this meant a payment or the exchange of other goods.

To no surprise, Calderón's treatise found a positive echo among the settlers and delegates affected by the conflict, and it became the catalyst for a process that would continue over the years following its publication. The text was sent to Lima for review by the Viceroy and several ecclesiastical authorities. The Dominican friar Reginaldo de Lizárraga, who lived in Lima at the time and had recently been appointed bishop of La Imperial in Chile, drafted his own statement after reading Calderón's treatise.

Reginaldo de Lizárraga

The *Parecer acerca de si contra los indios de Arauca es justa la guerra que se les hace y se pueden dar por esclavos*,[50] written by Reginaldo de Lizárraga in 1599, is the second *parecer* or opinion statement. Lizárraga was a relevant figure in Peru. A Dominican priest and doctor of theology, Lizárraga settled in Lima around 1560, where he successfully served as an ecclesiastical administrator. His work attracted the favorable attention of the Viceroy, who »greatly approves of his person, very clean, rigid and observant, of great government«.[51] Fray Reginaldo was vicar general of the Dominican province of Chile, later named the first provincial of the Dominican provinces of Chile, Tucumán, and La Plata. His position as prior and inspector general in different areas of the Viceroyalty made him an ideal candidate to lead the diocese of La Imperial in Chile. Though appointed in 1598, Lizárraga delayed his transfer to the episcopal see as long as he could, finally assuming his post in 1602. A few years before his transfer, in 1599, he participated in the discussion that Melchor Calderón's treatise had provoked in Lima. The Viceroy had consulted Lizárraga and other prominent ecclesiastics about Calderón's proposal, in the form of a questionnaire they were required to answer. These referred to the justification of the war and the punishment of Indigenous people for rejecting the Catholic faith, among questions about other theological and moral concepts that had been central in the mid-century debates in Spain. In this report, Lizárraga supported Calderón's arguments, first and foremost, by endorsing the war against the »Indians of Chile« as a fair and legitimate offensive.[52] According to him, previous Viceroys hadn't even questioned this and had sent »relief soldiers and ammunition to fend off rebellious Indians, without any learned man, cleric, or priest ever claiming the war to be unjust«.[53] Even so, in the face of doubts over this legitimacy, governor Alonso de Sotomayor consulted Dominican theologian Diego Rodríguez de Chavez, the king's confessor at the time, who dissipated all misgivings: »He replied that there was nothing uncertain about this, but that he should do what His Majesty commanded so that there can be no doubt that the war on our part would be just.«[54]

Like Calderón, Lizárraga expressed the need to defend those Spanish villages south of the Biobío River that had been disconnected from the rest of the cities, arguing that the settlers required spiritual assistance. He believed that the eventual depopulation of the towns would lure already converted Indigenous populations back into their pre-Hispanic religion, undoing all previous efforts to christianize them. Moreover, Lizárraga feared that the »Indians of war« would stir up the already christianized Mapuche, who might then join the rebellion. The bishop stated that »rebels« had captured Indigenous groups from other regions who had already been pacified and baptized. This was detrimental to the *encomenderos*, who relied on the workforce provided by those pacified Indigenous groups. All these reasons, in addition to the

50 Statement on Whether it is Just to Declare War Against the Indians of Arauca and Turn Them into Slaves.

51 »Names to fill the vacancy of the bishopric of La Imperial [Reginaldo de Lizárraga].« AGI, Chile 1, 26.

52 Hanke (1949) 293–300; Korth (1968) 91.

53 Lizárraga (1943 [1599]) 296.

54 Ibid.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

murder of the Governor Martín García Óñez de Loyola, were used to support the lawfulness of the war against the »rebellious« Mapuche of Arauco.

Another argument is related to the danger the Indigenous uprising posed in terms of defending Spanish dominions. There were growing concerns over other European powers' hypothetical invasion of southern Chile. These nations might establish ties with the Mapuche and other Indigenous groups from the far south to enter the Kingdom and jeopardize Spanish rule. To prevent possible alliances between Indigenous people and European rivals, Lizárraga urged »that these Indians of Purén, Tucapel, Arauco, those of the Mocha Island and others referred to, are expelled from their lands through all the rigor of war«.[55] Banishment was a practice already taking place in the context of armed conflict, and Indigenous peoples' capture frequently ended in expulsion and uprooting from their land.

It is interesting that this practice is so explicitly endorsed by an ecclesiastical authority. Although Lizárraga supported forms of slavery, he warned that capturing slaves should not be deliberate or indiscriminate; only the leaders of the »apostates and rebels« could be enslaved. »By reducing them and punishing the guiltiest, the others must be left as before so they understand how much Christian piety the Spaniards have.«[56] The evangelization experience in the Spanish colonies had shown that a successful tactic was to first christianize the chieftains or Indigenous leaders so that they could then attract and convert the rest of their communities. The same consideration applied to the »apostate« Indigenous peoples of the frontier.

In short, Lizárraga's text legitimizes forms of Indigenous slavery based on arguments from theology, moral philosophy, and canon law. It also shows the expansion of the debate on Indigenous slavery from Chile to the Viceroyalty of Peru and Spain.

Juan de Vascones

Juan de Vascones was a preacher and provincial vicar of the Order of Saint Augustine. He was born in Seville, traveled to Mexico, and participated in a mission in the Philippines with other members of the order. He lived in Quito and later settled in Peru. In 1595, he was sent to Chile to be prior to the Augustinian convent of Santiago, where he was also vicar of the order, preacher, and legal councilor of the Kingdom. On several occasions, he was delegated to oversee matters for the court in Madrid, a job he would perform throughout his career.[57] In 1600, the *cabildo* (town council) of Santiago submitted a formal request to King Philip III to act on the situation in Chile, entrusting Vascones with conveying these messages. Between 1600 and 1601, Vascones wrote a report to be presented to the court, entitled *Petición en derecho para el rey nuestro señor en su real Consejo de las Indias, para que los rebeldes enemigos del reino de Chile sean declarados por esclavos del español que los hubiere a las manos. Propónese la justicia de aquella guerra y la que hay para mandar hacer la dicha declaración*.[58] This document launched the Spanish cause to build a legal foundation for enslaving any »Indians of war«.[59]

In his text, Vascones explains that, although he had not initially been in favor of enslaving the Mapuches in Chile, after witnessing the war for five years, he considered it »very justified«. He agreed with the general opinion throughout the Kingdom that »to end it, the said rebel enemies must be declared slaves of whoever's hands they are in, at least for as long as the war lasts«.[60] Vascones justifies this assessment throughout his treatise in the form of »titles«. These titles correspond to the following points: that the administration of Christian cities could not be abandoned;[61] that waging war was just because roads were still blocked and thus the entry of preachers and the development of

55 Lizárraga (1943 [1599]) 300.
56 Ibid.
57 Walker Trujillo (1992) 1–3.
58 This can be translated as »Legal Petition to the King Our Lord in his Royal Council of the Indies, that the Rebel Enemies of the Kingdom of Chile Should be Declared Slaves of Any Spaniard who Captures Them. Proposing the Justice of that War and the Justice which Exists to Order the Said Declaration to Be Made«.
59 Jara (1971) 208; Korth (1968) 94.
60 Vascones (1943 [1599]) 305.
61 Vascones (1943 [1599]) 306.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

commerce was hindered; that non-Christian subjects of Christian princes could be compelled by force to accept the true faith;[62] that if non-Christians committed indecencies or blasphemies, it was lawful to punish them; that it was the Monarch's obligation to free the Christians who remained captive in enemy hands;[63] that the crimes the »Indians of war« had committed in Chile gave grounds to enslave them; that it was common good and public cause to sustain the faith in the Kingdom of Chile and all the Indies, protecting them from other Protestant European nations;[64] and, finally, that the case of Chile was an exception to the regulations previously dictated for the Indigenous population in Spanish America. As we can see, these titles summarize and further explore the topics proposed by Melchor Calderón and later by Reginaldo de Lizárraga, reinforcing the arguments of both these authors. An interesting aspect of this document is that the conflict with the Mapuche in Chile was unlike any other in the Indies. Therefore, the solution could not come from previous experiences in which Indigenous people had been pardoned from slavery. Chile was an exception: »[A]nd it is very evident and clear that if the said pardon were now granted, it would exclude those of the aforementioned Kingdom of Chile.«[65]

Following Calderón's treatise, Vascones based all his titles on classical authors of legal, philosophical, and theological topics, such as Aristotle, St. Augustine, St. Thomas, Francisco de Vitoria, Diego de Covarrubias, and Martín de Azpilcueta. These works of pragmatic literature supported the new regulations repeatedly requested from the Crown. As Thomas Duve defines it, »pragmatic normative literature can be defined thus: written texts used by practitioners in an immediate way to access the relevant normative knowledge required to produce a normative statement related to the legitimacy of human action«.[66] Likewise, Karime Parodi, who has studied the *pareceres* in greater depth, holds that Vascones »makes strategic use of references to authorities and canonical works of the Western tradition, integrating them solely in favor of slavery«.[67]

In addition, Vascones paints a portrait of the Mapuche people as brutes, employing a terrifying narrative so as to leave no doubt over the need for their enslavement. He asserts the complete »barbarism« of the »vicious« Mapuche by pointing out that they beheaded Governor Óñez de Loyola. He also recounts how they sent his head and other body parts to various other resistance groups on the frontier »to incite new rebellion«. According to the Augustinian, the Spanish could expect the worst from the Mapuche: they would murder them in the most gruesome ways, »shooting arrows at some, throwing spears at others, burning many alive, ripping out beating hearts to feast on blood, according to their bestial ceremonies«. The text also describes terrible acts of revenge that the Mapuche would perpetrate, such as burning Spanish towns and their churches, the desecration of sacred places and the murder of priests, and the rape and capture of women, among other atrocities. For this reason, »if for such crimes in which all, or almost all, of the rebels are apprehended, they can justly be hanged and dismembered, *argumentum a fortiori* they can be slaves, which is a lesser penalty«.[68]

The tenor of the Vascones report is more aggressive than the *pareceres* described above. While it replicates practically all the arguments of classic ecclesiastical authorities, it adds comments that feed the image of the Indigenous populations as barbarians, even questioning their capability of being educated or living in what he considered »civilization«. He pleads for their enslavement and punishment and for treating them with the same cruelty they inflicted on the Spaniards.

It is impossible to determine to what extent this report reflects the opinion of the Augustinian legal councilor, since it gathers requests and judgements from numerous sectors of Spanish society. The statement reached the court and was reviewed by the War Council *(junta de guerra)*, which in 1602 issued a report on the information delivered by Vascones. This report recognized the importance of

62 Vascones (1943 [1599]) 307.
63 Vascones (1943 [1599]) 308.
64 Vascones (1943 [1599]) 310.
65 Vascones (1943 [1599]) 311.
66 Duve (2020) 20.
67 Parodi Ambel (2019) 498.
68 Vascones (1943 [1599]) 309.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

resolving the situation in Chile as promptly as possible, approving the deployment of soldiers and monetary aid. However, it did not refer to Indigenous slavery, limiting its comments on the subject to the following line: »And as for the methods of war against the Indians, the said Viceroy and governor shall be in charge of making this decision, according to what they judge to be most convenient so that the pacification may conclude once and for all.«[69] In 1604, after he had spent four years in Spain, a document of the War Council stated that the Augustinian friar would return to Lima, where he was to manage what the *junta* saw fit. In other words, »that he returns there now with the thousand men whom Your Greatness sends to apply his advice and experience to help pacify those provinces«.[70] Again, the monarch did not respond directly to the request to legally enslave the Mapuche people. Given its severity, we can speculate that the Crown was reluctant to discuss the subject. However, as is well known, slavery of the »Indians of Chile« was legalized by Royal Decree in 1608.

Domingo de Eraso

The text by Domingo de Eraso, the fourth and final *parecer* I will discuss, is the only document not written by an ecclesiastical authority.[71] Eraso, who was originally from Guipuzkoa (today a part of the Basque region), had served in military and administrative posts, rising to positions of trust in the governance of Chile.[72] Like Vascones, he was sent to the Spanish court as a legal counselor in 1602, the year this particular report was dated. Eraso's tone in addressing the Council of the Indies differs somewhat from the previous *pareceres*. He refers to his military experience on the frontier to legitimize his arguments, focusing on the economic and strategic benefits of Indigenous slavery. These matters were the basis for the Spanish community's petitions for Mapuche slavery, especially for *encomenderos* and soldiers. According to Eraso, »if the Indians were made slaves, many people would willingly go to war to gain slaves from the battle«;[73] this implies that the Crown would not have to bear the high costs of war. Capturing Mapuche prisoners and turning them into slaves would facilitate their transfer to haciendas and *encomiendas* to serve as manual laborers. Here, the advantages of slavery are not based on moral or theological ideas, as in the ecclesiastical *pareceres*, but on practical reasons that interested the Crown.

If we consider Eraso's report the culmination of the statements presented to the Crown to legalize Mapuche slavery in Chile, we could say that the process was successful in the end, since Spain resolved to send a sizeable permanent contingent of soldiers, who were paid a royal salary.[74] Although this first wave of petitions to Madrid was not immediately effective, the legalization of Mapuche slavery soon became a reality. In 1608, the Council of the Indies, and thus the Spanish king, issued a Royal Decree detailing that they had thoughtfully studied »the papers, letters, reports, and treatises which have been sent on this subject from the said provinces of Chile and Peru«. In light of this, it was resolved that the best way to pacify these provinces was »that all the Indians, men as well as women, of the rebellious provinces of the Kingdom of Chile, men being over ten and a half years old and women over nine and a half years old, should be taken and captured by the captains and men of war, Indian friends of ours and any other persons involved in that pacification«. Two months after the Decree was published, the Mapuche captured by Spaniards at the frontier had to be »held as their slaves; and as such, they may use them and sell them, give them and dispose of them at their will«.[75]

69 »Some things that should be provided for Chile and punishment of privateers entering through the strait of Magellan of the South Sea.« AGI, Chile 4. The document is published in Medina (1982) 160–163.

70 »Juan de Vascones should be sent to Chile.« AGI, Chile 4.

71 Valenzuela Márquez (2017b) 39.

72 Valenzuela Márquez (2017b) 39–46.

73 Eraso (1867 [1599]) 220–221.

74 Valenzuela Márquez (2017b) 44.

75 »Royal Decree so that the Indians of war of the provinces of Chile be taken as slaves, without limiting them to the Church guild before entering the service of people who would receive them.« Lizana (1920) 314–315.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

This Decree legitimized practices that had already existed for decades. The benefits were more plausible for *encomenderos*, soldiers, and other entities in the Kingdom who gained economic returns from slavery. Still, the Crown was skeptical about some of these practices, for example branding Indigenous people in the face to mark them as slaves and so that they would be recognized as such in other places. This was executed throughout the period of legal slavery, although the War Council questioned it within the Council of Indies in 1635: »Doubt has arisen as to whether these Indians, who are thus taken captive in the war and remain as slaves, are to be branded in the face, as their owners have grown accustomed to doing.« The War Council went as far as to consult on this issue with the Viceroy of Peru, who did not consider it advisable, given the possible revenge that Indigenous populations might take on Spanish prisoners. Therefore, »it seemed most advisable that Indians should no longer be branded, and the prosecutor of the aforementioned hearing says the same, after much consideration«. The governor of Chile, however, had a different opinion to the Viceroy, arguing that »branding the slave Indians is a consequence of legitimate slavery and a custom that has accompanied it from its beginnings«. After further deliberations, the War Council agreed that the matter should be referred to the Viceroy »so that whoever is informed of the matter, with the pros and cons of the case, may reflect on the situation and decide as is most convenient«.[76]

These comments demonstrate how considerations, opinions, and *pareceres* on local issues went back and forth in order to determine concrete actions.

Conclusion

These statements and their submission to the Viceregal and peninsular authorities exemplify transatlantic politics. A mechanism was deployed to address local matters from distant geographical spaces such as remote Chile. The *pareceres* testify to an impressive flow of ideas, people, and writings to achieve the goal of legalizing slavery on the Spanish-Mapuche frontier. While several years passed before a conclusive answer was given, the petition was ultimately successful, as is shown by Philip III issuing the Royal Decree of 1608.

The long duration of the procedures described above indicates how difficult it was for the Crown to endorse a practice such as slavery after all the discussions in Spain concerning Indigenous labor. It was neither a morally nor a financially simple decision. Consequently, ecclesiastical arguments alluded to the moral duty to protect the Crown's vassals and to present slavery as legitimate, just, and necessary. And secular authorities, as the Eraso report shows, reinforced the need for material sustenance and territorial protection.

My analysis of the *pareceres* in this article is an invitation to continue investigating the role of different ecclesiastical sectors in the problem of slavery on the Spanish-Mapuche frontier. Future studies should look to differentiate between various ecclesiastical structures, since sectors within the Church and their opinions and guidelines were quite diverse. Studying these reports in favor of Indigenous slavery in Chile illustrates a stance opposite to the well-known Jesuit position and highlights the transatlantic trajectory of crucial local initiatives. ■

Bibliography

- Aparisi Miralles, Ángela (2007), Derecho a la paz y derecho a la Guerra in Francisco de Vitoria, Granada
- Bastias Saavedra, Manuel (2022), Decentering Law and Empire: Law-Making, Local Normativities, and the Iberian Empires in Asia, in: idem (ed.), Norms Beyond Empire: Law-Making and Local Normativities in Iberian Asia, 1500–1800, Leiden, 1–31
- Boccara, Guillaume (1996), Notas acerca de los dispositivos de poder en la sociedad colonial-fronteriza, la resistencia y la transculturación de los Reche-Mapuche del centro-sur de Chile (XVI–XVIII), in: Revista de Indias 56, no. 208, 659–695
- Calderón, Melchor (1963 [1599?]), Tratado de la importancia y utilidad que ay en dar por esclavos a los indios rebelados en Chile, 1599, in: Medina, José Toribio (ed.), Biblioteca Hispano-chilena (1523–1817), vol. 2, Santiago de Chile, 5–37

76 War Council of the Indies, »On branding Indian slaves in the face.« AGI, Chile 4.

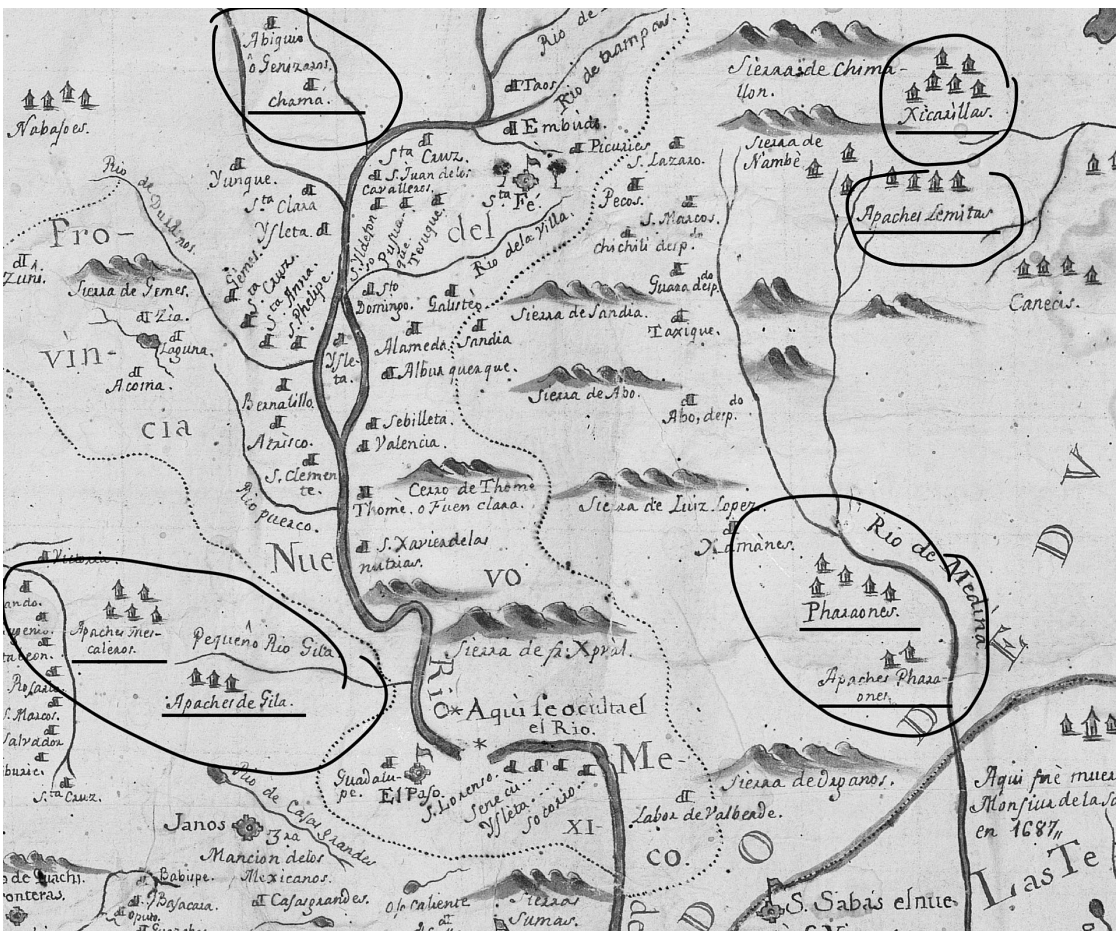
Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Contreras Cruces, Hugo (2017), Los conquistadores y la construcción de la imagen del ›indio‹ en Chile central, in: Valenzuela Márquez, Jaime (ed.), América en Diásporas. Esclavitudes y migraciones forzadas en Chile y otras regiones americanas (siglos XVI–XIX), Santiago and Valparaíso, 49–79
- Díaz Blanco, José Manuel (2009), Una diatriba historiográfica en torno al Padre Luis de Valdivia, S. I. (1876–1914), in: Estudios Humanísticos. Historia 8, 269–291
- Díaz Blanco, José Manuel (2010), Razón de Estado y buen Gobierno. La guerra defensiva y el imperialismo español en tiempos de Felipe III, Sevilla
- Díaz Blanco, José Manuel, José Manuel Zavala Cepeda (2020), Luis de Valdivia and the Parlamentos from 1605 to 1617, in: Zavala Cepeda, José Manuel, Tom Dillehay, Gertrudis Payàs (eds.), The Hispanic-Mapuche Parlamentos: Interethnic Geo-Politics and Concessionary Spaces in Colonial America, Cham, 52–72
- Diccionario de Autoridades (1737) = Real Academia Española (ed.), Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las phrases o modos de hablar, los proverbios o refranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua, Madrid, vol. 5, https://apps2.rae.es/DA.html
- Duve, Thomas (2020), Pragmative Normative Literature and the Production of Normative Knowledge in the Early Modern Iberian Empires (16th and 17th Centuries), in: Duve, Thomas, Otto Danwerth (eds.), Knowledge of the *Pragmatici*. Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America (Max Planck Studies in Global Legal History of the Iberian Worlds 1), 1–39
- Eraso, Domingo de (1867 [1599]), Papel sobre la esclavitud de los indios de Chile del capitan Domingo de Eraso, in: Colección de Documentos para la Historia de España, Madrid, 218–231
- Foerster, Rolf (1994), Jesuitas y Mapuches 1593–1767, Santiago de Chile
- Gaune, Rafael (2016), Escritura y Salvación. Cultura misionera jesuita en tiempos de Anganamón, siglo XVII (Biblioteca Jesuita de Chile. Estudios), Santiago de Chile
- Goicovich, Francis (2006), Alianzas geoétnicas en la segunda rebelión general: génesis y dinámica de los vutanmapus en el alzamiento de 1598, in: Historia 39, 93–154
- Goicovich, Francis (2007), Entre la conquista y la consolidación fronteriza: dispositivos de poder hispánico en los bosques meridionales del Reino de Chile durante la etapa de transición (1598–1683), in: Historia 40, 311–332
- Goicovich, Francis (2019), Un reino con dos escenarios. La cuestión del trabajo y los derechos indígenas en la gobernación de Chile en la etapa pre-jesuita: entre el nativo encomendado y el auca sublevado, in: Revista Tiempo Histórico 10, no. 19, 17–49
- Hanisch, Walter (1981), Esclavitud y libertad de los indios de Chile, 1608–1696, in: Historia 16, 5–6
- Hanisch Espíndola, Hugo (1991), La esclavitud de los indios en el Reino de Chile. Sus fuentes jurídicas. Prácticas y tráfico esclavista, in: Revista Chilena de Historia del Derecho 14, 91–125
- Hanke, Lewis (1943), Cuerpo de documentos del siglo XVI sobre derechos de España en las Indias y las Filipinas, Mexico
- Hanke, Lewis (1949), The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America, Philadelphia (PA)
- Jara, Álvaro (1971), Guerra y sociedad en Chile: la transformación de la Guerra de Arauco y la esclavitud de los indios, Santiago de Chile
- Jara, Álvaro, Sonia Pinto (1982), Fuentes para la historia del trabajo en el Reino de Chile: legislación, 1546–1810, vol. 1, Santiago de Chile
- Jara, Álvaro, Sonia Pinto (1983), Fuentes para la historia del trabajo en el Reino de Chile: legislación, 1546–1810, vol. 2, Santiago de Chile
- Korth, Eugene H. (1968), Spanish Policy in Colonial Chile. The Struggle for Social Justice, 1553–1700, Stanford (CA)
- Lizana, Elías (1920), Colección de Documentos Históricos del Archivo del Arzobispado de Santiago, tomo II: Cedulario, Santiago de Chile
- Lizárraga, Reginaldo de (1943 [1599]), Parecer acerca de si contra los Indios de Arauca es justa la guerra que se les haze y si se pueden dar por esclavos, in: Hanke (1943), 294–300
- Medina, José Toribio (1982), Colección de Documentos inéditos para la Historia de Chile, Second Series, vol. VII (1600–1606), Santiago de Chile
- Mellafe, Rolando (1959), La introducción de la esclavitud negra en Chile. Tráfico y rutas, Santiago de Chile
- Meza Villalobos, Néstor (1946), Régimen jurídico de la conquista y de la guerra de Arauco, Santiago de Chile
- Obregón Iturra, Jimena Paz, José Manuel Zavala Cepeda (2009), Abolición y persistencia de la esclavitud indígena en Chile colonial: estrategias esclavistas en la frontera Araucano-Mapuche, in: Memoria Americana 17,1, 7–31
- Parodi Ambel, Karime (2019), La esclavitud indígena en Chile: argumentos, autoridades y pseudo-diálogo en el Tratado de Melchor Calderón, in: Colonial Latin American Review 28,4, 496–513
- Pinto Rodríguez, Jorge (1988), Misioneros en la Araucanía, 1600–1900: un capítulo de historia fronteriza en Chile, Temuco
- Prieto, Andrés (2013), Introducción al Manifiesto apologético de los daños de la esclavitud del Reino de Chile, in: Rosales (2013 [1670]), 13–95
- Reséndez, Andrés (2016), The Other Slavery: The Uncovered Story of Indian Enslavement in America, Boston (MA)
- Rosales, Diego de (1877 [1674]), Historia General del Reyno de Chile, Flandes Indiano, tomo I, Valparaíso
- Rosales, Diego de (1909 [1672]), Manifiesto apolojético de los daños de la esclavitud del reino de Chile, por el padre Diego de Rosales, de la Compañia de Jesus, dos veces vice-provincial, rector del Colegio de Santiago i de la Concepcion, i calificador del Santo Oficio de la Inquisicion, natural de Madrid. Dedicado al Rei, nuestro señor, D. Cárlos II., = idem, Tratado de los daños de la esclavitud de los indios del Reino de Chile, in: Amunátegui Solar, Domingo, Las Encomiendas de Indíjenas en Chile, Santiago de Chile, 183–251
- Rosales, Diego de (2013 [1670]), Manifiesto apologético de los daños de la esclavitud del Reino de Chile, Andrés Prieto (ed.), Santiago de Chile

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Valenzuela Márquez, Jaime (2009), Esclavos mapuches. Para una historia del secuestro y deportación de indígenas en la colonia, in: Gaune Corradi, Rafael, Martín Lara (eds.), Historias de racismo y discriminación en Chile, Santiago de Chile, 225–260
- Valenzuela Márquez, Jaime (2011), Revisitando el ›indigenismo‹ jesuita: en torno a los ›bárbaros‹ de Arauco, la guerra y la esclavitud mapuche en el siglo XVII, in: Chamorro, Graciela et al. (eds.), Fronteiras e identidades: Encontros e desencontros entre povos indígenas e missões religiosas, São Paulo, 61–79
- Valenzuela Márquez, Jaime (2017a), América en Diásporas. Esclavitudes y migraciones forzadas en Chile y otras regiones americanas (siglos XVI–XIX), Santiago / Valparaíso
- Valenzuela Márquez, Jaime (2017b), Los Erazo: Itinerarios estratégicos en la construcción de un linaje colonial de la periferia imperial (Chile, 1592–1692), in: Palimpsesto, Special Issue (Jan.–June), 36–69
- Valenzuela Márquez, Jaime (2019), Los indios cautivos en la frontera de guerra chilena: entre la abolición de la esclavitud y la recomposición de la servidumbre esclavista, in: Alveal, Carmen, Thiago Dias (eds.), Espaços coloniais: domínios, poderes e representações, São Paulo, 229–261
- Valenzuela Márquez, Jaime (2020), Infieles traídos de la guerra del sur. Perspectivas desde el bautismo de indios cautivos y desnaturalizados de la guerra de Arauco (Santiago de Chile, 1585–1610), in: Anuario de Estudios Americanos 77, 161–192
- Van Deusen, Nancy E. (2021), Indigenous Slavery's Archive in Seventeenth-Century Chile, in: Hispanic American Historical Review 101,1, 1–33
- Vascones, Juan de (1943 [1599]), Petición en derecho para el rey nuestro señor en su Real Consejo de las indias, para que los rebeldes enemigos del Reino de Chile sean declarados por esclavos del español que los hubiere a las manos. Propónese la justicia de aquella guerra y la que hay para mandar hacer la dicha declaración, in: Hanke (1943), 302–312
- Vitoria, Francisco de (1981 [1539]), Relectio de Iure Belli o Paz dinámica (Escuela Española de la Paz. Primera generación 1536–1560), Luciano Pereña, Vidal Abril, Carlos Baciero, Antonio García, Francisco Maseda (eds.), Madrid
- Walker Trujillo, Osvaldo (1992), El P. Juan de Vascones OSA, y sus memoriales sobre Chile, in: Archivo Agustiniano 76, no. 194, 141–166
- Zapater, Horacio (1992), La búsqueda de la paz en la guerra de Arauco: Padre Luis de Valdivia, Santiago de Chile
- Zavala Cepeda, José Manuel (2010), ¿Enemigos o Rebeldes? Categorización hispana de la resistencia mapuche en el Chile del siglo XVIII, in: Araya, Alejandra, Jaime Valenzuela (eds.), América Colonial. Denominaciones, clasificaciones e identidades, Santiago de Chile, 201–217
- Zavala Cepeda, José Manuel (2011), Los mapuches del siglo XVIII: dinámica interétnica y estrategias de resistencia, Temuco

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH



Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

David Rex Galindo

Forms of Indigenous Labor on New Spain's Northern Frontiers: The Cases of New Mexico and California (17th–18th Centuries)*

From the late 15th until well into the 20th century, European empires colonized territories across the globe and sought to gain riches of all kinds from the regions thus conquered. The mining, pastoral, and agricultural industries relied on the labor of local, freely mobile people as well as individuals who were brought in by force to secure resources. Wealth in extractive commodities such as silver, sugar, coffee, and tobacco ultimately underpinned European empires' expansive, global power from the 15th century onward. While Spanish expansion was based on military conquests, it also involved incorporating local groups into the colonial social fabric. In Spanish America and the Philippines, the extraction of Indigenous labor and tribute, central to empire building, took many shapes depending on temporal, geographical, and global contingencies. Economic growth in Spain's empire thus rested on various labor mechanisms that showcased the Spanish imperial diversity.

The manifold forms of labor relations with the Indigenous population resulted from the territories' vastness, ecological, political, and cultural heterogeneity, and colonists' unequally distributed presence. Thus, control over Indigenous labor varied depending on the power Spanish colonists could enforce in the territories where they settled. Although not all situations involved coercion or the use of unfree laborers – one instance was the thriving silver production center of Potosí in Upper Peru (now Bolivia), where waged labor became dominant because of insufficient numbers of coerced free workers and enslaved people – Spanish authorities resorted to various mechanisms of compulsory work wherever needed and possible.[1]

In this essay, I want to highlight that much of such resourcefulness and diversity in establishing various modes of Indigenous labor is historical and connected to frontier experiences. Coercive, exploitative instances of Indigenous labor endured in the Spanish empire's frontier territories, areas with higher levels of violence, where alterities were constructed, and with weaker reaches of viceregal and royal dictums. Two noted instances of the interconnectivity of frontier violence and Indigenous exploitation emerge from New Mexico and the Hispanic-Mapuche frontier in Chile from the 17th through the 18th centuries. In these liminal spaces, Apache and Mapuche men, women, and children were captured, sold to the highest bidder, forced to migrate to distant territories such as Cuba and Lima, and worked in mines, homes, agricultural enterprises, and textile factories.[2] Yet, in both frontier settings in northern New Spain and the Southern Cone, various forms of Indigenous labor coexisted: in addition to the capture, sale, and displacement of independent Indigenous people, laborers were employed through the *encomienda* and *repartimiento* systems, *naborías*, or waged work.

* I thank Thomas Duve for all his support in the collaborative Partner Group »Towards a renewed legal history of indigenous labor and tribute extraction in the Spanish Empire«. I am grateful to contributors Carolina Hiribarren, Constanza López Lamerain, and Mirko Suzarte Škarica for their help in organizing my ideas. I thank José Luis Egío for his generous and extensive suggestions, many of which I followed. Finally, I would like to extend my gratitude to the participants of the 2023 virtual workshop with the Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, particularly Thomas Duve, José Luis Egío, Raquel Razente Sirotti, Luisa Stella Coutinho, and Rômulo da Silva Ehalt, for their valuable feedback.

1 We know that waged labor, perhaps not utterly detached from coactive practices, also thrived in certain circumstances, primarily in successful mining centers, ranches, and *haciendas*. Demand for workers, at least in these scenarios, favored the labor conditions of Indigenous and African mining workers in the 16th and 17th centuries. Peter Bakewell showed how the workforce in Potosí, now Bolivia, derived from waged workers, *mitayos*, *yanaconas*, and slaves, Bakewell (1984). Also, wage workers became part of the workforce in large ranches and *haciendas* or *estancias*, Melville (1994).

2 See, for instance, Conrad (2021) and the essays in Valenzuela (ed.) (2017).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Various levels of coercion and abuse, which to some might resemble ›slavery-like‹ working conditions, occurred in these diverse workforces, but these were part of an overall variety of labor systems that coexisted in the frontier regions of the Spanish empire.[3]

Locally, due to the contingencies of frontier life, Indigenous peoples, Africans, Europeans, and their mixed offspring adapted to local contexts and needs by creating and tailoring local and imperial norms and practices of labor systems. In frontier settings, norms emerged from local practices in order to regulate the daily lives of individuals and communities in areas where locals operated with less sense of scrutiny from royal and imperial authorities. In the areas analyzed in this *Focus* – late medieval Granada, 17th-century Chile, 19th-century Philippines, and northern New Spain – there was a certain plasticity in the various normative orders underpinning labor relations in the Hispanic world. Thomas Duve's multinormativity model, which proposes various normative levels for early modern legal praxis, may fit in the context of multi-ethnic and multi-cultural frontiers. In imperial peripheral areas, the acts of colonial subjects were scrutinized against various layers of normative orders ranging from pre-Hispanic legal traditions and the Castilian *ius commune* to moral and customary norms. Casuistry and jurisprudence, seasoned with local customs and norms, imperial laws, norms governing ecclesiastic issues, and Catholic morals came together to create a diverse pool of multi-normative orders from which actors sought justice. The overlapping multi-normative orders administered daily lives and also tailored normativities around labor and the status of Indigenous peoples. Canon law, for instance, was crucial in establishing categories of subjects, including the status of *persona miserabilis* for Indigenous peoples in the Americas.[4]

Thus, we can reconstruct how local practices of exploitation and abuse acquired a normative value, even if against the grain of norms emanating from the empire. Another important element to consider is the fluidity of frontiers in those regions. Against this backdrop, I aim to illustrate the interconnectivity of practices and norms in the study of labor relations in such frontier territories. My goal here is to depict the diversity of labor systems and forms of coercion as it pertained to the Spanish empire's northern frontiers and the various conceptual and normative foundations behind this plethora of systems.

›Frontier of empire‹ as a category of analysis is also useful in this case. I look at frontiers as territories where various independent groups coalesced and encountered each other with various degrees of violence and shaped each other. In this sense, frontiers are dynamic spaces that change geographically, ecologically, and demographically because of these encounters, which regularly involved violence and biological, material, or epistemological exchange, and the creation of alterities.[5] Because much emphasis has been placed on coercion in studying labor relations, I first explore the coercive nature of some labor systems in the Spanish empire. I then concentrate on slavery as a category of analysis in approaching labor systems

3 See, for instance, Deeds (1989) and Hackel (2005), chapter 7. Recent works agree that on northern New Spain's frontiers, Indigenous slavery prevailed throughout the colonial period, see Brooks (2002); Conrad (2021); Gutiérrez (1991); Reséndez (2016). Throughout the 16th century, the economies on frontier territories increasingly turned to Indigenous slavery as a source of labor and profit; no one would prove immune to its effects. However, *encomiendas* and *repartimientos* were also legal justifications for such abuses, which Reséndez (2016) coined as »the other slavery«. In Chile, Hugo Contreras Cruces has also argued that the *encomienda* and *repartimiento* systems, along slavery, lasted through the 18th century as Hispanic colonists resorted to the capture and sale of Mapuches even into Potosí and Lima, Contreras Cruces (2017). See also Valenzuela (ed.) (2017).

4 Duve (2022); and the essays in Duve / Danwerth (eds.) (2020). For the status of Indigenous peoples as *persona miserabilis*, see Cunill (2011, 2017); Duve (2004). For the role of ecclesiastical law and clerics in the discourse over slavery in early Chile, see Constanza López Lamerain's article in this *Focus*. Since early Christianity, theologians and canonists like Augustine of Hippona acknowledged the need for the unfree servitude of captives of war, whose lives were spared to serve the victors. Sins caused war, and hence bondage was a way to atone for sins, Cervino Hernando (2014).

5 I acknowledge my Eurocentric and imperial approach, as frontiers refer to the peripheries of empire, distant from imperial cores in areas like central New Spain or Peru, but comprising the centers to those living in such frontier territories as local colonists and Indigenous peoples. For definitions of frontiers, see Sanz Camañes / Rex Galindo (eds.) (2014). See also Adelman / Aron (1999) and the short reply essays by Haefeli (1999); Schmidt-Nowara (1999); Wunder / Hämäläinen (1999).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

in the Americas. I believe the institution of slavery merits conceptual, historical, and etymological overviews to illustrate its extensive use and historiographical alternatives. Finally, I analyze various forms of Hispanic-Indigenous labor relations on New Spain's northern frontiers, particularly in 17th-century New Mexico and late colonial California.

The Coercive Nature of Colonial Labor Systems

Scholars have emphasized coercion in their studies of Indigenous and African (and their descendants') labor relations in the Iberian empires. For the Hispanic world, most studies centered on the institutions of *encomienda*, *repartimiento*, *mita*, personal servitude *(servicio personal)*, and slavery, to cite a few instances. These labor systems in Spanish colonial possessions entailed the control, forced mobility, and subjugation of the working force.[6] For New Spain, Silvio Zavala, in his studies of Indigenous labor in New Spain and Peru, has established that Indigenous »free labor« entailed degrees of coercion.[7] Richard Salvucci pointed out that economic development in early Mexico, when the Indigenous population declined and the Spanish proprietor population increased, could not have happened without coercing the working force. While free labor existed, reliance on compulsion and the aforementioned institutions were incentivized.[8] Even if the rise of capitalism eventually led to the end of the legality of unfree labor, particularly chattel slavery, capitalist practices of free-wage labor have endorsed (extreme) labor coercion. Indeed, historically, to be free did not imply complete freedom from coercion.[9]

As for this paper, a look at Indigenous labor in the Spanish Caribbean and New Spain shows how labor practices, coercion, and the casuistic normative systems in the Americas overlapped. It further underscores the legislative oscillations in establishing labor systems due to contingent temporal and spatial circumstances in the Spanish possessions during the colonial period. One instance emanates from the origins of slavery, *encomienda*, and *repartimiento* in the first century of conquest and the status of Indigenous peoples. Until 1542, Indigenous slavery coexisted with other forms of labor on the Caribbean Islands and the mainland. Colonists resorted to the enslavement of enemy local peoples in the Caribbean basin and on the *encomienda*, a royal grant of Indigenous labor to the colonists on the Caribbean islands. By the mid-16th century, the king further offered the *encomenderos* or grantees tribute collections from their granted Indigenous peoples. In exchange for tributes and work, Indigenous peoples would be christianized and turned into loyal Catholic subjects of the king. The *encomienda* resembled the feudal system by which a lord protected peasants in exchange for tribute and work on their land. Eventually, the crown dropped tribute collection as part of the rights of *encomenderos*, who from then on could only extract labor.[10]

Tensions over unfreedom and the Indigenous status as free vassals of the monarch unfolded early on.[11] However, the status of Indigenous peoples as *personae miserabiles* (since the 16th century) conceded asymmetrical relations between Spaniards and Indigenous peoples in the administration of justice. Authorities believed Indigenous peoples

6 The number of works is too vast to enumerate. For recent historiographical introductions to Indigenous labor see Gil Montero (2015, 2020); Dias Paes (2020); Graubart (2020); Teubner (2020). See also Contreras Cruces (2017), chapter 1.

7 Zavala (1993).

8 Salvucci (2010) 629–631, quote on p. 631, states that population scarcity due to demographic collapse in the first century of conquest should have increased wages in a free market with free labor. The wages of Indigenous workers did not increase, and authorities resorted to compulsory work. Salvucci points out that early Mexican markets and productions were not efficient: »The landlord maximizes his or her share of output not by enhancing productivity, or by doing the kinds of innovations that the ›improving‹ landlords of England did, but by using the law to keep the Indians from demanding anything approximating a market wage that reflects their true opportunity cost.«

9 Mahmud (2013) 218–219.

10 Zavala (1993); Simpson (1966); Lockhart (1969); Keith (1971). Studying the *encomienda* grants, James Lockhart pointed out that Indigenous peoples – and not tribute – were granted to the *encomenderos*, Lockhart (1969) 414–415.

11 Following Isabel I's will, the 1512 Laws of Burgos, the Royal Junta of 1523, and finally, the *Leyes Nuevas de Indias* or New Laws of the Indies of 1542 established this status. These royal edicts conflicted with feudal practices in the Americas and launched conflicts between the monarch and local elites in the Americas, recalling the end of the medieval seigneurial rule for the modern state; on this, see Hanke (1949).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

lacked knowledge of the colonial system imposed upon them; they were considered minors who needed tutelage and protection. Labor was part of that necessary instruction and control in order to reach a higher level of ›civilization‹, that of the Spaniards. Hence, the juridical status and economic needs altogether justified their *repartimiento* – the allocation of Indigenous peoples to work in public works or for individuals – in the *encomienda* system; this included the use of coercion, if necessary, theoretically and ironically, for the well-being of local communities. In return, conquistadors should procure the means to evangelize their trusted Indigenous communities, bring them into Catholicism, teach them the Spanish culture, and protect them.[12] The *encomienda* system, imprinted with a historical, normative genealogy, rested on existing power asymmetries and subsequent coercion of Indigenous »free vassals«.[13] As a corollary, researchers have also called to move beyond rigid juridical slavery-freedom dichotomies and emphasize the complexities of labor experiences and how Indigenous and African labor relations in all their forms affected subjugated individuals in different, interrelated ways.[14]

For instance, scholars in the Bonn Center for Dependency and Slavery Studies have relied on the asymmetrical dependency concept to move away from the term ›slavery‹ in order to elicit a less Eurocentric analysis in the study of coercive relations. They seek to strike down the ›slavery versus freedom‹ dichotomies, arguing that asymmetrical dependency encapsulates institutionally sanctioned control over other individuals' actions, access to resources, and spatial mobility. However, the challenges presented by this approach lie in determining how these processes emerge, sustain, and materialize in social relations.[15] One goal of the Partner Group project and the articles in this *Focus* was to go beyond such bipolar approaches to slavery and freedom and illustrate various labor systems that included compulsion within freedom. That has also been the goal of research conducted at the Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, which has focused on the multinormative aspects behind the various asymmetrical dependency systems.[16] As Paola Revilla Orias suggests, we should pay attention to the »entangled coercions« of African slavery and Indigenous labor systems in colonial Spanish America. She proposes to study labor experiences to highlight that »those who, despite being free, were exposed to multiple non-free labor systems, were linked, and many times in their most intimate coactive characters, to those who lived under standardized slavery.«[17]

The study of African slavery has received ample – and necessary – attention. Scholars have analyzed the various routes of slavery in the Mediterranean, the Atlantic, and the Caribbean and quantified the numbers of African slaves who perished as well as those who survived the calamitous trade routes.[18] Researchers have analyzed the socioeconomic facets behind the slave trade and slavery and the catastrophic effects on those enslaved and on Africa. We also know the consequences of the slave trade for the development of Europe, the Americas, and Africa, as well as for enslaved people's resistance, survival, and cultures. More recently, the Pacific slave trade of Asians into the Americas has emerged from scholarly neglect.[19] Historians and legal historians have also studied the normative orders regulating trade, the slavery system, and

12 Mira Caballos (1997) 77. For *persona miserabilis*, see Duve (2004); Cunill (2011, 2017).

13 Reséndez (2016); Revilla Orias (2020) and the English version Revilla Orias (2021).

14 Paola Revilla Orias, in her study of African and Indigenous slaveries in the Audiencia of Charcas (current Bolivia), suggested to study differences and commonalities between both systems of unfree labor and how life experiences were beyond legal conditions, Revilla Orias (2020) and the English version Revilla Orias (2021). See also Winnebeck et al. (2023) passim.

15 Winnebeck et al. (2023) passim.

16 Duve (2021).

17 Revilla Orias (2021) 4.

18 The impressive trans-Atlantic and intra-American slave trade databases »Slave Voyages« can be accessed at www.slavevoyages.org, which offers insightful quantitative analyses of embarked and disembarked slaves, the slave ships, dates and ports of origin and destination, crew, ethnicity, and nationality, etc. According to recent estimations from the massive Trans-Atlantic and Intra-American slave trade databases, 15 million human beings were enslaved in Africa to be traded to Europeans. These studies estimate that in over 36 000 voyages, more than 12,5 million Africans embarked, and over 10,7 million disembarked on the American coasts and in Europe.

19 A historiographical review in Zeuske (2012). For Latin America, see the classic Klein / Vinson (2007). For the Pacific slave trade, see Seijas (2014); Oropeza (2020).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

the slaves' conditions.[20] Most of this work addresses the chattel slavery of peoples of African descent. Indigenous slavery, on the other hand, has received less attention because of its temporally and geographically restricted existence, and most work in Spanish America and the Philippines has centered on other forms of servitude and labor regimes with a compulsory nature.[21]

Conceptualizing and defining the terms used in order to comprehend practices and norms related to bondage and forms of labor posit challenges, as the long-standing debate over the meaning of ›slavery‹ demonstrates. From a conceptual and semantic viewpoint, ›slave‹ and ›slavery‹ have become mammoth terms. Mostly based on research into African chattel slaves in the Atlantic world from the 15h through the 19th centuries – the time frame of the Trans-Atlantic slave trade – scholars tend to establish parallels between forms of coerced labor and chattel slave conditions and chattel slave status, more so because such similarities can bring more attention to specific study topics. The historical and etymological backgrounds of terms also merit some attention: slavery takes the voice of alterity – the Slav – which has depicted the coactive relations in colonial settings between the colonizer and the colonized other.

A Note on Terms

A look at the etymological origin of ›slavery‹ seems pertinent because it offers a window into the ample use of the term and its generalizations. The terms *Sklave* (German), slave (English), *esclavo* (Castilian), *schiavo* (Italian), and *esclave* (French) evolved from the Latin root *sclavus*, which in medieval Europe originally meant an ethnic Slav. Western European medieval documents show the Latin term *serva / servus*, deriving from Roman law, to refer concurrently to an unfree person, a slave, or a free person such as a free serf. The fluidity of the term *servus* in the early Middle Ages contrasted to the fixed meaning of *ancilla* as an enslaved person. Juridically, *servi* (pl. of *servus*) had various obligations and rights that differed from region to region in Europe.[22] For instance, in the 13th-century *Siete Partidas*, Alfonso X's compilation of Castilian norms and customs, victors spared war captives' lives through bondage. The *Siete Partidas* classified three classes of *servi*: the first are those captured in war who are enemies of the faith; the second, those born of *servi*; the third, a free person who allows himself to be sold.[23] By the 1200s, most captives sold in Western European markets were ethnic Slavs, and so the term *sclavus*, which initially meant a Slav or an enslaved Slav without any further distinction, began to displace Latin words such as *ancilla*, *serva / servus*, and *familius* for an enslaved person.[24]

Western Europeans also imported Greek ideas of bondage and unfree labor into their societal hierarchies. Aristotle became a significant source for the defense of slavery in medieval and early modern Europe and its colonies. Aristotle's human taxonomy categorized the *doûlos* / pl. *doúlous* [δοῦλος / pl. δούλους] or ›enslaved‹ humans and their *despotēs* [δεσπότης] or masters by nature. To Aristotle, the *doûlos* was attached to the status of bondage, hence scholars have translated *doûlos* as slave, and created the term ancient slavery, distinct from early modern chattel slavery, or modern slavery. Because *doúlous* did not belong by nature to themselves, they were another person's dependents and, ultimately, property. Aristotle further ensured a rational and physical difference between the *doûlos* and free people. Thus, the *doûlos* was strong and ready for »servile labor«, while a free person was »useful for political life«. In a last twist, because nature prompted such categories, slavery was convenient and just. Aristotle, however, criticized the slavery of captives since it might happen that, in this way, those who were not slaves by nature could become enslaved. Aristotle's words set a precedent in defining a blurry term such as slavery, mainly because it was unclear who was or was not a slave by nature, but also because alterity could eventually justify the exploitation and even-

20 For Brazil, see for instance Dias Paes (2021); Jiménez Cantisano / Dias Paes (2018). For Spanish America, Lucena Salmoral (2005).

21 On Indigenous slavery, see, for instance, Mira Caballos (1997); Reséndez (2016); Revilla Orias (2021).

22 Kłosowska (2020) 161, 170–173. For the connection to Roman law, see Cuena Boy (2022).

23 Phillips (2010, 2014), and Mirko Suzarte's essay in this *Focus*.

24 Kłosowska (2020) 160, 171.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

tual enslavement of the other, as would happen in colonial settings, particularly in violent frontier territories.[25] Daniel Santibáñez Guerrero, in his etymological analysis of concepts of bondage, unfree labor, and slavery in classical Greek, laid out the use of other terms such as *oiketēs* [οἰκέτης] or domestic servant; *ákólouthos* [ἀκόλουθος], a soldier's servant but also a domestic servant; *látris* [λάτρις], another kind of domestic servant who worked in the household but also in the fields; and *doúlema* [δούλεμα], which explicitly addresses the physical work carried out by slaves that Aristotle described in his Politics. Besides the *doûlos*, these terms reflect the various forms of dependency through compulsory subjection and lack of choice between human beings.[26]

As mentioned above, western Europeans and Muslims began to change their terminology to define bondage relations by the 1200s. Late medieval juridical texts in Latin and Arabic introduced demonyms as synonyms of *servus*: *sclavus*, *sarracenus*, and *maurus* in Latin, and in Arabic *zawila* (Libya), *sûdân* (Africa), *sqlâbi / sqâliba* (singular / plural, Slav), *'abd / 'abid* (Black), and *milk / mamluk* (property). At least in Arabic, terms that referred to physical appearance also became synonyms of bondage men, women, and children and indicated specific classes or hierarchies within them. As Hannah Baker points out, demonyms, physical appearance, and terminology were used to categorize various bondage conditions in the late medieval Mediterranean basin, practices that the Spaniards then exported to the Americas and the Philippines, as the case of the Apaches shows for northern New Spain and the Coolies in the Philippines, Cuba, and Peru.[27]

Because of historical connections to the Mediterranean, various forms of bondage and coercive relations linked to the Greeks, Romans, Visigoths, Muslims, Jews, and Christians spread throughout the Iberian Peninsula. In the 8th century, Muslims brought their forms of unfree labor and coerced relations into Muslim Iberia, and their practices endured in Christian Iberia. Inter-faith warfare and the Mediterranean slave routes underpinned the trading of captives. As scholars have shown, much of this human trade on Iberian soil happened in the seaports under the Crown of Aragón, where primarily women from Eastern Europe, North Africa, and sub-Saharan Africa were bought and sold in cities like Barcelona and Valencia. This late medieval exploitation was urban rather than rural, targeting mainly Muslim and non-Catholic peoples from the eastern Mediterranean basin. The practice of unfree labor and bondage differed in Castile, with fewer commercial ties to the Mediterranean and an ongoing conflict with Muslim Iberia until 1492, when the last Muslim kingdom of Granada fell under Queen Isabel and King Fernando. Frontier warfare fed Andalusia, Murcia, and the Royal Court with bonded men, women, and children. Inter-faith violence on the Granada-Castilian frontier ensured the continuity of well-supplied markets of human beings. Even in the 16th century, the Morisco rebellions – instigated by those Muslims who had remained unconverted on Iberian soil – resulted in Muslim captives to be sold in southern Spain.[28] These practices and their normative foundations translated to the New World in the age of discovery and conquest.

Like in Europe, Africa, and elsewhere, coercion and unfreedom were also ingredients of the labor menu in America and the Philippines, where pre-conquest societies were socially stratified and hierarchical, and unfree labor presented all its diversity and complexity there. In pre-Hispanic societies, violence and warfare precluded the establishment of domination and coercion. In the Philippines, as Carolina Hiribarren shows in her contribution to this *Focus* dossier, there were trading routes for captives among the different ethnic groups on the islands of this archipelago.[29] Scholars have studied institutions such as the *mita* in Peru to highlight the compulsory, rotatory labor regimes for public

25 Aristotle (1916) 34–36, 1254b–1255a. Aristotle's natural slave, via Thomas Aquinas, had an everlasting imprint on those who defended the enslavement of Indigenous and African peoples in the early modern period, see Hanke (1949) and Pagden (1982).

26 Santibáñez Guerrero (2021) 84.

27 Kłosowska (2020) 162–163, citing the work of Meouak for Arabic. See also Barker (2019), in particular chapter 2. Paul Conrad points out that in northern New Spain, the term »Apache« became synonymous for slaves in the 18th century: Conrad (2021). For the Coolies, who were people of Chinese descent in the Philippines, see Carolina Hiribarren's essay in this *Focus*.

28 Phillips (2010, 2014), and Mirko Suzarte's essay in this *Focus*.

29 See Carolina Hiribarren's essay in this dossier and Hiribarren (2022).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

works in the Andes under Inca rule and the *tlacotin* (sing. *tlacotli*), or Nahua serfs, in early Mesoamerica.[30] I will comment briefly on the latter.

Nahua society was stratified and hierarchical. At the top of the social pyramid, the *tlatoani* (speaker) was the ruler of an *altepetl* or city-state, who could also be considered ›king‹ of a city-state such as Mexico-Tenochtitlan. Beneath the *tlatoani*, the hierarchy comprised diverse groups of elite members such as the *tecuhtli*, who lived in the palaces inside the cities over which they kept control and collected tribute for the *tlatoani*, and the noble *pipiltin*, who had access to high-ranking positions within the military, the priesthood, and the government. There were also the *pochteca* or merchants, who traveled long distances to bring back luxury goods treasured by the nobility, and the *macehualtin*, or commoners, who were farmers, warriors, and craftsmen – most free members of the Nahua societies. At the bottom of Aztec society were the *tlacotin* (or *tlatlacotin*; sing. *tlacotli*). Nahua people became *tlacotin* by selling themselves to another person to pay for debts or as punishment for crimes; families could sell their children and spouses to pay for debts and obtain revenue. People were also captured in war and could then be sold and become *tlacotin*. They were not property but could be temporarily pawned. Nevertheless, their status as *tlacotin* was temporary, and they had certain rights. Their owners could not mistreat them, they could buy their freedom, their masters could not sell them unless they agreed, and the descendants of *tlacotin* did not inherit such status. Whatever the individual circumstances, their condition implied certain levels of uncertainty, arbitrariness, and abuse in their treatment by their masters. After the conquest, Spaniards relied on these local stratified societies to exert dominion.[31] This instance from Nahua society shows how Indigenous communities had their own bondage and compulsory labor systems. However, for Indigenous societies, such concepts and terminologies are difficult to appreciate in all their nuances from the historical record. Scholars' overly broad use of the term ›slavery‹ to categorize otherwise complex and diverse modes of unfree labor and coerced conditions has persuaded those working on the Spanish empire.

A Normative, Historical Approach to Coercive Labor in Northern New Spain

By studying the cases of 17th-century New Mexico and late-colonial California, two frontier territories in northern New Spain, I offer empirical evidence on the diversity of labor forms and how local norms and practices mingled with royal and vice-royal dictums from Madrid and Mexico City. From the early Caribbean conquest onward, a contingent creation of normativities related to Indigenous labor and status took place. At the apex of reform in the mid-16th century, the 1542 Juntas of Valladolid and Barcelona debated the treatment of Indigenous peoples in the Americas, explicitly targeting slavery, *encomienda*, the grant of labor or tributes from trusted Indigenous peoples to their trustee in exchange of protection and Christianization, and *repartimiento*, the distribution of Indigenous peoples to work in public works or for individuals. The subsequent *Leyes Nuevas de Indias*, the »New Laws of the Indies« (1542), forbade existing Indigenous slavery and new enslavement, in all contexts. Until 1542, the crown had authorized the enslavement of Indigenous peoples in specific situations: captives considered cannibals, captives in just war, and »*indios de rescate*« who had been rescued by Spaniards from enslavement by other Indigenous peoples. Since all Indigenous peoples were the monarchs' vassals, the new laws asserted they could not be enslaved under any circumstance; and, as the *Leyes Nuevas de Indias* further prohibited a transfer of the *encomiendas* by way of inheritance, they were also condemned to disappear. This landmark legislation mainly targeted a cadre of local feudal elites, called *encomenderos*, who emerged after the conquest and received labor and tribute from their trusted Indigenous peoples.[32]

In northern New Spain, however, the practices of the *encomienda* and the enslavement of Indigenous peoples remained pervasive through the

30 For the *mita* in Peru, see Bakewell (1984).

31 Mentz (2007).

32 Zavala (1993); Masters (2022). Because the *encomenderos* fiercely opposed the laws in Peru and New Spain, in 1545, King Carlos I (r. 1516–1556) allowed for the inheritance of *encomiendas* to the following generation.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

eighteenth century despite royal bans. While Chile was an outlier – slavery in cases of just war became legal over the course of the 17th century, as Constanza López Lamerain shows in this *Focus* – legal bans became effective in New Spain.[33] Nevertheless, in the province of New Mexico, established around Santa Fe in 1598, violence and economic gain stimulated the capture of independent groups such as Apaches, Pawnees, Kiowas, or Comanches. Situated amid sedentary Pueblo peoples and surrounded by nomadic Indigenous groups, New Mexico remained a peripheral colony with few settlers and fewer economic opportunities. Thus, local colonial officials particularly championed recurrent campaigns to obtain captives to be kept and sold within and without the province. That is why, despite retreating in other parts of the empire in the 16th century, the *encomienda* and the capture and sale of Indigenous peoples thrived in New Mexico (and in other imperial frontier territories such as Chile and the Philippines).[34]

But in 17th-century New Mexico, the *encomienda* was conceived predominantly as a tribute-exacting institution. Pueblo communities were entrusted to a conquistador or *encomendero*, and, as a 1638 report shows, »each household of Indians pays to him each year, either as tax or tribute, one *fanega* of maize, which in that country is valued at four *reales*, and also a piece of cotton cloth six palms square, which is reckoned in price at six *reales*.«[35] Due to demographic collapse, by 1643, the ambitious governor Alonso Pacheco had requested to increase the collection of tributes from each household to each Pueblo individual, increasing the pressure on the Pueblo communities. Moreover, as part of the *encomienda* relation, Pueblo communities worked at the *encomenderos*' estates and homes for a daily salary that was hardly satisfying. Such demands became untenable when *encomenderos* maintained their requests to a diminishing Pueblo population, and labor became abusive and exploitative. Scholars have long argued that untreated grievances from excessive labor and tribute demands, among other reasons, caused the Pueblo Revolt of 1680, the most successful North American Indigenous rebellion against a European power.[36]

Moreover, New Mexico governors, with meager salaries and living in harsh frontier conditions, sought to make their positions as economically rewarding as possible. Because of the lack of minerals, governors turned to other sources of wealth, particularly human trafficking. Most 17th-century governors were involved in capturing and selling individuals from independent Indigenous peoples, particularly Apaches and Navajos. Colonists joined the efforts to turn this practice into a steady source of coerced labor for New Spain's agrarian and mining ventures. Hence, colonists and Pueblo communities also participated in and profited from this system of coerced labor, even if such widespread and undiscerning treatment of captives was illegal according to royal decrees.

Sources and various studies by authors such as James Brooks, Andrés Reséndez, and Paul Conrad document the capture and sale of Apaches throughout New Spain and the Caribbean colonies.[37] Depositions against New Mexican governors reveal the widespread practice of Apache captivity and enslavement and the far-reaching trade of human beings. For instance, in 1664, governor Diego de Peñalosa was accused of forcibly taking young girls from their families to work in his household, where they were probably sexually exploited and eventually sold in distant markets. In one case, a nine-year-old girl from the Indigenous town of Tzia was taken as a servant to his home and sold in central New Spain. Andrés López Zambrano's deposition against Peñalosa valued female Apache servants at 26 pesos in the 1660s.[38]

Colonists listed their property in their wills and in court cases; this included the presence of In-

33 See, for instance, Cuello (1988).

34 Gutiérrez (1991) 102–105. For 17th-century Chile, see Constanza López Lamerain's essay in this *Focus*; and for 17th-century Philippines, see Seijas (2014); Oropeza (2020).

35 Petition of Father Juan de Prada, Convent of San Francisco, Mexico City, 26 September 1638, in: Hackett (ed.) (1937), vol. III, 110.

36 Gutiérrez (1991) 105–107, 117–118; Conrad (2021) 27–28. Even if the *encomienda* system was outlawed after the 1680 rebellion, the crown authorized a *repartimiento* or levy of Pueblo Indians to work for the colonists as saw fit by the local authorities, see Gutiérrez (1991) 159–160. For governor Alonso Pacheco's 1643 increase of tribute and consequences, see Forbes (1960) 139–141.

37 Brooks (2002); Reséndez (2016); Conrad (2021).

38 Declaration of Andrés López Zambrano, Santo Domingo, February 20, 1664, in: Hackett (ed.) (1937), vol. III, 243–244.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

digenous servants. That was the case of the German Bernardo Gruber, who was arrested by the Inquisition for sorcery in 1668, and declared that he owned mules, horses, mares, »three Apache men and women«, socks, fine stockings, a sword, harquebuses, buckskins, saddles, and lassos, among other items.[39] Although strictly speaking, he did not own the three Apaches, the Inquisition collected the information to seize the defendant's assets as potential securities during the trial. This included the Apaches, who could be sold to the best bidder to secure payment of expenses incurred during the case. In this and other situations, as Paul Conrad has noted, Apache men and women were forcefully transported throughout New Spain, the Caribbean, and New France. Such ubiquitousness of Apache captives led to the use of the term »Apache« as an identity category for somebody who could be enslaved, thus blurring its ethnic meaning with that of status just as it had happened with the term »slave« in medieval Europe.[40]

Bonded and free workers coexisted in northern New Spain through coercion in the form of *encomienda* and *repartimiento*, captivity, and servitude. Besides the Pueblo Indian laborers, who technically were free vassals of the monarch but subjected to abuse and exploitation, there were also free Apaches who worked for daily pay. These paid, free workers performed higher-skill duties within the Spanish colonial society. Paul Conrad suggests that the free daughters of Apaches slaves might have lived among the Spanish elites as ›free Apaches‹, which in turn would mean that »Indian slavery was temporary and not hereditary.« Eventually, »Apaches could transition from slavery to freedom […] after ten- or fifteen-year periods of enslavement« in what Conrad defines as »temporary slavery«.[41] New Mexican governors created norms and left a paper trail to justify their raids to »legally« capture and sell Apaches and Navajos throughout the seventeenth century. Their legal maneuvering had more to do with how Hispanic frontier communities instilled a normative value to their local practices, despite contravening royal decrees, than with an intentional local-imperial legal confrontation.[42]

Likewise, the survival of Spanish colonial settlements on the California borderlands rested on the various forms of labor in the pastoral economy of Franciscan missions and ranches. Alta California was established in 1769 as a buffer colony against Russian and British encroachment on North America's Pacific Northwest coast. Between 1769 and 1821, Spain founded 21 Franciscan missions, four military *presidios* or forts, three *pueblos* or towns, and numerous ranches. Alta California never comprised more than 3000 Hispanic settlers on a coastal stretch from San Diego to the San Francisco Bay Area amidst tens of thousands of California Indigenous people. The existence of slavery has been at the core of the debates on Indigenous labor relations with the Hispanic population. While several scholars have ascribed to the slavery paradigm of labor, others have questioned whether California Indigenous working conditions indeed resembled slavery. Principally, scholars maintain the classification of Indigenous labor as coercive and abusive but ask for a nuanced analysis of the sources.[43]

There is a history in the ›slavery-like‹ interpretation that dates to the early visitors of Alta California in the late 18th century. A documented instance comes from French explorer Jean-François de Galaup de la Pérouse, who spent ten days in the Monterey Bay area in 1786. De la Pérouse met with the Franciscan missionaries and mission neophytes in Mission San Carlos.[44] He claimed that the state of these neophytes was similar to that of slaves in »plantations which are governed with most mildness and humanity«. De la Pérouse held great admiration for the Franciscan missionaries but struggled to rationalize their treatment of the converts living in the missions; he did not hesitate

39 Sequestration of the goods of Gruber, Abó, April 19, 1668, in: Hackett (ed.) (1937), vol. III, 276.

40 Conrad (2021) 34, 81, 95.

41 Conrad (2021) 38–39. Pueblo communities suffered under the *encomienda* and *repartimiento* systems until the Pueblo Revolt of 1680. Governor Diego de Vargas' reconquest of New Mexico in 1693 changed Hispanic-Pueblo relations, abolishing *encomiendas* and consolidating the *repartimientos*. Gutiérrez (1991) 155–156.

42 Conrad (2021) 30.

43 There is a significant body of literature on the matter. For short insights into the disputes and bibliographical support, see for instance Archibald (1978a); Hackel (2005) 9–10, 272–273, and more recently Hackel (2023).

44 Neophytes, a category of *personae miserabiles* in canon law, were Indigenous converts who lived in mission compounds and surrounding areas. Because of their status as neophytes, they enjoyed certain privileges but also lacked many rights and, in the case of the California and New Mexico missions, were subjected to Franciscan oversight, Duve (2004, 2010).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

to disclose that corporal punishment was regularly administered.[45] This and a few other testimonies by short-term visitors have fueled the interpretation of Indigenous labor in California as slavery.[46] Yet, like in other parts of Spanish America and the Philippines, Franciscan missionaries, colonists, and local authorities in California profited from multiple forms of Indigenous labor.

While Indigenous peoples in California labored in missions, towns, forts, and ranches against their will, as Steven W. Hackel has pointed out, they also asserted their demands against excessive conditions and attempted to implement various modes of labor whenever possible. The historical record shows that Franciscans resorted to violence and coercion to turn pre-conquest California peoples into loyal Christian subjects of the Spanish monarch. Yet Hackel asserts that »Indian laborers at the missions were neither enslaved nor indentured servants: in essence, they were a semicaptive labor force, held in place by both their own needs for food and community life and by the Spaniards' willingness to make them work and remain at the missions.«[47] California's agricultural and pastoral economy required the labor force to be productive. Like New Mexico and other frontier territories, California lacked a significant migration movement from the settled centers of Spanish dominion because of its remoteness and apparent absence of mineral resources. Demographics shaped labor needs: colonists, particularly missionaries, relied on Indigenous workers to fulfill their economic subsistence.[48]

Neither *encomienda* nor *repartimiento* systems made it to New Spain's distant northwestern frontier in the late eighteenth century. However, California Indigenous peoples worked in the *presidios*, towns, and ranches in a »wide spectrum of arrangements and statuses ranging from coerced and uncompensated to independent and paid«.[49] I find Steven Hackel's thorough categorization of Indigenous labor systems valuable for moving beyond monochromatic models. For heavy-duty construction, military garrisons relied primarily on convict labor and contracted workers from the Franciscan missions. Indigenous prisoners, often convicted of minor offenses, were forced to labor at the *presidios* to fulfill their sentences. They received no salaries and a meager ration for working under abusive and exploitative conditions imposed upon them by soldiers and officials.[50] Missions also delivered contractual neophyte labor to the *presidios* for a fixed period and at a daily wage, according to the *presidios*' needs. This work consisted mainly of domestic duties such as cleaning and cooking, construction, and loading and unloading of ships. Missions charged the *presidios* a certain amount of money to provide neophyte labor. Despite the contracts, soldiers' demands seem to have reached abusive and exploitative levels, eventually triggering the missionaries' complaints to military authorities. For instance, in 1795, Indigenous laborers from Mission Santa Barbara protested being excessively overworked at the *presidio* of the same name, to the extent that they refused to return until conditions and/or payments improved, which eventually happened in 1801. Mission girls and women, despite concerns voiced by friars about abuse and sexual violence, cared for the soldiers' children and performed domestic chores in the soldiers' households.[51]

45 »The color of these Indians, which is that of Negroes; the house of the missionaries; their storehouses, which are built of brick and plastered; the appearance of the ground on which the grain is trodden out; the cattle, the horses – everything in short – brought to our recollection a plantation at Santo Domingo or any other West Indian island. The men and women are collected by the sound of a bell; a missionary leads them to work, to the church, and to all their exercises. We observed with concern that the resemblance is so perfect that we have seen both men and women in irons, and others in the stocks. Lastly, the noise of the whip might have struck our ears, this punishment also being administered, though with little severity.« »Corporal punishment is inflicted on the Indians of both sexes who neglect the exercises of piety, and many sins, which in Europe are left to Divine justice, are here punished by irons and the stocks.« Pérouse (2018 [1786]) 81–82. My understanding of this source also draws from Hackel (2005) 272–273.

46 See Rawls (1984).

47 Hackel (2005) 281.

48 Archibald (1978b); Hackel (2005), chapter 7.

49 Hackel (2005) 287.

50 Hackel (2005) 296–297.

51 Hackel (2005) 297–308. The case of Santa Barbara is mentioned on p. 304–305. Hackel offers the amounts missions charged the *presidios* and the number of days of labor performed by the mission neophytes. It is not clear how those salaries impacted the Indigenous workers directly. Robert Archibald states that mission neophyte labor was crucial to the *presidios* and then lists the wages paid to the missions for the contractual work of their neophytes, Archibald (1978b) 102–104.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Outside of contractual work, California Indigenous peoples, particularly those with skills such as weavers, shoemakers, tanners, and masons, sought informal work on their own – with or without approval from the missionaries – for *presidio* soldiers, officials, and their families. Eventually, as Archibald and Hackel suggest, these skilled Indigenous laborers from the missions had the upper hand in negotiating better wages in California.[52] To bypass the missionaries' monopoly over mission neophyte labor, settlers and the military sought non-converted Indigenous people from nearby *rancherías* or Indigenous villages to work in the *presidios* and *pueblos* or towns.[53] Abuse and exploitation of non-converts were pervasive in the towns; certain authorities aimed at preventing excesses by passing regulations to control over Indigenous work. Captain José Joaquín Moraga's 1782 norms to regulate Indigenous labor in San José, a town near the San Francisco *presidio*, served as the basis for the regulations on Indigenous labor in Los Angeles issued by governor Pedro Fagés in 1787. Fagés' instructions sought to prevent California Indigenous peoples from staying inside the colonists' homes, suggested their just treatment and payment rates, limited punishments to 20 lashes »with humanity«, and threatened to discipline settlers who coerced and mistreated Indians. Fagés pointed out that although under his regulations California Indigenous peoples had the same legal status as children, they could not be mistreated.[54] Due to their legal status as minors or *personae miserabiles*, Franciscans created a regimented daily routine at the bell's toll to motivate the (in their eyes) lazy, undisciplined, insolent, and unruly California Indigenous people to work. Franciscans in California defended their control over neophytes based on the history of colonial relations and differentiated juridical status.[55]

Likewise, in the 1790s Fagés encouraged unconverted independent peoples from nearby *rancherías* or villages to work regularly in the *presidios*. For instance, throughout that decade the Ohlone cyclically worked for pay and food allotments in the Monterey *presidio*. Hackel has shown that gentile labor in the *presidios*, incentivized by Fagés, was cheaper and more reliable than contractual labor from the missions.[56]

Hispanic populations turned to any means of Indigenous labor to secure their foothold in the territory. This proved particularly relevant in distant frontier territories where economic and military survival was in the hands of the local communities. Once Hispanics had some level of control, they resorted to any means possible, including coercion and exploitation, to secure the necessary local labor force. This entailed the risk of taking things too far, and so, in order to prevent the forced laborers from escaping or even instigating an uprising, local authorities regulated the use and abuse of the Indigenous communities by setting certain limits, even though it is questionable whether those were ever actually fulfilled.

Final Remarks

In this article, I aimed to explore the plethora of labor systems on New Spain's northern frontiers to expose their complexities. I agree with other scholars that the labor conditions of Indigenous peoples in the provinces of New Mexico and California were characterized by abuse, compulsion, and exploitation, although not all forms – as traumatic as they were – paralleled the chattel slavery of Africans and their descendants. Colonizers did impose stringent labor systems not limited to Indigenous slavery, the *encomienda* or *repartimiento*; however, as this article shows, various forms of labor also manifested the negotiating power of local communities. Thus, I hope to have illuminated how local actors adapted modes of labor to specific situations.

The early abolishment of Indigenous slavery did not prevent abuse and exploitation from persisting in many forms; however, the nature of Indigenous labor relations, whether coercive, free or unfree, needs to be studied in its various contexts and conditions. A look at California and New Mexico illustrates the tensions to reduce compulsion and

52 Hackel (2005) 309; Archibald (1978b) 103.
53 Hackel (2005) 311–312.
54 Hackel (2005) 310–311. A translated summary of Fagés' guidelines can be found in Mason (1975) 96–98.
55 Franciscan view of Indigenous peoples as minors was embedded in canon and civil law. See note 43.
56 Hackel (2005) 312–319. Hackel compares the amount of money paid to gentiles and to neophytes: 507 pesos for 14 550 days of work at the *presidio*, versus 2727 pesos, Hackel (2005) 317.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

abuse in labor relations to slavery-like systems while exposing the plurality of labor regimes in Spanish America and the Philippines. The examples from New Mexico and California further show that labor institutions have historical, normative genealogies that were built on coercion and asymmetries such as the juridical status of neophytes and *personae miserabiles*.

This historiographical, semantical, and conceptual tour of different forms of labor relations in asymmetrical colonial settings offers some insights into the multi-layered approaches to work relationships of coercive nature. Models such as dependency theory have tried to uncover the diverse modes of labor relations that might be hidden under the concept of ›slavery.‹ My approach, which combines etymology and history, further unveils such diversity of unfree labor and compulsory work. In fact, the rise of unfree labor systems such as slavery, particularly the rise and consolidation of African slavery, the formation of normative regimes of Indigenous labor, and the coercion against Indigenous peoples informed each other.[57]

I also hope that this study can contribute to the debates over the meaning of modern slavery. More recently, lawyers and legal courts worldwide, as well as international treaties, have encountered difficulties in applying definitions of modern slavery to the daily practice of court cases.[58] As we saw, even if coercion and exploitation manifested ubiquitously, there were multifarious typologies of Indigenous labor systems on New Spain's northern frontiers. Numerous layers of sometimes contradictory imperial and local norms over the status and treatment of Indigenous peoples, blended with evolving practices and discourses of alterity, expose the tensions to establish limits over Indigenous labor and tribute extraction.

■

Bibliography

- Adelman, Jeremy, Stephen Aron (1999), From Borderlands to Borders: Empires, Nation-States, and the Peoples in Between in North American History, in: The American Historical Review 104,3, 814–841
- Allain, Jean (ed.) (2013), The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary, Oxford
- Allain, Jean, Robin Hickey (2012), Property and the Definition of Slavery, in: The International and Comparative Law Quarterly 61,4, 915–938
- Archibald, Robert (1978a), Indian Labor at the California Missions: Slavery Or Salvation?, in: The Journal of San Diego History 24,2, 172–182
- Archibald, Robert (1978b), The Economic Aspects of the California Missions, Washington D.C.
- Aristotle (1916), Aristotle's Politics. Translated by Benjamin Jowett with Introduction, Analysis, and Index by H. W. C. Davis, Oxford
- Bakewell, Peter (1984), Miners of the Red Mountain: Indian Labor in Potosi, 1545–1650, Albuquerque (NM)
- Barker, Hannah (2019), That Most Precious Merchandise. The Mediterranean Trade in Black Sea Slaves, 1260–1500, Philadelphia (PA)
- Brooks, James, F. (2002), Captives and Cousins. Slavery, Kinship and Community in the Southwest Borderlands, Chapel Hill (NC)
- Cervino Hernando, Roger (2014), La justificación teológica de la esclavitud: Agustín de Hipona, in: Antigüedad In Progress […] Actas del I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores del Mundo Antiguo (CIJIMA I), Murcia, 739–761
- Conrad, Paul (2021), The Apache Diaspora: Four Centuries of Displacement and Survival, Philadelphia (PA)
- Contreras Cruces, Hugo (2017), Oro, tierras e indios: encomienda y servicio personal entre las comunidades indígenas en Chile central, 1541–1580, Santiago de Chile
- Cuello, José (1988), The Persistence of Indian Slavery and Encomienda in the Northeast of Colonial Mexico, 1577–1723, in: Journal of Social History 21,4, 683–700
- Cuena Boy, Francisco (2022), El infierno y las buenas intenciones. Derecho de gentes y esclavitud (siglos XVI y XVII), in: Anuario de Historia del Derecho Español, vol. XCII, 159–234
- Cunill, Caroline (2011), El indio miserable: nacimiento de la teoría legal en la América colonial del siglo XVI, in: Cuadernos Inter.c.a.mbio sobre Centroamérica y el Caribe 8, no. 9, 229–248
- Cunill, Caroline (2017), La figure de l'Indien misérable. Les conditions de l'accès à la justice pour les populations indigènes en Amérique espagnole (XVIe–XVIIe siècle), in: Revue d'Historie Moderne et Contemporaine 64,2, 21–38

57 Revilla Orías (2021).

58 See Allain (ed.) (2013) and Allain / Hickey (2012).

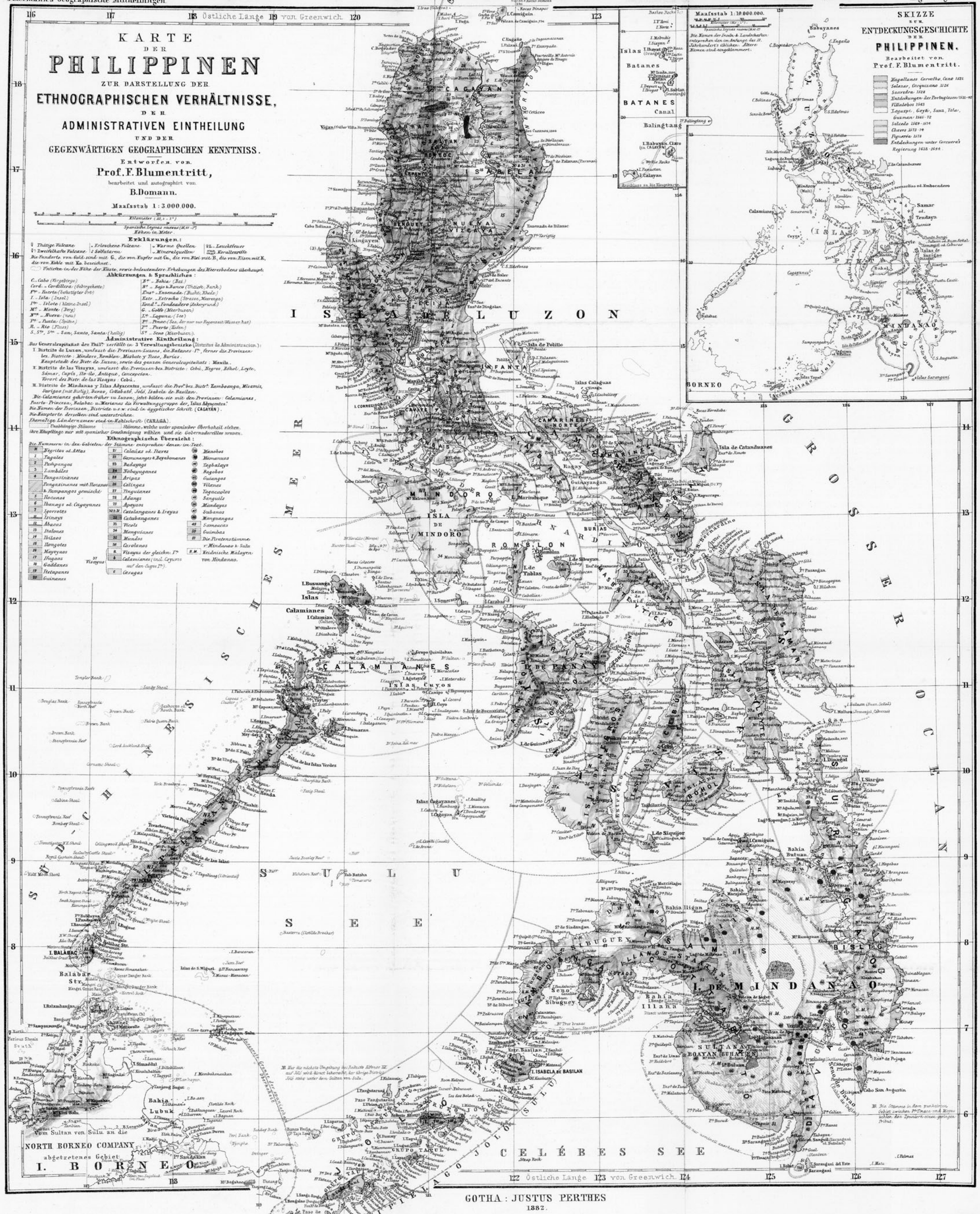
Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Deeds, Susan M. (1989), Rural Work in Nueva Vizcaya: Forms of Labor Coercion on the Periphery, in: Hispanic American Historical Review 69,3, 425–449
- Dias Paes, Mariana Armond (2020), Ser dependente no Império do Brasil: terra e trabalho em processos judiciais, in: Población & Sociedad 27,2, 8–29
- Dias Paes, Mariana Armond (2021), Esclavos y tierras entre posesión y títulos. La construcción social del derecho de propiedad en Brasil (siglo XIX) (Global Perspectives on Legal History 17), Frankfurt am Main
- Duve, Thomas (2004), La condición jurídica del indio y su consideración como *persona miserabilis* en el Derecho indiano, in: Losano, Mario (ed.), Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America, Milano, 3–33
- Duve, Thomas (2010), Derecho canónico y alteridad indígena: los indios como neófitos, in: Oesterreicher, Wulf / Roland Schmidt-Riese (eds.), Esplendores y miserias de la evangelización de América. Antecedentes europeos y alteridad indígena, Berlin / New York, 73–94
- Duve, Thomas (2021), Theorie und Methode der Analyse asymmetrischer Formen von Abhängigkeit: Eine (global)rechtshistorische Perspektive, Working Paper 5, Bonn Center for Dependency and Slavery Studies, https://www.dependency.uni-bonn.de/images/pdf-files/working-papers/wp5-duve.pdf (accessed 20 February 2023)
- Duve, Thomas (2022), Legal History as an Observation of Historical Regimes of Normativity, in: Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory Research Paper Series 2022-17, 1–10, https://ssrn.com/abstract=4229345 (accessed 20 February 2023)
- Duve, Thomas, Otto Danwerth (eds.) (2020), Knowledge of the *Pragmatici*: Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America (Max Planck Studies in Global Legal History of the Iberian Worlds 1), Leiden
- Forbes, Jack D. (1960), Apache, Navaho, and Spaniard, Norman (OK)
- Gil Montero, Raquel (2015), El mundo del trabajo indígena en los Andes durante la colonia, in: Mundo de Antes 9, 15–42
- Gil Montero, Raquel (2020), Presentación: servidumbre, esclavitud y libertad, in: Población & Sociedad 27,2, 1–7
- Graubart, Karen B. (2020), As Slaves and Not Vassals: Interethnic Claims of Freedom and Unfreedom in Colonial Peru, in: Población & Sociedad 27,2, 30–53
- Gutiérrez, Ramón (1991), When Jesus Came the Corn Mothers Went Away: Marriage, Sexuality, and Power in New Mexico, 1500–1846, Stanford (CA)
- Hackel, Steven W. (2005), Children of Coyote, Missionaries of Saint Francis: Indian-Spanish Relations in Colonial California, 1769–1850, Chapel Hill (NC)
- Hackel, Steven W. (2023), The California Missions, in: The Oxford Research Encyclopedia in American History, Oxford, https://doi.org/10.1093/acrefore/9780199329175.013.1072
- Hackett, Charles Wilson (ed.) (1937), Historical Documents relating to New Mexico, Nueva Vizcaya, and Approaches thereto, to 1773. Collected by Adolph F. A. Bandelier and Fanny R. Bandelier, vol. III, Washington D.C.
- Haefeli, Evan (1999), A Note on the Use of North American Borderlands, in: The American Historical Review 104,4, 1222–1225
- Hanke, Lewis (1949), The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America, Philadelphia (PA)
- Hiribarren, Carolina (2022), ¿Vejaciones o esclavitud? Viaje a las prácticas en Filipinas hacia el siglo XIX, Tesis de Magíster, Santiago de Chile
- Jiménez Cantisano, Pedro, Mariana Armond Dias Paes (2018), Legal Reasoning in a Slave Society (Brazil, 1860–88), in: Law and History Review 36,3, 471–510
- Keith, Robert G. (1971), Encomienda, Hacienda and Corregimiento in Spanish America: A Structural Analysis, in: Hispanic American Historical Review 51, 431–446
- Klein, Herbert S., Ben Vinson III (2007), African Slavery in Latin America and the Caribbean, New York
- Kłosowska, Anna (2020), The Etymology of Slave, in: Karkov, Catherine, Anna Kłosowska, Vincent W. L. van Gerven Oei (eds.), Disturbing Times: Medieval Pasts, Reimagined Futures, Santa Barbara (CA), 151–214
- Lockhart, James (1969), Encomienda and Hacienda: The Evolution of the Great Estate in the Spanish Indies, in: Hispanic American Historical Review 49, 411–429
- Lucena Salmoral, Manuel (2005), Leyes para esclavos: El ordenamiento jurídico sobre la condición, tratamiento, defensa y represión de los esclavos en las colonias de la América Española, in: Andrés-Gallego, José (ed.), Tres grandes cuestiones de la historia de Iberoamérica: ensayos y monografías. Derecho y justicia en la historia de Iberoamérica: Afroamérica, la tercera raíz: Impacto en América de la expulsión de los jesuitas, Madrid
- Mahmud, Tayyab (2013), Cheaper Than a Slave: Indentured Labor, Colonialism and Capitalism, in: Whittier Law Review 34,2, 218–219
- Mason, William Marvin (1975), Fages' Code of Conduct toward Indians, 1787, in: Journal of California Anthropology 2,1, 96–98
- Masters, Adrian (2022), ¿Por qué se decretaron las Leyes Nuevas de 1542? Nuevas luces sobre conquistadores peruleros, mujeres palaciegas y Bartolomé de las Casas en las reformas de Indias, in: Revista de Indias 82, no. 285, 293–327
- Melville, Elinor G. K. (1994), Land-Labour Relations in Sixteenth-century Mexico: The Formation of Grazing Haciendas, in: Slavery & Abolition 15,2, 26–35
- Mentz, Brígida von (2007), Esclavitud y semiesclavitud en el México Antiguo y en la Nueva España (con énfasis en el siglo XVI), in: Studia Historica. Historia Antigua 25, 543–558
- Mira Caballos, Esteban (1997), El Indio Antillano. Repartimiento, encomienda y esclavitud (1492–1542), Sevilla
- Oropeza, Déborah (2020), La migración asiática en el Virreinato de la Nueva España: un proceso de globalización (1565–1700), México
- Pagden, Anthony (1982), The Fall of Natural Man. The American Indian and the Origins of Comparative Ethnology, Cambridge
- Pérouse, Jean François de la (2018 [1786]), Life in a California Mission: Monterey in 1786, Berkeley (CA)

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Phillips, Jr., William D. (2010), La historia de la esclavitud y la historia medieval de la Península Ibérica, in: Espacio tiempo y forma (Serie III) 23, 149–165
- Phillips, Jr., William D. (2014), Slavery in Medieval and Early Modern Iberia, Philadelphia (PA)
- Rawls, James J. (1984), Indians of California: The Changing Image, Norman (OK)
- Reséndez, Andrés (2016), The Other Slavery: The Uncovered Story of Indian Enslavement in America, Boston (MA)
- Revilla Orias, Paola Andrea (2020), Coerciones intricadas: Trabajo africano e indígena en Charcas, siglos XVI y XVII, Cochabamba
- Revilla Orias, Paola Andrea (2021), Entangled Coercion: African and Indigenous Labor in Charcas (16th and 17th Centuries), Berlin
- Salvucci, Richard J. (2010), Some Thoughts on the Economic History of Early Colonial Mexico, in: History Compass 8,7, 629–631
- Santibáñez Guerrero, Daniel (2021), La concepción del esclavo en el mundo clásico griego: formas heterogéneas de sujeción en la práctica helénica de la esclavitud, in: Byzantion Nea Hellás 40, 81–100
- Sanz Camañes, Porfirio, David Rex Galindo (eds.) (2014), La frontera en el mundo Hispánico, Quito
- Schmidt-Nowara, Christopher Ebert (1999), Borders and Borderlands of Interpretation, in: The American Historical Review 104,4, 1226–1228
- Seijas, Tatiana (2014), Asian Slaves in Colonial Mexico: From Chinos to Indians, New York
- Simpson, Lesley Byrd (1966), The Encomienda in New Spain: The Beginning of Spanish Mexico, Berkeley (CA)
- Slave Voyages, https://www.slavevoyages.org (accessed 7 July 2023)
- Teubner, Melina (2020), Cooking at Sea. Different Forms of Labor in the Era of the Second Slavery, in: Población & Sociedad 27,2, 54–81
- Valenzuela, Jaime (ed.) (2017), América en diásporas: esclavitudes y migraciones forzadas en Chile y otras regiones americanas (siglos XVI–XIX), Santiago de Chile
- Winnebeck, Julia, Ove Sutter, Adrian Hermann, Christoph Antweiler, Stephan Conermann (2023), The Analytical Concept of Asymmetrical Dependency, in: Journal of Global Slavery 7, 1–59
- Wunder, John R., Pekka Hämäläinen (1999), Of Lethal Places and Lethal Essays, in: The American Historical Review 104,4, 1229–1234
- Zavala, Silvio A. (1993), La encomienda Indiana, México
- Zeuske, Michael (2012), Historiography and Research Problems of Slavery and the Slave Trade in a Global-Historical Perspective, in: International Review of Social History 57, 87–111

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH



Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Carolina Hiribarren Cardoen

Abuse or Slavery? A Look at Practices of Debt Peonage from the 19th-Century Philippines*

I. Introduction: An Uncomfortable Accusation

Referring to debt peonage, Remigio Moltó, Superintendent of Local Branches *(Superintendente de Ramos Locales)* in Philippines, stated that »[t]his issue is generally viewed with indifference, but I find it of great importance«.[1] In 1865, Moltó, a Spaniard, appealed to the governor-general of the Visayas Islands to persecute anyone who abused debt peonage, which he argued was responsible for the »backwardness of the country«.[2] For him, it was essential »that we rigorously proceed, by all possible means, to punish and prevent the usuries and scams that rich *mestizos* exercise with the Indians, whose lands, fruits, and children have fallen into debt with them, and who truly live as their slaves.«[3]

His accusation refers to debt peonage, a long-standing system of work in the Philippines that existed prior to the arrival of the Spanish in the archipelago.[4] Nevertheless, linking it to slavery in the 19th century posed a problem for the Spanish colonial government, for the enslavement of Indigenous peoples had been officially outlawed since the mid-16th century.[5] While we know that this practice continued much longer, Tatiana Seijas illustrates that it diminished significantly towards the second half of the 17th century, when, in 1679, Filipinos were recognized as »Indian vassals of the Crown«.[6]

Faced with the prohibition of Indigenous slavery, as in America, new local work systems emerged that sought to legitimize native exploitation based on a legal framework that regulated practices and avoided abuses. These emerged in the American colonies in 1503, when Isabel I signed and sent a royal charter to the governor of Hispaniola, Nicolás de Ovando, obliging the Indigenous population to enter a system of forced labor.[7] These legal norms attempted to organize and regulate Indigenous labor in order to make natives available for various jobs while simultaneously avoiding their ill-treatment.

Among the most prevalent labor systems of the Philippines, we can identify the *encomienda, polos y servicios*, and debt peonage. They all changed and adapted to different conditions over the centuries, making the natives the primary labor force for agricultural development and infrastructure on

* This article is part of the Partner Group research group »Towards a renewed legal history of indigenous labor and tribute extraction in the Spanish Empire« led by Thomas Duve (Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory) and David Rex Galindo (Universidad Adolfo Ibáñez). – I thank especially the valuable suggestions, comments, and perspectives that several scholars gave me to improve this paper: Dolores Elizalde, Alexandre Coello de la Rosa, Isaac Donoso, and, of course, my group colleagues, Constanza López, Mirko Suzarte, and David Rex Galindo. I would also like to express my thanks to members of a final online workshop with the Max Planck Institute, in particular Thomas Duve, Luisa Coutinho, José Luis Egío, Rômulo da Silva Ehalt, and Raquel Sirotti for their comments and suggestions. Finally, I am grateful to Thomas Rothe for translating an earlier version of this paper. All quotes are his translation.

1 Informe de Remigio Moltó, Superintendente de los ramos locales al Gobierno Superior Civil con motivo de la miseria, escasez de granos y falta de trabajo que hoy se siente en los Distritos de Visayas y para contrarrestarla y como adición al anterior informe sobre reformas que se propuso en el reglamento del servicio personal, Cebú, 17 de Agosto de 1865. Archivo Histórico Nacional (hereafter AHN), Ultramar 5343, File 4,1.

2 AHN, Ultramar 5343, File 4,1.

3 AHN, Ultramar 5343, File 4,1.

4 Montero y Vidal (1887) 49.

5 As Patricio Hidalgo explains, in most cases, the abolition of indigenous slavery prevailed with the New Laws of 1542. However, one exception was with the Mindanaos, who were allowed to be enslaved due to the context of war in the territories occupied by these groups. This lasted from 1570 to 1574, when their enslavement was definitively prohibited. Hidalgo Nuchera (1994) 63. Another exception was Chile, where Felipe II legalized the slavery of rebellious Mapuches in 1608. For more information, see Contanza López Lamerain's article in this Focus dossier.

6 The New Laws did not immediately affect the Philippines because, as Tatiana Seijas explains, the »quality« of Filipinos was not clearly established from the beginning. Thus, during the 17th century, the Spanish Philippines had a diverse slave population that included Filipino Indians, Muslim war captives (Moors), and foreign slaves. Seijas (2014) 89.

7 Lucena Salmoral (2000) 55.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

the different islands, but often under conditions much worse than the legal stipulations permitted. Historian Josep M. Fradera asserts that the loose control by Manila's political and military institutions led to a quite variable and heterogeneous system of exploitation, in which the subjugation of peasants depended to a large extent on the capacity and greed of senior *alcaldes* or *oficiales*. Thus, in Fradera's words, »their obligations may not have been formally very burdensome […] but they could be unbearable in practice«.[8] But what exactly is the difference between unbearable exploitation and slavery?

Traditionally, colonial historiography has classified labor systems as either »slave« or »free« labor, placing Indigenous subjects in the latter category. Nevertheless, accusations such as Remigio Moltó's, denouncing the existence of slavery within the framework of free labor systems, reveal a much more complex reality that requires attention. This article seeks to problematize these complexities, illustrating how debt peonage in the Philippines generated a wide range of abuses, including the collection of excessive interests and situations quite similar to slavery.[9] This article, therefore, aims to demonstrate that, despite the effective decrease of Asian slavery in the Philippines at the end of the 17th century, human exploitation continued to exist in the archipelago under quite variable conditions until the 19th century.[10] To do so, it is vital to consider the frontier context of the Philippines, where, despite the absence of legalized Indigenous slavery, exercising sovereignty emerged as a difficult task in a multi-ethnic, insular, and distant territory. The archipelago created various spaces conducive to violating the law and binding workers who were theoretically part of »free« labor systems.

Finally, it is essential to highlight how the human subjugation connected to peonage involved the entire Filipino population, directly affecting poor natives yet perpetuated by Indigenous Christians, *mestizos*, and Spaniards alike. In this sense, this contribution blurs the classic division between »Spanish oppressors« and »oppressed Indians«. In order to delve deeper into the complex social dynamics of the Philippine colonial world, it is necessary to recognize that such abuses were committed by a heterogeneous population.

II. What is Debt Peonage?

Debt peonage, also known as »debt bondage«,[11] was a labor system developed in various Hispanic colonies that, in the case of the Philippines, had been practiced by certain ethnicities prior to arrival of the Spanish. This labor system, mentioned since the early conquest of the islands until the late 19th century, was present in various scenarios, such as domestic service, agriculture, animal care, and textiles. Although debt peonage was neither created nor officially promoted by the Spanish authorities on the islands, it was nevertheless implemented in the archipelago by Spaniards, *mestizos*, and Filipinos. As long as it did not lead to abuses and debts were paid according to the stipulations between the parties involved, the practice itself was not criminalized by law.[12]

8 Fradera (2005) 450.

9 To get out of the dichotomy of slavery/freedom, the Cluster »Beyond slavery and freedom« use the concept of »asymmetrical dependency« to include all forms of bondage across time and space. In this study, I wanted to analyze the similarities and disagreements between slavery and debt peonage in the 19th century. For the concept of »asymmetrical dependency« see Winnebeck et al. (2021).

10 This article is a revised excerpt from the thesis, *¿Vejaciones o esclavitud? Viaje a los regímenes laborales en Filipinas en el siglo XIX* (Torment or Slavery? A Journey to the Labor Regimes in 19th-Century Philippines), in partial fulfillment of a Master's degree from the Universidad Adolfo Ibáñez (UAI). It was written within the framework of the research project *Towards a renewed legal history of indigenous labor and tribute extraction in the Spanish Empire*, led by David Rex Galindo at UAI in Santiago de Chile and Thomas Duve, Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, between 2019 and 2022.

11 Debt peonage was a reality that developed in different colonial spaces. In 1682, it was reported that Indians in Guadalajara were being deceived by a clothes lending scheme, which led to the generation of debt among the Indigenous population. Archivo General de Indias (AGI), Guadalajara 231, no. 5, f. 142v–143v. Likewise, historian Silvio Zavala exposes the existence of debt peonage in Mexican haciendas as early as the 15th century. Zavala (1988). Andrés Reséndez also explores the existence of debt peonage on the border between Mexico and the United States in the colonial period. Reséndez (2016).

12 The *Reglamento provisional para la policía de la servidumbre doméstica* (Provisional Regulations for Domestic Servitude Police), from September 9, 1848, criminalized »usurious treatment« but did not prohibit debt peonage. Clavería y Zaldúa (1880).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Debt peonage consisted of the exchange of labor for a certain amount of money or resources. The work was used to repay the creditor's debt until the contracted debt was fully canceled. In this sense, workers did not receive remuneration for their work since they slowly canceled the debt previously agreed upon between both parties. For this reason, debtors saw their freedom of movement diminished as long as the agreed debt was not fully extinguished.[13]

Problems arose mainly for two reasons: the first occurred when the guarantor, whether due to ignorance or out of economic necessity, agreed to abusive conditions, either low salaries that slowed the process of paying the debt or employing usurious interest as a penalty for delayed payment. The second reason involved the creditor providing the worker with advances, food, clothing, or other items that multiplied their debt. If these further debts were not repaid, the compounding interested only increased the total amount owed. In this way, workers could only resign or move elsewhere once they were debt-free. The Augustinian Fray Martín de Rada, who was on a mission to the Philippines in 1564 during the initial conquest of the archipelago, described the situation as follows: »even if the debt is insignificant, a man easily goes from freedom to slavery; since it is so common in this country for interest on debts to increase enormously, one can fall into slavery even over no more than five or six pesos«.[14]

In practice, sources repeatedly report that debt repayment was further exacerbated by low salaries and progressively increasing debts. In this way, »non-payment« became an excuse to retain laborers and force them to work in a context of coercion that led to multiple cases of abuse, a reality evident throughout Hispanic territories. In 1887, the Spanish official José Montero y Vidal clarified that debt peonage was widespread in the Philippines. He revealed that when someone was »unable to satisfy the debt within a certain period, the amount was doubled, resulting in true slavery; an abusive practice that has not yet been eradicated, regardless of the laws prohibiting it, and whenever these miserable usurers have taken their claims to court, justice sides with them«.[15]

Faced with this problem, debt peonage mainly led to the following situations: debtors could effectively manage to pay their debts according to the (fair) terms of the agreement, or more adverse situations could arise: debtors became perpetually trapped in the repayment jobs, designated someone else to repay their debt (usually a family member), tried to escape, or resorted to using the Spanish justice system to end the abuse.

In many instances, unfortunately, debts were perpetuated. In 1865, Remigio Moltó, the Superintendent of Local Branches *(Superintendente de Ramos Locales)* admitted to the Spanish Superior Civil Government that, in the Philippines, »people want things to continue as they are«,[16] because, if the natives were not educated and did not speak Spanish, »they would not be able to understand those who could remedy their situation«.[17] His words paint a picture in which the exploitation of natives underpinned a lack of interest in educating them and preserved abusive practices through debt peonage. Economic reasons would lead to attempts to keep the Indigenous population »out« of Hispanic rule. Since most Filipinos did not consider themselves vassals of the Crown and they remained out of reach of the Spanish justice and legislative systems, it was easier to carry out illegal practices on the islands.

Although Moltó had no intention of prohibiting the practice of debt peonage, he did vouch to punish usurers who carried out »scams«. He further blamed »rich *mestizos*« and the local economic elites of Hispanic villages for abusing natives living outside the scope of Spanish surveillance. Additionally, he described the debtors' need to pawn their property and children, which shows how »the transfer of debts« to the debtor's relatives was a recurrent phenomenon. Yet the question remains whether these debtors were actually »true slaves«, as Moltó claimed.

Faced with these realities, Article 19 of the *Reglamento Provisional para la policía de la servidumbre doméstica* (Provisional Regulations for the Po-

13 Zavala (1988) 45–46.
14 Montero y Vidal (1887) 49.
15 Montero y Vidal (1887) 52.
16 AHN, Ultramar 5343, File 4, 1.
17 Ibid.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

lice of Domestic Servitude) of 1880 prohibited and penalized debt peonage in the following terms:

> All usurious dealings with servants and dependents of all kinds are prohibited. Masters who, under the pretext of advances, of having paid debts of those or their charges of tribute and personal services, manage to perpetuate their servant's services, or that of their families, increasing their efforts every day instead of decreasing them with their labor, for failing to pay them properly, shall be punished severely.[18]

This regulation provides information on two fundamental aspects of debt peonage. First, these practices were still in use toward the end of the 19th century, and the continued abuses meant that the practice had to be regulated. Second, it proves the existence of debt transfers to other family members. Even at the beginning of the 20th century, the Assembly of the Philippines, a local body with legislative capacity under U.S. colonial control of the archipelago, defended the legal use of the family as payment in situations of voluntary servitude. A document from 1914 clarifies that »if the debtor father voluntarily places his son at the service of the creditor, so that with the salary that he receives he can pay his debt, although the condition seems harsh, such action is not prohibited by law«.[19] The argument is based on the fact that the son did not perform the work forcibly since the father deliberately decided to offer the son as payment for his debt. The Assembly of the Philippines reasoned that »by preserving the son's freedom and not being completely subject to the master's will […] he can abandon him when he considers it convenient«.[20] However, did the son retain his freedom by carrying his father's debts? Was it feasible to abandon the master in case he did not want to assume the debt? Although the source stems from the period of U.S. control of the islands, it is critical to show that inheriting peonage debts was a frequent and even justified reality until the beginning of the 20th century.

In 1871, Fernando Fulgosio, a Spanish historian and writer, lamented in his *Crónica de Filipinas* (Chronicle of the Philippines) that »usury turned the poorest or most depraved into slaves of the richest or most prudent«.[21] In this way, he directly accused services performed in debt peonage as a form of slavery, explaining that the lack of resources for a family's sustenance while attempting to pay off debt increased their debt's value, and masters were invested in perpetuating this dynamic to maintain and strengthen their labor force. Thus, while some laborers were tied to their masters, others put another person in their place or a »wealthy patron« paid their debt. »There were masters with 300 slaves, and since these were significant estates, only inferior to gold, they sought every possible opportunity to increase them«,[22] Fulgosio recalled, describing laborers' relevance for their creditors. Nevertheless, it also reveals that debts were sometimes paid off and debtors »freed«.[23]

Finally, can we consider debt peonage a form of slavery, as some colonial sources claimed? To answer this question, it is necessary to understand what slavery meant in the 19th-century Hispanic colonies, leading us to discuss the enslavement of Africans since Indigenous slavery had been outlawed. The *Real Cédula de Su Majestad sobre la educación, trato y ocupaciones de los esclavos en todos sus dominios de Indias e Islas Filipinas bajo las reglas que se expresan* (His Majesty's Royal Charter on the Education, Treatment, and Occupations of Slaves in All The Possessions of the Indies and Philippine Islands under the Expressed Rules) of 1789 detailed the duties and rights of African slaves, as well as slave owners, suggesting a definition of the »colonial slave« in the late 18th century. According to this royal decree, the slave was considered an object with soul and reason that should be at the permanent service of his/her owner, fulfilling the tasks and labor that were assigned without payment and always with the possibility of being sold to another master.[24] Thus, we can distinguish three aspects that made the slave a »possessed thing«: the permanent use and usufruct of the person, the possibility of buying and selling them, and the absence of payment for their labor. Under the premises of the 1789 Real Cédula, the slave's freedom of movement was minimal and their condition was permanent.

18 Clavería y Zaldúa (1880) 9–10.
19 Asamblea Filipina (1914) 16.
20 Ibid.
21 Fulgosio (1871) 94.
22 Fulgosio (1871) 92.
23 Ibid.
24 Rey Carlos IV (1789) 7.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

This definition also raises the question of whether different realities of slavery can be identified within debt peonage. There is no single answer since such wrongdoings range from abusive charges to the debtor's complete subjugation; there were many intermediate situations. A critical element of this labor system complicating the situation is that subjugation ends when the debts are paid off. However, as the sources indicate, problems arose when debts were »eternalized«, producing a system of compulsion akin to slavery. The accounts of Remigio Moltó, Fernando Fulgosio, José Montero y Vidal, and the Provisional Regulation of 1881 illustrate the realities connected with the delay of debt payment to the point that descendants inherit the problem. This is how semi-slavery situations arise: accumulated interest meant that full payment was not possible and lenders could indefinitely make use of the laborer. In contrast to slavery, however, the laborer could not be sold.[25] Nevertheless, it should be noted that, although the guarantor could not resort to the debtor's sale, the subjugation experience, in which the debtor has no freedom of movement or payment, is quite similar to slavery.[26] Thus, beyond distinguishing whether debt peonage constitutes slavery, it is certainly worth noting the multiple forms of coercion used in a supposedly »free« labor system and how similar it was to the situation of enslaved Africans. To do this, we must delve into the intricate complexities of debt peonage. Taking examples from four groups in different geographical areas of the Philippines – Igorots, Negros, Coolies, and Mangyans – we aim to describe the multiple practices that emerged from this work system.

III. One Thousand and One Faces of Debt Peonage

1. *The Igorot People from the Island of Luzon*

According to contemporary Spanish observers, the Igorots,[27] an Indigenous group from the northern central mountains of Luzon, in the present-day province of Nueva Vizcaya, practiced debt peonage before the arrival of the Spaniards. The memoirs of Dominican missionary Fray Juan Villaverde, who lived in the Philippines from 1868 to 1897, is a relevant source that describes debt peonage in the territory in the 19th century.[28] According to Villaverde, debt service was an Igorot tradition associated with certain religious beliefs that predated the arrival of the Spanish: people would take out loans to buy animals (mainly chickens or pigs), kill them, and observe their bile.[29] Spanish engineer Ramón Jordana y Morera, a mountain inspector in the Philippines from 1873 to 1885, reported that Igorots performed these practices in ceremonial rites called *cañaos*, where they frequently sacrificed cattle, hens, or chickens.[30]

In the *cañaos* rituals, Igorots communicated with their divinities by means of the internal fluids of the sacrificed animal. If the bile looked healthy, it was a good omen for economic prosperity, health, or security. If the bile of the sacrificed animal looked unhealthy, they would buy and slaughter other animals until a satisfactory result was found. Villaverde's account serves as a pertinent ethnohistorical source. He indicated that »the chickens or pigs, which are usually borrowed, must be paid in gold, according to the horrible usuries that reign among them«.[31] Thus, their beliefs led them into »an endless series of debts«[32] that con-

25 Antonio de Morga documents the sale of some debtors as slaves in punishment for their unpaid debts, but this reality is not frequently described in the 19th century. See Morga (1609).

26 Jean Allain and Robin Hickey point out the importance of distinguishing the existence of slavery in current times by analyzing whether the degree of possession implies that the person is controlled »as a possessed thing.« This is an interesting reflection that can be connected with the colonial world. Allain / Hickey (2012).

27 The name »Igorot« was given by the Spanish to refer to the »mountain inhabitants« and is generically used to identify a very diverse ethnolinguistic group, including the Isneg, Kaliga, Bontoc, Ifugao, Kankanay, and Ibaloy. These were the non-Christianized indigenous groups who lived in the Central Cordillera. Manchado López / Luque Talaván (2014) 19.

28 Tejón (1982).

29 Comisión Central de Manila (1887) 122.

30 Jordana y Morera (1885) 59.

31 Comisión Central de Manila (1887) 122.

32 Comisión Central de Manila (1887) 123.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

tinued to increase depending on how long it took to repay them, per the »commutative justice« generally agreed upon that states paying off a debt with the exact sum owed.

According to Igorot custom, it was understood that if a person deferred paying a debt, the delay had an economic impact on the lender. Therefore, it was fair to increase the debt by means of interest.[33] According to Villaverde, »non-payment« implied the loss of possible chicks (which would have been born if the chickens had been returned on time). According to this logic, if a broiler chicken was not paid off after one year, the debt would no longer be a broiler but a laying hen. If the debtor could not provide a laying hen within a suitable amount of time, the debt would turn into a medium-sized pig. If the debt still had not been paid off after a period of two years, the pig would have to be even larger. A debt that remained unpaid after a period of three years would finally become a *carabao*.[34] Additionally, debts could be passed on from parents to children, »and if they have no children«, Villaverde tells us, »to their closest friends and to their children: even if they have no part in the loan, or inherited any of their elders' estates«.[35] The Dominican's report provides an illustrative description of this situation, explaining that people experiencing poverty often resorted to loans so that:

> [T]he business of usurers, who only stuff themselves with meat, get drunk, and enjoy a life free of work, is to make sure their loans are paid, slowly. All the burden, then, goes to the orphans, who have to spend almost all their lives sweating blood in the Christian villages, to pay for the countless carabaos that are requested of them, for the chickens and pigs that their parents spent on their foolish practices.[36]

Thus, when the Spaniards arrived, debt service was a custom among certain Indigenous groups that adapted and perpetuated into common and »fair« practices under Hispanic control. It is also important to note that many debtors agreed upon and paid their debts in the »Christian villages«, which reveals that these practices also occurred in the presence of Hispanic authorities and not only in the remote Luzon mountain range. These »Christian villages« and »christianized Indians« were Indigenous Filipinos subject to Hispanic rule and its political and social life. Having been conquered and baptized, these people became vassals of the Crown, subject to Spanish jurisprudence, which prohibited slavery and abusive labor practices. However, debt peonage was so common that such abuses could continue unfettered, even in towns where Spain exercised its sovereignty. Showing just how prevalent this labor practice was amongst even the Spanish, the priest explains, »the rich, who are *principales* or nobles, seem to be looking for an opportunity to lend.«[37]

Villaverde's testimony describes the normality of such practices amongst the Igorot people. I would like to examine one case in particular to illustrate the point:

> While I was on the mission of Quiangan, a young neophyte came to tell me that he was going down to the villages. »What will you look for there?«, I asked. »I shall work to pay off the debts I owe because if I fail, I fear I shall be killed or sold.« »What debts are those?« »The ones that my father contracted while he was sick, for the chickens and pigs he spent to cure himself.« »What a shame you must pay for your father's whims!« »It is our custom.« »And how much must you pay?« »I do not know the exact sum; everyone says I owe them, so I assume some forty carabaos.« This neophyte went down to the villages many years ago; he has been working harder than a Negro; he paid many of his debts and contracted new ones; was chosen to follow the customs and practices of the Igorots; and even if he died of old age, he would never be able to pay all his debts. This is how the rich or the *principals* enslave the poor.[38]

As the debtor explains, he takes on work to pay off his father's debts. His commitment is more than just a burden; he considers this a »custom« or duty that he must fulfill. This raises the question of

33 Ibid.
34 The Philippine carabao, or water buffalo, was used for transportation, fieldwork, and consumption (meat and milk).
35 Comisión Central de Manila (1887) 123.
36 Comisión Central de Manila (1887) 125.
37 Comisión Central de Manila (1887) 124.
38 Ibid.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

whether Igorot people reported abuses which, despite their occurrence in the context of Hispanic control, may have been justified based on their [Igorot] normative tradition. For the Dominican missionary, »this is all an enduring practice, and no one mutters a word about [the situation of] others, unless to comment on their misfortune: because they insist it is customary among them, and as customary [practice], it suffices for them to silently venerate and obey«.[39] This description reinforces the importance of tradition for the Indigenous population, despite the fact that it entailed a devastating accumulation of debt.

2. *The Mangyans of Mindoro*

Another interesting source regarding debt peonage comes from the writings of the engineer Ramón Jordana y Morera, who in 1885 described the reality of some Mangyans (the generic name for the ethnic groups living in the central part of Mindoro), referred to as »Filipino Indians« or »Christian Indians«. Jordana y Morera criticized the »Christian Indians« who practiced a »scandalous« form of debt peonage »because, in addition to commercial fraud, there is servitude, widespread even among Christian Indians themselves«.[40] The author emphasizes that such abuses were largely committed by Hispanicized natives in small villages subject to Hispanic jurisprudence: they »exploit the Mangyans however they see fit, forcing them into the drudgery of sowing fields and cutting and gathering wood for a handful of rice«.[41]

Hard work for meager pay was not the only way to exploit the Indigenous population: debt peonage was also frequently used. As the engineer explains, »Christian Indians« would grant advances in fabrics and other goods in exchange for work in their fields. According to Jordana y Morera, »this agreement, apparently fair, turns the Mangyan into a true slave«,[42] using the same binding system as in Villaverde's description of the Igorot people of Luzon. The engineer further claims that field owners paid meager salaries to the Mangyan (who were already paying off their debt with their work), hoping that necessity would force them to request new loans. Thus, debt would never diminish but instead only continue to increase, as »these laborers would see the need to work their whole lives for a small sum of money that they only saw briefly«.[43]

This description illustrates that the practice of retaining workers by means of loans – whether monetary or products – was typical amongst the Igorots and other ethnicities, as the Dominican Fray Juan Villaverde also pointed out. On the other hand, both Jordana y Morera and Villaverde argued that »native Christians« were involved in this system of abuse. This shows us that such practices occurred not only deep in the mountains or in territories outside of Spanish control but also in the »Christian villages« where indigenous groups had converted to Christianity and were subject to Hispanic jurisprudence.

Finally, Jordana y Morera also stresses that many Indigenous peoples who suffered such abuses accepted their fates without rebelling or protest: Mangyans »resign to these hateful vexations without any resistance when they could easily escape to the woods«.[44] This supposed »resignation« may correspond to local traditions prior to Spanish control, which dissuaded Indigenous peoples from seeking justice and freedom within the framework of Spanish law. But it could also be explained by a weak Spanish administration, unable to control and eradicate local practices in territories far from the centers of Spanish power.

3. *Crops on the Island of Negros*

A third region where we find instances of debt peonage is on the island of Negros. As historian María Dolores Elizalde points out, during the 19th century, the Philippines gradually transformed from a subsistence economy based on exchanging Asian products for American silver to an agro-export economy of products such as sugar, cotton, and tobacco. Thus, the domestic economy grew from the products grown on the islands, completely modifying the organization of land ownership and exploitation.[45] How did these changes impact native sharecroppers and laborers who worked the land? The answer is manifold since it depended on where haciendas were located, who administered them, and the capacity of state con-

39 Comisión Central de Manila (1887) 123.
40 Jordana y Morera (1885) 101.
41 Ibid.
42 Ibid.
43 Jordana y Morera (1885) 102.
44 Ibid.
45 Elizalde / Huet de Lemps (2017) 65.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

trol, among other aspects. However, we know that the sugar plantation system demanded an intensive labor force, giving rise to extensive abuses, including debt peonage.

Historian Filomeno Aguilar shows that on Negros, as in Calamba, in addition to regular laborers, sharecroppers – known as *acsas* – were frequently used to cultivate lands. Hacienda owners (typically foreign, Spanish, Creole, or *mestizo* companies) would subdivide their land into smaller lots worked by sharecroppers, who were provided »the animals and equipment necessary to carry out the work, as well as monetary advances to attract them and bind them to the property«.[46] Thus, while some were kept on the estates through the debt peonage system, others asked for money advances when hired in order to run away with the money.[47] Aguilar points out that landowners would hire undocumented workers and fugitives, whom they enticed by permitting cockfights and gambling, all illegal practices.[48] According to Aguilar, landowners constantly sought to attract and retain workers through loans, possibly due to the colonial state's inability to monitor the region. »The colonial state was, for all intents and purposes, irrelevant, and even absent, in the undisciplined island of Negros, where each hacienda, isolated by the poor transport infrastructure, sought to be its own center of power«,[49] he suggests. This would have created an environment favorable for granting loans adjusted to landowner interests.

Moreover, historian Alfred McCoy argues that by the early 20th century, debt peonage was used quite frequently in Negros, given that labor was scarce. It was thus necessary to ensure the influx of workers by creating sophisticated debt peonage systems.[50] By 1902, the commander of the constabulary (a police force on the islands created by the U.S. government) appointed to Negros, John R. White, stated that despite the control of the Civil Guard and the local security of the plantations, »the only resource of most workers was flight, often to the autonomous pagan communities in the uplands of southern Negros«.[51] This system in which workers were »bound« was intensified by physical punishment. White was clear about this when he denounced that those in charge of the haciendas used robust clubs made of *palma brava*, the hardest wood on the island. In this way, White described a »kind of semi-slavery«[52] in which he had to intervene to free unjustly held Indigenous workers, for he claimed many were imprisoned over debts or working to pay them off. »During my stay in Negros, I was called several times to rescue *Tao*[53] from the clutches of their creditors or to free them from illegal imprisonment by municipal officials«,[54] he claimed. He also observed that the only alternative for many indigenous workers was to escape to the mountains, although it entailed significant risk of persecution and punishment.

In light of the situation described by White, the question of how many workers were retained by landowners under the pretext of paying abusive debts during the Hispanic period emerges. Negros Island had become a sugar stronghold by 1850. In this sense, we can assume that these practices came from Spanish colonial times, especially considering that Negros had a small population and very little institutional presence. As a result, activities on the island were kept on the margins of state control, which only served to facilitate abuses.[55]

White's descriptions reflect a vital control mechanism that curtailed the freedom of people who could not seek other horizons. While there are not enough sources to prove that these practices were carried out on a mass scale, it is nevertheless possible that they were not uncommon, especially given the need for labor to produce sugar, cotton, and tobacco. Likewise, on the other side of the Pacific Ocean, the legal enslaving of African and Afro-descendant populations on the Caribbean Islands, New Spain, and what is now the southern part of the United States coexisted with systems of debt peonage for retaining Indigenous workers on Mexican haciendas from the late 16th well into the 19th century.[56] We need to further explore the

46 Elizalde / Huet de Lemps (2017) 115–116.
47 Ibid.
48 Elizalde / Huet de Lemps (2017) 132.
49 Elizalde / Huet de Lemps (2017) 115–116.
50 Elizalde / Huet de Lemps (2017) 140.
51 Elizalde / Huet de Lemps (2017) 156.
52 Elizalde / Huet de Lemps (2017) 157.
53 *Tao* means »person« in Tagalog.
54 Elizalde / Huet de Lemps (2017) 156.
55 See Elizalde / Huet de Lemps (2017).
56 Zavala (1988) 45.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

practices of haciendas in the Philippines during the second half of the 19th century and establish comparisons between the methods used to attract workers to the haciendas in the different territories once held under Spanish colonial rule. This would enable us to assess whether debt peonage was a widespread practice throughout the Spanish empire and the later republics that emerged after the 19th-century wars for independence.

Finally, it is relevant to note that two of the sources reviewed (White and McCoy) discuss the haciendas on Negros Island in 1902, after the U.S. occupation of the Philippines in 1898. In this sense, it is evident that the practices mentioned above did not originate from the U.S. invasion of the islands and have existed since the times of Spanish control. We may ask if this was a common practice throughout the 19th century. And if so, how often was it reported to the authorities?

The sources consulted for this contribution repeatedly mention debt peonage as a labor system used in the Philippines, leading us to assume that retaining workers by means of debt could have been an everyday reality in Philippine haciendas toward the second half of the 19th century. However, future research is needed to clarify this issue.

4. *The Case of Coolies*

A final example of abusive debt peonage in the Philippines involved the so-called »coolies«. In a broad sense, the words *culi* or coolie are defined as »a worker who emigrated in a context of power inequality between worker and employer, or more generally, any poor migrant worker«.[57] Coolies were mainly Chinese who traveled to places as remote as Cuba and Peru but also settled in Southeast Asia and the Philippines.

Based on 19th-century Philippine sources, historian Mónica Ginés has studied the abuses of coolies through the second half of the 19th century. The large influx of immigrants from China primarily worked in mines, public works, and other forms of strenuous work. Coolies arrived in the Philippines and settled in various places, such as the islands of Mindoro, Masbate, Marinduque, Luzon, Negros, among others. Therefore, their treatment varied according to the reality of each place and the type of work performed.[58]

It is interesting to examine how these people arrived during the Spanish period because, as Ginés points out, many settled through »assisted migration«, carried out unofficially through a »ticket« credit system. Accordingly, the worker received an advance to pay for their travel to the archipelago, including the price of the ticket and everything involved in arriving in the Philippines, which was then to be repaid through work.[59] Ginés stresses that the creditor was commonly a family member, which made the process intransparent and, therefore, offered »little possibility of reporting and escaping abuse and exploitation«.[60] There was also a complex trafficking network in which some people obtained benefits. According to Juan Mencarini, an imperial customs employee for the Chinese empire from 1881 to 1912, in addition to the profits that the creditor received for transporting migrants, Spanish government employees also took advantage of migrants. They charged fees for an obligatory doctor's examination and the issuance of a personal I.D. as well as ensuring tax-free labor in public works.[61] Ginés counted many allegations of fraudulent collections by the consulate staff, often adding unauthorized fees.[62] A long chain of benefits was thus obtained for the creditor, the contractor, and government employees, which had to be paid by the »unfortunate immigrant« whose travel was financed by debts and significant interests that would later have to be repaid through labor.[63]

For this reason, Ginés describes this work system as »unfree work« and shows how creditors illegally perpetrated abuses that were complex to expose. Her proposal aligns with this investigation, providing a concrete example of abusive practices in a working system carried out in a Hispanic territory involving royal employees. Some employees reported these practices and offered testimonies attesting to their existence. For example, in 1887, Spanish diplomat Eduardo Toda y Guell published in his memoirs that, although much remained unknown about coolie migration, »we must discard any idea of individual freedom and personal initiative by these migrants«.[64] Toda y Guell's de-

57 Ginés (2020) 462.
58 Ibid.
59 Ginés (2020) 458.
60 Ginés (2020) 461.
61 Ginés (2020) 463.
62 Ginés (2020) 476.
63 Ginés (2020) 463.
64 Toda y Guell (1887) 274.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

tailed testimony can help us decode certain features of this system of debt peonage. He reveals that Chinese compatriots recruited these workers in China, promising them prosperous benefits and a salary four times higher than what they actually received. In addition, Chinese migrants were often offered money advances for their families in China and transportation expenses, all of which would be repaid through manual labor.

According to Toda y Guell, steamers leaving Emuy (also known as Xiamen, located on the west coast of the East China Sea) every three or four days embarked between 200 and 300 Chinese migrants to Manila. They boarded the ships and, in so doing, committed themselves to a debt that would be extremely difficult to repay. He illustrates the migrant's financial tragedy, being charged a 3–4 % annual interest. »However miserably that man lives, and however much he works, as luck does not extraordinarily favor him, he will never be rid of the obligation that weighs over him«,[65] the diplomat pointed out, managing to eternalize a portrait of these migrants.

The trafficking of Chinese migrants was significantly reduced in 1892, when the number of passports became limited for Chinese traveling on British ships to the Philippines and Spanish ships along the Xiamen-Manila route. The coolie experience in the Philippines once again attests to the existence of debt as a form of coercion and abuse in labor systems that were supposedly free. Because debt peonage was a common labor system on the islands before European colonization, it quickly adapted as a system of subjugation. Many Chinese arrived illegally, making it more complex to comprehend their employment situation on the islands.[66] Public employees also participated in this system of debt peonage, showing that not only natives, »Christianized Indians«, and *mestizos* were involved in the abuses that emerged from this work system, but also migrant labor from China and Spaniards who took advantage of it.

How many Chinese arrived in the Philippines via this practice? How many of them would pay their debts and return to their home country? These fundamental questions have no easy answer and require new and more in-depth studies. Even if we cannot offer a precise estimate, the number of Chinese who arrived under these conditions was clearly considerable. I mentioned earlier that between 200 and 300 Chinese traveled every three to four days from the port of Emuy to Manila. In addition, some trading companies engaged in this trafficking, whether intentionally or not. In 1876, the Manila Society of Commerce »Ignacio Rocha y Cía.« requested that it be forgiven a fine of 12,600 pesos imposed when the Superior Civil Government of the Philippines discovered 252 Chinese without a passport on a company ship.[67] In this context, it is essential to ask how many people were unwittingly bound to a debt that would multiply over time.

IV. Debt Peonage: A Slave System?

Abusive practices within the framework of debt peonage were a frequent reality in 19th-century Philippines. Dominican priest Fray Juan Villaverde, public employees such as Remigio Moltó and Ramón Jordana y Morera, and contemporary savants such as Fernando Fulgosio and José Montero y Vidal condemn debt peonage as an oppressive system that developed on the margins of legality. Finally, the Provisional Regulation of 1881 outlawed usury and the indefinite submission of laborers to debt payment, attesting to the widespread use of these practices throughout the 19th century.

In a study of the Mexican-U.S. border between the 17th and 19th centuries, historian Andrés Reséndez explains that debt peonage hardly fits within the limits of accepted labor institutions, resulting in *the other slavery*, which introduced alternative slavery practices that persist into contemporary times.[68] In his words, »the other slavery continued through the end of the nineteenth century and in some remote areas well into the twentieth century. Disguised as debt peonage […], this other slavery was the direct forerunner of the forms of bondage practiced today«.[69]

As discussed in this analysis, the Philippines in the 19th century represents a complex situation

65 Toda y Guell (1887) 276–277.

66 Misiva dirigida al Gobierno General de Filipinas por la Sociedad de Comercio de Manila »Ignacio Rocha y Cía« solicitando que se levante la multa de 12.600 pesos impuesta por el Gobierno Superior Civil de Filipinas por la aprehensión de 252 chinos sin pasaporte en un vapor de dicha compañía. AHN, Ultramar 455, File 22.

67 AHN, Ultramar 455, File 22.

68 Reséndez (2016) 16.

69 Ibid. His view coincides with that of the United Nations, which in 1956 established that debt servitude corresponded to an institution »analogous to slavery«. ONU (1956) 1.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

because, according to the sources, some people did manage to pay off their debt. Upon repaying their debt in full, their status of servitude was ended and their freedom restored. Nevertheless, there were many situations where debts persisted and were even passed on from parents to children. We have seen how »tradition« silenced abusive practices, instigating their use in illegal spaces and even beyond Spanish-controlled territories.

Through testimonies related to the Igorots, the Mangyans, the Indigenous groups of Negros, and Chinese coolies, this article has sought to illustrate that debt peonage in the Philippines was a diverse phenomenon, generating forms of coercion as variable as they were difficult to classify within the free/slave labor dichotomy. Likewise, the sources show how Indigenous groups, christianized natives, *mestizos*, Spaniards, and even foreigners were involved in developing peonage. This reveals the importance of problematizing the intricate social dynamics that arose in the colonial world.

Finally, the different accusations of abuse in debt peonage precisely pointed out forms of de facto slavery. This is primarily because creditors accumulated great power over their debtors, coercing them to »stay indefinitely« as servants to gain their freedom once the debt was paid off. »Eternalizing« this condition was the way to perpetuate a covert form of slavery, revealing how complex strategies to bind Indigenous peoples emerged from illegal practices.

Even if we find instances of a »perpetuating debt peonage«, debt peons could not be sold or bought, what constitutes a relevant, differentiating element to chattel slavery. From the vital experiences of enslaved people and debt laborers, in some circumstances, we could argue that their lives were similar, for when laborers' debt became »eternal«, their freedom was coerced into wageless labor. Thus, although debt peonage was not legally considered a form of slavery, the similarities between the two systems transcend legal classifications.

Finally, as a corollary, the Philippines today is one of the countries with the highest rates of domestic human trafficking and in terms of exporting to other countries (mainly to the United States, the Middle East, and Malaysia).[70] Following Andrés Reséndez, I believe that debt peonage before, during, and after the Hispanic domination is undoubtedly a crucial antecedent to understanding the abuses that continue into the present in this region. It is, therefore, crucial to continue research on this system of work during the colonial period.

■

Bibliography

- Allain, Jean, Robin Hickey (2012), Property and the Definition of Slavery, in: The International and Comparative Law Quarterly 61,4, 915–938
- Archivo General de Indias, Sevilla (AGI)
- Archivo Histórico Nacional, Madrid (AHN)
- Asamblea Filipina (1914), Informe sobre la esclavitud y el peonaje en Filipinas, Manila
- Clavería y Zaldúa, Narciso (1880), Reglamento provisional para la policía de la servidumbre doméstica, Manila
- Comisión Central de Manila (1887), Memoria Complementaria de la Sección del Programa Pobladores, aborígenes y razas existentes y sus variedades en la religión, usos y costumbres de los habitantes, Manila
- Elizalde, María Dolores, Javier Huet de Lemps (2017), Filipinas, siglo XIX: Coexistencia e interacción entre comunidades en el imperio español, Madrid
- Fradera, Josep (2005), Colonias para después de un Imperio, Barcelona
- Fulgosio, Fernando (1871), Crónica de Filipinas, Madrid
- Ginés, Mónica (2020), A Philippine ›coolie trade‹: Trade and Exploitation of Chinese Labour in Spanish Colonial Philippines, 1850–98, in: Journal of Southeast Asian Studies 51,3, 457–483
- Hidalgo Nuchera, Patricio (1994), ¿Esclavitud o liberación? El fracaso de las actitudes esclavista de los conquistadores de Filipinas, in: Revista Complutense de Historia de América 20, 61–74
- Jordana y Morera, Ramón (1885), Bosquejo geográfico e histórico natural del Archipiélago Filipino, Madrid
- Lucena Salmoral, Manuel (2000), Leyes para esclavos: El ordenamiento jurídico sobre la condición, tratamiento, defensa y represión de los esclavos en las colonias de la América española, Madrid
- Manchado López, Marta, Miguel Luque Talaván (2014), Un mar de islas, un mar de gentes: Población y diversidad de las islas Filipinas, Córdoba

70 Manos Unidas (NGO) (2021).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Manos Unidas (ONG) (2021), Día mundial de la trata de personas 2021, https://www.manosunidas.org/noticia/dia-mundial-contra-trata-personas-2021-30-julio
- Montero y Vidal, José (1887), Historia General de Filipinas: desde el descubrimiento de dichas islas hasta nuestros días, Madrid
- Morga, Antonio de (1609), Sucesos de las islas Filipinas, México
- ONU (1956), Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/supplementaryconventionabolitionofslavery.aspx
- Reséndez, Andrés (2016), The Other Slavery: The Uncovered History of Indian Enslavement in America, Boston (MA)
- Rey Carlos IV (1789), Real Cédula de su Majestad sobre la educación, trato y ocupación de los esclavos en todos sus dominios de las Indias e Islas Filipinas bajo las reglas que se expresan, Madrid
- Seijas, Tatiana (2014), Asian Slaves in Colonial Mexico: From Chinos to Indians, Cambridge Latin American Studies, New York
- Tejón, Guillermo (1982), Juan Villaverde, O. P.: Missionary and Road Builder, 1841–1897: A History of the Sunday Missions in Ifugao, Manila
- Toda y Guell, Eduardo (1887), La vida en el Celeste Imperio, Madrid
- Winnebeck, Julia, Ove Sutter, Adrian Hermann, Christoph Antweiler, Stephan Conermann (2021), On Asymmetrical Dependency, Bonn Center for Dependency and Slavery Studies, Concept Paper 2012/01, https://www.dependency.uni-bonn.de/images/pdf-files/concept-papers/bcdss_cp_1-_on-asymmetrical-dependency.pdf
- Zavala, Silvio (1988), Estudios acerca del trabajo en México. Homenaje del Centro de Estudios Históricos a Silvio Zavala, edición preparada por Elías Trabulse, México

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Forum forum

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Birgit Aschmann

Die sozialliberalen Reformen auf dem Prüfstand: zur Abtreibungsfrage

»Hast du schon mal mit Juristen zusammengearbeitet?«, fragte mich vor einigen Jahren eine Kollegin, immerhin die Vorsitzende des Arbeitskreises für moderne Sozialgeschichte. Sie rechnete offenbar mit einem »Nein«, was Bände darüber spricht, wie ausbaufähig die Verbindungen zwischen Geschichts- und Rechtswissenschaften tatsächlich noch sind. Doch zu ihrer offensichtlichen Überraschung konnte ich die Frage bejahen. Denn ja, ich hatte erst unlängst eine Tagung gemeinsam mit Christian Waldhoff organisiert, nämlich zur spanischen Verfassung von 1978. Nicht nur durch Christian Waldhoff, sondern auch durch die Debattenbeiträge von Dieter Grimm, der nur vier Tage zuvor unter dem Titel »Auf Bewährung« (10.12.2018) einen großen FAZ-Artikel zum Grundgesetz veröffentlicht hatte, wurde es eine spannende, komparatistisch inspirierte Konferenz.

Für mich stellte es sich als ungemein lehrreich heraus, die Vergangenheit Spaniens durch die Brille der Verfassungsgeschichte in den Blick zu nehmen. Und nur wer die so problematische Rolle des spanischen Verfassungsgerichts in Rechnung stellt, kann die Eskalationen in der jüngeren Geschichte des katalanischen Separatismus nachvollziehen. Anders als das deutsche Verfassungsgericht genießt das spanische Pendant durch die Verknüpfung mit parteipolitischen Interessen kein sonderlich hohes Prestige. Dabei vergisst die bundesrepublikanische Zeitgeschichte allzu bereitwillig – wie es ihr Dieter Grimm ins Stammbuch geschrieben hat –, dass es um die Anerkennung des Bundesverfassungsgerichts auch einmal anders bestellt war. Der Tiefpunkt des Prestigeabfalls war just in den Jahren der sozialliberalen Reformen erreicht, die – wie es in Grimms Kapitel IX heißt – vom Verfassungsgericht »auf den Prüfstand« gestellt wurden. Rückwirkungen auf das Ansehen des Gerichts hatten gerade diejenigen Urteile, die die Reformen der sozialliberalen Koalition ausbremsten.

In besonderer Weise gilt das für die Gesetzgebung zur Abtreibungsfrage, die ich beispielhaft deshalb herausgreifen möchte, weil ihr erstens durch die aktuellen Debatten über § 218 StGB erneut Gegenwartsrelevanz zukommt; weil zweitens zentrale Prozesse der Zeitgeschichte wie der Beginn der neuen Frauenbewegung damit verknüpft sind; und drittens, weil sich hier noch besondere Forschungsdesiderate auftun, die exakt mit der Schnittstelle zur Rechts- bzw. Verfassungsgeschichte zu tun haben.

Dabei möchte ich denjenigen Akteur in den Vordergrund rücken, der in den von Dieter Grimm analysierten Geschichtswerken ungefähr ebenso beiläufig (wenn überhaupt) erwähnt wird wie das Verfassungsgericht: Es geht mir um den Einfluss der katholischen Kirche. Dass ich mich auf deren Aktivitäten konzentrieren will, hat nicht nur damit zu tun, dass die Mitgliedschaft in dieser Institution Dieter Grimm und mich verbindet. Es liegt vor allem an besagtem Forschungsdefizit, dem ich mich im Rahmen eines Forschungsprojektes stellen will, das die Bedeutung des Katholizismus in der Abtreibungsdebatte der 1970er Jahre ausleuchtet und damit zugleich dafür wirbt, die Relevanz des Katholizismus für die Zeitgeschichtsforschung neu zu vermessen.

Für dieses Vorhaben erwies sich die Anregung von Grimms Buch, die Rechts- bzw. Verfassungsgeschichte stärker zu berücksichtigen, als ungemein produktiv. Schon der Rat, die Quellenbasis durch die (gründliche) Lektüre der Verfassungsgerichtsurteile zu erweitern, war Gold wert. So führt die Begründung des Urteils nicht nur die entscheidenden Etappen der Gesetzgebung, sondern auch die Motive der Juristen vor Augen, sich der vom Bundestag beschlossenen Fristenlösung entgegenzustellen. Zugleich aber illustriert das abweichende Votum der Dissenter Helmut Simon und Wiltraut Rupp-von Brünneck, wie plausibel auch abweichende Positionierungen waren, die bei der Abstimmung immerhin nur knapp 5:3 unterlagen.

Womöglich hilft wiederum die geschichtswissenschaftliche Perspektivierung auch den Juristen, die Dimension dieses abweichenden Urteils anders zu sehen. Christian Waldhoff gab mir zu verstehen, dass der zentrale Unterschied darin liege, dass Wiltraut Rupp-von Brünneck dem Parlament in der Entscheidung den Vorrang überlassen wollen würde. Dieter Grimm betont als Kern des Votums die Verneinung einer Pflicht zum Einsatz des Strafrechts. Ich als Nicht-Juristin finde hingegen in

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

diesen Quellen insbesondere bemerkenswert, wie sehr hier die Belange, die Interessen und Gefühle betroffener Frauen in Rechnung gestellt wurden. Das unterscheidet dieses Votum rigoros von den zahlreichen Einlassungen aus dem Raum der katholischen Kirche, in denen dem Selbstbestimmungsrecht der Frauen kaum Platz eingeräumt wurde. Den Autonomieansprüchen der Frauen setzte die Kirche deren Unterordnung unter vermeintlich gottgegebene Anforderungen der Natur und Ordnungsvorstellungen der katholischen Gesellschaft entgegen.

Wie groß aber war nun der Einfluss der katholischen Kirche? Thomas Darnstädt zufolge bildeten »Verfassungsrecht, Politik und katholische Heilslehre […] eine zäh klebende Masse«.[1] Alice Schwarzer ist sich ganz sicher: die katholische Kirche habe die Fristenlösung, die die sozialliberale Koalition gewollt habe, verhindert. Aber war es nicht das Verfassungsgericht, das diese Reform verhindert hat? Oder hat womöglich die katholische Kirche auf das Verfassungsgericht entscheidend eingewirkt?

Ich habe darauf keine endgültigen Antworten, sondern kann nur Fragen aufwerfen bzw. mit Thesen provozieren. So ist anzunehmen, dass die Ausleuchtung der Zusammenhänge – wie auch bei der Verhinderung Horst Dreiers als Verfassungsrichter – Einblick gewährt in die (wie Horst Dreier sich äußerte) »manchmal zweifelhaften Legitimationsstränge demokratischer Entscheidungen«.[2]

Inwieweit konfessionelle Zugehörigkeit Verfassungsrichter beeinflussen kann, haben Oliver Lepsius und Anselm Doering-Manteuffel nicht zuletzt am Beispiel des Protestanten Helmut Simon nachgewiesen.[3] Die Richter, die das abweichende Votum unterschrieben, gehörten beide zur evangelischen Kirche. Den Einfluss der katholischen Kirche auf die Verfassungsrichter hat – soweit ich weiß – noch niemand untersucht. Dabei müsste nach folgenden fünf Einflussmöglichkeiten gefragt werden, über die die katholische Kirche auch das Denken und Handeln katholischer Richter bestimmt haben könnte:

Erstens (1) geht es um Sozialisation – könnte doch für Interpretationspräferenzen der Verfassungsrichter nicht nur die akademische, sondern auch die familiäre Herkunft eine wichtige Rolle spielen.[4] Was heißt es z. B., wenn über Hans Brox in einem biographischen Abriss zu lesen ist, ihn habe die »überzeugt katholische Familie« mit dem »tiefgläubigen Elternhaus« »nachhaltig geprägt«?[5] Im selben Beitrag heißt es, Brox habe sich dem »Schutz des werdenden Lebens«, um das es im Abtreibungsurteil ja ging, »aus Gewissensgründen streng verpflichtet« gefühlt.[6] Dergleichen zeigte sich z. B. im Mai 1973, als Brox in der Paderborner Bistumszeitung »Der Dom« für die Beibehaltung der Strafandrohung im Abtreibungsrecht warb; eine staatliche Duldung der Abtreibung wäre »Verfassungsunrecht«.[7] Des Weiteren (2) müsste nach der Integrations- und Mobilisierungskraft katholischer Verbände gefragt werden. Welchen Eindruck machte es, wenn der BDKJ junge Menschen in Massen im Zuge von Sternmärschen für das Leben auf Bonn zurücken ließ? Was bedeutete es, dass der Berichterstatter Hans Joachim Faller Mitglied der katholischen Studentenverbindung KDStV Aenania München war, was ihn mit Willi Geiger verband, Richter im Zweiten Senat und Präsident des Bamberger Katholikentags von 1966 – und der sich im Übrigen 1979 (inzwischen im Ruhestand) be-

1 Thomas Darnstädt, Verschlusssache Karlsruhe. Die internen Akten des Bundesverfassungsgerichts, München 2018, 336.

2 Die Welt, 19.07.2008; demnach spielte die katholische Kirche bei der Verhinderung von Horst Dreier eine entscheidende Rolle.

3 Oliver Lepsius, Anselm Doering-Manteuffel, Die Richterpersönlichkeiten und ihre protestantische Sozialisation; in: Anselm Doering-Manteuffel, Bernd Greiner, Oliver Lepsius, Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985. Eine Veröffentlichung aus dem Arbeitskreis für Rechtswissenschaft und Zeitgeschichte an der Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz, Tübingen 2015, 167–224.

4 Grimm führt an, dass bei der »Füllung der Spielräume«, die den Rechtsanwendern blieben, weniger die »politischen Bindungen« als vielmehr »professionelle Standards und Sozialisationen« eine Rolle spielten, vgl. Dieter Grimm, Die Historiker und die Verfassung. Ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte des Grundgesetzes, München 2022, 341.

5 Bernd Rüthers, Hans Brox. Verfassungsrichter – Hochschullehrer – Autor – Mensch; in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 59 (N.F.) (2011) 521–533, 522. Vermutlich prägte diese katholische Sozialisation auch seinen Blick auf Ehe und Familie; 1954 wurde Brox jedenfalls Mitherausgeber der Zeitschrift »Ehe und Familie – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht«, vgl. ebd., 523.

6 Ebd., 530.

7 Hans Brox, Das Recht auf Leben; in: Der Dom 18, 06.05.1973, 6–7.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

reiterklärte, dem Münchener Erzbistum bei der Einfädelung einer weiteren Verfassungsbeschwerde beratend zur Seite zu stehen.[8] (3) Welche Rolle spielte die Erfahrung in Kirchengemeinden, in denen z. B. Kardinal Döpfner, der Vorsitzende der Deutschen Bischofskonferenz und Erzbischof von München und Freising, im Vorfeld der Verkündigung des Verfassungsgerichtsurteils Fürbittgebete zugunsten des Lebensschutzes verteilen ließ?[9] (4) Wie wirkte sich die parteipolitische Schnittstelle aus, setzte doch die Überzeugungsarbeit katholischer Akteure gezielt bei den Mitgliedern von CDU und CSU an? Auch wenn die Parteizugehörigkeit nicht grundsätzlich das Abstimmungsverhalten der Richter präjudizierte, so fällt doch auf, dass mit Wiltraut Rupp-von Brünneck die SPD-Mitglieder Karl Haager und Helmut Simon gegen den Mehrheitsentwurf stimmten, der wiederum von sämtlichen CDU-nahen Richtern unterstützt wurde. (5) Bliebe schließlich das Augenmerk auf das konkrete Engagement derjenigen Juristen zu richten, die in besonderer Weise die Verflechtung von Justiz und Katholizismus repräsentierten. Das bezieht sich auf Verfassungsrichter wie Willi Geiger oder Ermin Brießmann, Richter am OLG München, der sich als Vorsitzender des Münchener Katholikenrats und Vorstandsmitglied des Vereins »Aktion für das Leben« noch 1979 dafür einsetzten wollte, die bayerische Staatsregierung für eine Normenkontrollklage gegen die seit 1976 geltende Indikationslösung zu gewinnen.[10] Aber das bezieht sich auch auf Paul Kirchhof und Ernst-Wolfgang Böckenförde, die – so erinnerte sich zumindest Kardinal Lehmann – dafür Sorge trugen, dass ein Text des Kardinals, vorgetragen zur Eröffnung der Herbstvollversammlung der Deutschen Bischofskonferenz 1992, Eingang fand in die Karlsruher Entscheidung des Zweiten Senats, der sich 1993 über die nach der deutschen Einheit notwendig gewordene neue Fassung des Abtreibungsgesetzes gebeugt hatte.[11] Wurde also Kardinal Lehmann zum heimlichen Ghostwriter des Verfassungsgerichts?

Für die Zeitgeschichtsschreibung sind diese Konstellationen deshalb ungemein spannend, weil sie dazu anregen, die Komplexität der Aushandlungsprozesse um die Abtreibungsgesetzgebung durch die Berücksichtigung von Verfassungsjustiz und Katholizismus neu zu gewichten. Schließlich handelt es sich hier um Vorgänge, die die bundesrepublikanische Gesellschaft zutiefst emotionalisierten und polarisierten, weil hier Fundamentalprozesse wie Säkularisierung und Emanzipation, Individualisierung und Autonomiebestreben mit einer an Traditionen sowie überdauernden Werten und Vorstellungen festhaltenden Fundamentalopposition kollidierten. Sowohl das Verfassungsgericht als auch die Kirche trugen (das ist alles durchaus komplex) einerseits zur Emotionalisierung, andererseits zur Pazifizierung (und damit auch zur Stabilisierung der Demokratie) durch das Suchen nach Kompromissen bei. Für die Geschichte des Wertewandels ist es bezeichnend, dass der allenthalben angenommene Umschwung von Pflicht- und Akzeptanz- hin zu Selbstbestimmungswerten sich im Urteil des Bundesverfassungsgerichts 1975 eben *nicht* nachweisen ließ. Nicht nur in kirchlichen, sondern auch in den Texten des Verfassungsgerichts ist die Rede von »Pflicht«, »Opfer« und Akzeptanz.

Eines ist am Ende bei aller Komplexität unstrittig: dass der Impuls von Dieter Grimm, sich mit der Thematik auseinanderzusetzen, höchst fruchtbar war.

■

8 Schreiben des Instituts für Staatskirchenrecht an den Justitiar Dr. Röder, Erzbischöfliches Ordinariat München, 16.10.1979; in: Archiv des Erzbistums München und Freising (AEM) Generalvikariat Sachakten 3186.

9 Döpfner, 08.11.1974, betr. Gebet angesichts der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts betr. Gesetz zur Änderung des § 218; beigelegt: Fürbitten; in: AEM Generalvikariat Sachakten 3189, Mappe 2/2.

10 Vgl. Diözesanrat der Katholiken der Erzdiözese München und Freising, 20.07.1979, Ermin Brießmann, Vorsitzender des Diözesanrats der Katholiken im Erzbistum München und Freising an Erzbischof Josef Kardinal Ratzinger; in: AEM Generalvikariat Sachakten 3189, Mappe 1/2. Der Verein »Aktion für das Leben« hatte sich als Gegenbewegung zur Aktion 218 gebildet.

11 Zum Hintergrund vgl. Daniel Deckers, Der Kardinal. Karl Lehmann – Eine Biographie, München 2002, 323–325, sowie die persönlichen Annotationen des Biographen.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Pascale Cancik

Welche »Wirklichkeit«?*

Der Untertitel von Dieter Grimms Buch lautet: Ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte des Grundgesetzes. Man kann es lesen als Nachweis und Vorwurf: Die Allgemeinhistoriker:innen berücksichtigten Verfassungsgeschichte, genauer die vom Bundesverfassungsgericht geschriebene Verfassungsgeschichte nicht ausreichend. Das führt zu der Frage, wer eigentlich die Wirkungs- Geschichte von Recht und damit auch von Gerichten schreiben muss, sollte, darf. Aus der Perspektive einer Juristin, die (auch) Verwaltungs(rechts)geschichte betreibt, wäre die kurze Antwort: Historiker:innen sollten Wirkungen von Recht (mehr) berücksichtigen, aber Rechtswissenschaftler:innen sollten das auch tun und müssen es mehr tun bzw. deutlich machen, dass sie es tun, nicht zuletzt um der Geschichtswissenschaft Angebote zu machen. Letzteres leistet das Buch in prägnanter Weise. So weit, so einfach.

Der für den Workshop gestellte Auftrag setzte breiter an: Man möge zum Verhältnis zwischen Allgemeiner Geschichte und Rechts- bzw. Verfassungsgeschichte beitragen. Ein Versuch in sieben Punkten.

1. Dieter Grimms Buch ist, auch, eine weitere Station einer lang andauernden Kontakt-, Vergewisserungs- und Abgrenzungsdebatte zwischen Rechtswissenschaftler:innen und Historiker:innen. Diese Debatte wird regelmäßig wiederaufgenommen, hat ihrerseits Geschichte. Innerhalb der Rechtswissenschaft erscheint die unzureichende Wahrnehmung von Rechts-Geschichte(n) in anderer Gestalt. Sie wird sichtbar in kritischen Beiträgen zum a-historischen Jurastudium, in Überlegungen zum damals neuen Fach der juristischen Zeitgeschichte, in Verhältnisdebatten von Zeithistoriker:innen und nicht zuletzt in der Gründung von bi-disziplinären Arbeitskreisen.

Die Debatte hat nicht erreicht, was besonders nötig wäre: die Institutionalisierung von ausreichenden Strukturen in *rechts*wissenschaftlichen Institutionen jenseits der Max-Planck-Institute, die interdisziplinäre Arbeit am Recht, etwa Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie, durch Jurist:innen *und* »anders Disziplinierte« ermöglichen. Das Anfang des 20. Jahrhunderts noch verbreitete Fach Staatswissenschaften, vielleicht genauer: der damit bezeichnete Zugriff an juristischen Fakultäten, ist der Ausdifferenzierung in Disziplinen und Subdisziplinen des geltenden Rechts gewichen, vielleicht auch der sogenannten juristischen Methode, die bei Gelegenheit noch immer als methodisch überlegen, wenn nicht einzig zulässig markiert wird. Umgekehrt gibt es auch in den Instituten für Zeitgeschichte offenbar keine Stellen für juristisch Sozialisierte.

Ebenso wenig hat die Debatte eine seriöse (Re-)Institutionalisierung der entsprechenden Lehrinhalte im Jurastudium erreicht. Dass neuere gesetzliche Vorgaben im Deutschen Richtergesetz daran ernsthaft etwas ändern, bleibt angesichts der Verweigerung von Ressourcen für die Umsetzung unwahrscheinlich. Individuelle Bemühungen gibt es.

Sie sind und bleiben also frustrationsgefährdet, diese Debatten, dennoch für inter- oder multidisziplinäre Forschungszugriffe nicht nutzlos, auch wenn sie in einer gewissen Wiederholungsschleife stecken.

2. Der Zugriff von Grimm, Wahrnehmungs-Defizite von Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeitspraxis gerade bei Allgemeinhistoriker:innen in deren Allgemeindarstellungen aufzusuchen, könnte leicht und mit gewissem Recht kritisiert werden, weil er verkenne, wieviel

* Der Beitrag entspricht in Form und Inhalt dem mündlichen Impuls, der auf dem Workshop am 3. Februar 2023 zu Dieter Grimms Buch »Die Historiker und die Verfassung« am mpilhlt gegeben wurde; einige Punkte sind etwas ausführlicher formuliert, als es bei der Veranstaltung möglich war.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Rechts-Wahrnehmung es in den spezialisierten Geschichtsdisziplinen und in konkreten historischen Arbeiten gibt. Das wird dem Buch nicht gerecht, weil Grimm diese Begrenzung selbst thematisiert und es ohne Begrenzung nicht geht. Die emotional distanzierte, also nicht auf »Das ist unfair«-Ärgernisse zielende Anfrage an das Buch aber bleibt: Inwiefern ist es *wissenschaftlich* fruchtbar, die Suche nach Verfassungsrechtswahrnehmungsdefiziten auf die Großdarstellungen allgemeiner Geschichte zu richten? Es ist ein Erfolg des Buches, wenn sich (Allgemein-)Historiker:innen zu dieser Frage verhalten, das Gespräch ermöglichen.

Indessen geht es wohl gar nicht (nur) um Wissenschaft, sondern um die Anteile an der Welterklärung, die zeithistorischen Beiträgen oft eignen. Es geht um einen Geltungsanspruch im weiteren Sinne und die Konkurrenz darum. Wer bestimmt die relevante »Wirklichkeit«?

3. Abgrenzungsdebatten sind institutionenlogisch häufig rational, wissenschaftlich eher nicht. Um jedoch die Wahrnehmung methodisch gegebenenfalls wichtiger Differenzen nicht einzuebnen, schlage ich vor, ein bisschen Abgrenzung beizubehalten, indem wir – für das Feld der Rechtsgeschichte – von *juristischen* und *historischen* Rechtshistoriker:innen sprechen, um auf eine vermutete, immerhin anekdotisch evidente Differenz im Zugriff hinzuweisen und sie als gegenseitige Defizitanerkennungsgrundlage fruchtbar zu machen.

4. Lässt man sich auf die Zielsetzung von Grimm ein, scheint mir entscheidend der herausgearbeitete Unterschied von *formaler* und *materialer* Verfassung. Letztere ist zentraler Punkt für die Grimmsche Bedeutungsbehauptung zugunsten der Verfassungs*rechtsprechung*. Diese stellt eben Recht im Sinne von »Rechtswirklichkeit« her, konstruiert »das Recht«, entwickelt erst Maßstäbe für die Prüfung des ganzen anderen geschriebenen und praktizierten Rechts und schreibt insofern an »der« Geschichte mit. Gut sichtbar wird das in Grimms Buch etwa beim Parteienrecht, wie auch im Feld der Gleichheits-/Ungleichheitsrechtsprechung.

Ironischerweise (?) ist es gerade ein materialer Verfassungsbegriff im Sinne von *Verfasstheit*, der nicht nur am Normtext, sondern gerade auch an Institutionen, an tatsächlicher politischer Herrschaft, an »Wirklichkeit« ansetzt, der Historiker:innen nahe sein müsste.

Nun ist die juristische Unterscheidung »materiell-formell« oder »material-formal« durchaus vage und führt vielleicht eher zu einer Illusion gemeinsamer Begrifflichkeit als zur Klärung. Ich formuliere deshalb das an sich etwas Triviale einmal anders: Recht, sogar formelles Recht, also Organisations- und Verfahrensrecht, ist materiell, ist relevante »Wirklichkeit«, verarbeitet »Wirklichkeit«, wirkt als Motor oder Hemmung für »Wirklichkeit«. Es ist (klein- und großgeschrieben) material / Material für *alle* Bindestrich-Disziplinen oder Bindestrich-Perspektiven der Geschichtswissenschaft, etwa der Wirtschaftsgeschichte, der Sozialgeschichte, der Geschlechtergeschichte und so fort. Im gewissen Sinn teilen Recht und Geschichte eine Eigenschaft: Sie kleben potenziell an allem, also auch am »Allgemeinen«, was immer die Allgemein-Historiker:innen darunter jeweils verstehen wollen.

Andere Vorstellungen von Recht scheinen mir reduktionistisch, manchmal vielleicht gar ein Stück weit ressentimentgeleitet. Für die Geschichtswissenschaft könnte dieses materiale Verständnis von Recht, die Materialproduktion durch die Rechtsakteure eigentlich eine gute Nachricht sein.

5. Historiker:innen erklären eine gewisse Rechtsferne oft damit, dass Recht so kompliziert sei. Manchmal stimmt das. Ich möchte einen weiteren möglichen Grund für disziplinäre Abstandshaltungen ansprechen: die von Jurist:innen angeblich behauptete oder implizierte A-Historizität juristischer Aussagen.

Der – für das Recht und seine Praxis – erforderliche Geltungsanspruch scheint mir notwendig verbunden mit der Behauptung einer gewissen Überzeitlichkeit und Nicht-Kontingenz. Oder, etwas vorsichtiger, einem Ausblenden von Historizität. Ein Gericht, das formulierte, die beurteilte Handlung sei jedenfalls für den Moment gerade rechtswidrig, würde wohl Irritation hervorrufen.

Diese Historizitäts-Ferne ist für die Wirkweise von Recht als *Recht* funktional und möglicherweise unverzichtbar. Hinter dem recht un-öffentlichen Kampf um die Frage, wo das Archiv der Bundesverfassungsgerichts-Rechtsprechung sein solle – am Gericht selbst oder im Staatsarchiv – und wie lange die Archivfristen sein sollten – 30, 60 oder besser 120 Jahre –, stand vermutlich ein Unbehagen der Richter, zum Untersuchungsobjekt zu werden. Vielleicht konnte man aber darüber

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

hinaus auch einen *Sicherungsversuch für erreichte Normativität* beobachten, so meine spekulative These.

Wenn aber die zumindest rhetorische Ausblendung der eigenen Historizität für »das« Recht, für das rechtlich gebundene Entscheiden, das Funktionieren von Normativität, die »Behauptung« von Rechtsgeltung besonders wichtig, vielleicht geradezu existenziell ist, dann wäre das eben nicht nur als Jurist:innen-Arroganz wahrzunehmen, als Selbstüberschätzung der eigenen Bedeutung, als fehlgehender Positivismus oder als Versuch, sich der kritischen Befragung durch die Geschichtswissenschaft zu entziehen, sondern als Funktionsbedingung von Recht(-spraxis). Diese ist dann zugleich historisch relevant und näher untersuchbar. Ein solcher Verständnisversuch schiene mir ein hilfreicher Annäherungsschritt zwischen den Disziplinen. Und dabei hülfe auch, zur Kenntnis zu nehmen, dass nicht nur in der Rechts*wissenschaft* historische Kontextualisierung durchaus gefordert und auch geleistet wird, sondern auch in manchem Verfassungsgerichtsurteil. *Inventing traditions* ist in gewisser Weise eine juristische Kernkompetenz.

6. Verfassungsrechtliche Texte, insbesondere neuere Gerichtsurteile, die lange Traditionsketten berücksichtigen bzw. herstellen, sind nicht immer leicht lesbar, aber doch vergleichsweise leicht anschlussfähig für andere Disziplinen. Was aber ist mit dem »anderen Recht«, z. B. dem praktizierten Verwaltungsrecht, das so zentral für Rechtsstaat, Verfassungsverwirklichung, Gesellschaft und Wirtschaftsordnung ist?

Erweitert man den Blick in dieser Weise, ist der Befund defizitärer Wahrnehmung der Verfassungsgerichtsrechtsprechung möglicherweise gar nicht das größte Defizitproblem. Was nicht heißen soll, dass es ein Defizit nur der Historiker:innen wäre.

7. Es bleibt zu wünschen, dass Grimms Erkenntnisse von Historiker:innen wie Rechtswissenschaftler:innen als Angebot und seine Kritik als Fragemodell aufgegriffen werden. Weiterführend scheint mir u. a. die bei Grimm anklingende Frage, was das BVerfG nicht entschieden, nicht geklärt, offengelassen, zurückgegeben hat an andere Akteure. Aber auch das Monitum, dass Historiker:innen einigermaßen gelungene Ordnungsleistungen und die damit verbundenen Kämpfe, gleichsam die rechtlichen Normalitäten, weniger registrieren als aufregende (Un-)Rechtsskandale, wäre der Überprüfung wert. Und wir könnten die Perspektive umkehren und fragen, welche historischen Defizite sich in Gerichtsentscheidungen finden, oder etwas umfassender: Wie machen Jurist:innen eigentlich von Geschichte Gebrauch, wenn sie Recht setzen, sprechen, analysieren? Auch dafür müssen die beteiligten Wissenschaftler:innen allerdings Recht gemeinsam lesen.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Eckart Conze

Verfassungswandel durch Grundgesetzänderungen*

Historische Gesamtdarstellungen haben es nicht leicht. Sie müssen ihren Syntheseanspruch stützen auf eine Fülle von Spezialliteratur. Das gilt mittlerweile auch für die Geschichte der Bundesrepublik, der sich die zeithistorische Forschung seit 1990 mit größter Intensität zugewandt hat. Diese Intensivierung der Forschung war nicht nur eine Frage des Quellenzugangs und der Sperrfristen, sondern hatte auch damit zu tun, dass mit der deutschen Einheit die Epoche der Zweistaatlichkeit und damit auch die der alten, der westdeutschen Bundesrepublik an ihr Ende gelangt war. Das dynamisierte die Forschung und trug so zur Synthesenbildung bei. Es war die Zeit der Erfolgsgeschichten: bspw. mit Edgar Wolfrums »Geglückter Demokratie« (2006) oder, in weiterer, nationalhistorischer Perspektive, mit Heinrich August Winkler und seinem »Langen Weg nach Westen« (2000).

Grundgesetz und Bundesverfassungsgericht ließen sich in diese Synthesen und ihr erfolgsgeschichtliches Narrativ problemlos einfügen, so wie schon vorher, vor 1990, in die große von Karl Dietrich Bracher, Theodor Eschenburg und Joachim Fest herausgegebene repräsentative Gesamtdarstellung »Geschichte der Bundesrepublik Deutschland«. Den fünf Bänden, die bis zum Jahr 1982 reichten, fehlte zwar der historische Fluchtpunkt – Fest sprach von »konzeptioneller Ratlosigkeit« –, aber sie bedeuteten doch historiographisch den Abschied vom Provisorium: die Selbstanerkennung der Bundesrepublik und ihrer Geschichte als Teil altbundesrepublikanischer Identitätsbildung. Aber man macht es sich doch etwas zu leicht, wenn man das Grundgesetz und das Bundesverfassungsgericht einfach in diese identitätsstiftenden oder erfolgsgeschichtlichen und damit letztlich affirmativen Narrative integriert.

Der »Erfolg« der Bundesrepublik ist in der Retrospektive kaum zu bestreiten. Aber es stellt sich schon die Frage, was man unter »Erfolg« verstehen will, wie »Erfolg« gemessen werden kann. Nach Weimar und dem Nationalsozialismus ist es leicht, von »Erfolg« zu reden. In gewisser Weise wurde die Geschichte der Bundesrepublik, einschließlich ihrer Verfassungsgeschichte, von 1990 her geschrieben, nicht von 1945 oder 1949 her. Das war insofern nicht unproblematisch, als die Perspektive auf die Überwindung der Teilung dazu verführen konnte, die Konflikte, Problemlagen, Widersprüche oder Defizite der Bundesrepublik tendenziell harmonisierend in einer »Großen Erfolgserzählung« aufzuheben. Das birgt die Gefahr einer rein affirmativen Bestätigung von politischem Handeln und gesellschaftlichen Entwicklungen. Von einem »stolzen Schiff« und einigen wenigen »krächzenden Möwen«, Zeitgenossen und Historikern, hat schon 1985 Christoph Kleßmann mit Blick auf die Bundesrepublik-Historiographie gesprochen. Das gilt auch für die Zeit nach 1990.

Die großen Grundgesetzänderungen der 1950er und 1960er Jahre lassen sich leicht in solche erfolgsgeschichtlichen Narrative integrieren, und dann muss man sie, wie die Entwicklung und den Wandel der Verfassung insgesamt oder auch die Rolle und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nicht vertieft analysieren und problematisieren. Das gilt bspw. für die Wehrverfassung von 1956. Was wir bei Dieter Grimm lesen, spiegelt die dominierenden Geschichtsdarstellungen wider: die Wiederbewaffnung als zunächst erbitterte Auseinandersetzung zwischen Regierung und Opposition; dann die in der zweiten Legislaturperiode möglich gewordenen Verfassungsänderungen, danach der Kurswechsel der

* Dieser Beitrag geht zurück auf mein Statement zu Dieter Grimms »Die Historiker und die Verfassung«, Kap. IV, auf dem Workshop am 3. Februar 2023 am mpilhlt. Der Text wurde nur geringfügig überarbeitet, der Vortragsduktus beibehalten.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

SPD, gewissermaßen auf dem Weg nach Godesberg, ihre Zustimmung zur eigentlichen Wehrverfassung. Die entscheidenden Entwicklungen spiegelten sich indes nur zum Teil in der Verfassung. Sicher, die Bundeswehr wurde zur Parlamentsarmee. Aber die Demokratisierung der Streitkräfte war doch ein konfliktreicher Prozess: der schwierige Abschied von Militarismus und Bellizismus trotz der Idee des »Staatsbürgers in Uniform« und des Konzepts der »Inneren Führung«; oder die Legende von der »sauberen Wehrmacht« zur Pazifizierung und Integration der Wehrmachtssoldaten und Wehrmachtsoffiziere.

Auch die Notstandsverfassung von 1968 lässt sich leicht in ein erfolgsgeschichtliches Licht rücken: die Notwendigkeit, spätestens seit 1955, eine Lücke im Grundgesetz zu schließen; die Versuche der Unionsregierungen in den frühen 1960er Jahren, für ihre Entwürfe die notwendige Zwei-Drittel-Mehrheit zu gewinnen; und dann nicht die »Stunde der Exekutive«, sondern die Stunde der Großen Koalition, die Zustimmung der SPD zu einem Entwurf, der die ursprünglich vorgesehenen Notstandsbefugnisse der Regierung deutlich abschwächte, die Parlamentsrechte sicherte, Grundrechtsbeschränkungen begrenzte und schließlich ein eher symbolisches Widerstandsrecht einführte. Die Geschichte der Verfassungsänderung hat fraglos ihre eigenständige Bedeutung, sie erschöpft sich aber nicht darin.

Denn zur Geschichte der Notstandsverfassung gehört jenseits der parlamentarischen Verfassungsänderung ihre Rolle in den Prozessen politischer und gesellschaftlicher Demokratisierung und Liberalisierung; ihre Bedeutung für die Entstehung bzw. die weitere Entfaltung einer kritischen politischen Öffentlichkeit in einem wichtigen nächsten Schritt nach der Spiegel-Krise; und schließlich der kontinuierliche Vergangenheitsbezug dieser Entwicklungen: der Nationalsozialismus als Argument – der Gegner übrigens wie der Befürworter der Notstandsgesetze. Hier begegnen vergangenheitsbezogene Ängste, das Ende von Weimar, die Herrschaftssicherung des Nationalsozialismus – fast könnte man für die Frühzeit der Bundesrepublik von Angstobsessionen sprechen – und öffnen eine Perspektive auf Verfassungsgeschichte als Emotionsgeschichte.

Das Grundgesetz war – und ist – zwar keine umstrittene Verfassung, aber es war doch in einzelnen Bestimmungen – Wehr- und Notstandsverfassung machen das deutlich – eine immer wieder umkämpfte Verfassung. Auch das würde, als Teil einer Emotionsgeschichte der bundesrepublikanischen Demokratie, eine Emotionsgeschichte des Grundgesetzes rechtfertigen, die es so noch nicht gibt – im Unterschied zu vergleichbaren, vielleicht näher liegenden Studien zur Weimarer Verfassung im Spannungsfeld von Hoffnung, Erwartung, Stolz, Enttäuschung, Wut und Hass. Und Emotionen wären womöglich, auch analytisch, eine Brücke zwischen Verfassungsrecht und Verfassungskultur.

Die Geschichte des Grundgesetzes, und zwar insbesondere als Wirkungsgeschichte, erschöpft sich nicht in Verfassungsänderungen und der Karlsruher Rechtsprechung, und es ist daher auch nicht damit getan, diese Aspekte gewissermaßen additiv in Gesamtdarstellungen aufzunehmen. Wichtiger scheint eine systematische analytische Integration, die freilich ein Verständnis von Verfassungsgeschichte als Zeitgeschichte braucht, also eine nicht allein normen- und dogmengeschichtliche Verfassungsgeschichte, sondern eine Verfassungsgeschichte, die sich für die Verfassung – und für Recht allgemein – interessiert, um politische, gesellschaftliche oder kulturelle Entwicklungen erklären zu können; die aber umgekehrt die Entwicklung von Recht auch aus politischen, gesellschaftlichen oder kulturellen Kontexten oder Bedingungen heraus erklärt. Dabei kann man sich auf Staatsrechtler wie bspw. auf Konrad Hesse beziehen, für den die Normativität einer geltenden Verfassung stets die Normativität einer, wie er es nannte, geschichtlich-konkreten Ordnung war; denn das Leben, das eine Verfassung ordnen solle, sei, so Hesse, geschichtlich-konkretes Leben.

Das kann man postulieren – und in gewisser Weise tut das ja auch Dieter Grimm –, aber es braucht dafür eben ein weites Verständnis von Verfassungs- und Rechtsgeschichte, das sich nicht auf Entstehung und Anwendung von Normen beschränkt, sondern bspw. auch Richterbiographien einbezieht. Michael Stolleis hat einmal von der »inneren Sozialgeschichte des Verfassungsgerichts« gesprochen (das gilt natürlich auch für andere Bundesgerichte). Und es geht dabei auch um breitere gesellschaftliche Verfassungsdiskurse. Es geht dabei, wie Dieter Grimm zu Recht betont, um die politisch-soziale Relevanz des Rechts und insbesondere des Verfassungsrechts. Aber das sollte man nicht allein wirkungsgeschichtlich verstehen. Die Wirkungsgeschichte des Verfassungsrechts: Das wäre zwar schon viel, aber es wäre eindimen-

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

sional. Es würde in gewisser Weise Böckenfördes These vom »verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat« historisch unterfüttern. Doch eine Gesellschaft, eine Zeit, wenn man so will, wirkt auch ihrerseits auf das Recht ein, sie macht das Recht und die Rechtsentwicklung zum Gegenstand öffentlicher und damit politischer Kommunikation und beeinflusst sie dadurch. Recht, gerade öffentliches Recht, folgt auch gesellschaftlichen Wandlungsprozessen, wenngleich es diese sicher nicht lediglich widerspiegelt.

Ganz pragmatisch braucht die Forschung für eine solche integrale, nicht additive Verfassungsgeschichte quellenbasierte Einzelstudien, ohne die die Synthetisierung nicht möglich ist. Auch das ist ein Teil der Antwort auf die Kritik von Dieter Grimm, obwohl sich die Forschungsentwicklung erkennbar zu verbessern begonnen hat. Man muss die Verfassungsgeschichte und das Verfassungsgericht selbst historisieren, nicht monumentalisieren oder musealisieren. Solche Studien freilich stehen und fallen mit ihren Quellen. Die Verfassung, Verfassungsänderungen und verfassungsgerichtliche Entscheidungen (einschließlich ihrer Begründungen) sind fraglos wichtige Quellen. Ob sie besonders authentische Quellen sind und worin diese besondere Authentizität bestehen soll, das bedarf weiterer Diskussion. Eine Verfassungsgeschichte im Sinne von Dieter Grimm könnte indes erheblich von der Auswertung insbesondere der richterlichen Beratungen profitieren. Nicht zuletzt darauf zielt aus rechtswissenschaftlicher Sicht die Studie »Beratungskulturen« von Gertrude Lübbe-Wolff (2022). Einer genuin geschichtswissenschaftlichen Analyse der richterlichen Beratungen steht aber nach wie vor – und auch bezogen auf historische Entscheidungen – das Beratungsgeheimnis entgegen, das sich mit Blick auf das Verfassungsgericht in einer Sperrfrist von 60 Jahren manifestiert, also am Ende der Ära Adenauer liegt. Es ist, um diejenige Forschung zu befördern, die Dieter Grimm zu Recht anmahnt, dringend geboten, die historische Forschung nicht nur zu erleichtern, sondern insoweit erst zu erlauben. Nur so kommen wir über eine rein entscheidungskonzentrierte, eine dezisionistische Verfassungsgeschichte und insbesondere Verfassungsgerichtsgeschichte hinaus; nur so wird Historisierung möglich.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Verena Frick

Die Konstitutionalisierung der Politik. Auch eine Politisierung der Verfassung?

Dieter Grimm analysiert im Abschlusskapitel seines Buchs »Die Historiker und die Verfassung« den Prozess der Konstitutionalisierung unter dem Grundgesetz und verweist scharfsinnig auf dessen juridische wie politische Folgekosten: Einerseits werden das einfache Recht und die Fachgerichtsbarkeit durch das vom Bundesverfassungsgericht seit dem Lüth-Urteil immer weiter entfaltete materiale Verfassungsverständnis unter den Vorbehalt der Verfassung gestellt. Beide büßen auf diese Weise ihren Selbststand weitgehend ein. Andererseits wird damit zugleich auch die Politik, die dieses einfache Recht erzeugt, in ihrem Handeln umfassenden verfassungsrechtlichen Bindungen unterworfen. Die Gestaltungsfreiheit der politischen Institutionen findet mit jedem neuen Gerichtsurteil weitere Schranken. Das Resultat dieser doppelten Konstitutionalisierung von einfachem Recht und Politik ist also ein ebenso doppelter Autonomieverlust.

Die folgenden Überlegungen und Rückfragen sind aus der Perspektive einer Politikwissenschaftlerin formuliert, die besonders an jenen Systemgrenzen zwischen Politik und Recht interessiert ist, die Grimm in seinem Abschlusskapitel vermisst. Grimms Diagnose einer unterschätzten Konstitutionalisierung der Politik ist ebenso überzeugend wie treffend. Dennoch möchte ich im Folgenden einige kritische Anfragen an diese Diagnose stellen und argumentieren, dass sie in einem Punkt ein zu einseitiges Bild zeichnet. Sie unterschlägt, dass die Konstitutionalisierung der Politik auch einen Komplementärprozess der Politisierung des Rechts und der Verfassungsgerichtsbarkeit in Gang setzt. Vor diesem Hintergrund gilt es, noch einmal die von Grimm am Ende des Kapitels gestellte Frage aufzuwerfen, nämlich, *was zu tun wäre*, um der Wirkung der Verfassung im Rahmen einer Gesellschaftsgeschichte der Bundesrepublik gerecht zu werden.

Im internationalen Vergleich überraschend ist nicht allein das Ausmaß der konstitutionellen Durchdringung der bundesdeutschen Politik, sondern noch mehr deren Fügsamkeit. Grimm attestiert Deutschland im Vergleich mit anderen Verfassungsstaaten sogar eine Sonderrolle. Die politischen Institutionen missachten bislang weder die Gerichtsurteile, noch trachten sie erkennbar danach, die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts zu beschneiden. Was sind die Gründe für dieses bemerkenswerte Maß an Folgebereitschaft? Grimm führt mehrere Aspekte dafür an, wovon ich einen besonders hervorheben möchte: Der Verfassung wird eine Konsensfunktion im politischen Meinungskampf attestiert. Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit beziehen demnach ihre Autorität gegenüber der Politik aus einer Art objektiven Hüterrolle für die im Grundgesetz eingelagerten Vorstellungen einer gerechten politischen und sozialen Ordnung. Es kommt dem Bundesverfassungsgericht zu, diesen Konsens dann notfalls gegen die Politik zu aktualisieren.

Die Darstellung in dem Kapitel legt nahe, dass Konstitutionalisierung vor allem in eine Richtung verläuft: von den Normen der Verfassung, über die immer weiter reichende und sich ausdifferenzierende Aktualisierung in der Rechtsprechung hin zur Politik, die in ihrem Gestaltungsspielraum immer weiter eingeengt wird. Für die Leserin drängt sich die Schlussfolgerung auf, dass die Gewinner und Verlierer dieser Entwicklung klar verteilt sind. Verfassungsgericht und Verfassung stärken sich wechselseitig auf Kosten der demokratisch legitimierten Politik, mit anderen Worten: Recht und gerichtliche Akteure werden wirkmächtiger im politischen Prozess. Grimm weist zweifellos auf einen zentralen Zusammenhang hin, den es auch aus politikwissenschaftlicher Sicht mit Blick auf die Frage demokratischer Legitimation zu problematisieren gilt. Und dennoch ist die implizite Linearität der Konstitutionalisierungserzählung zumindest zu hinterfragen. Denn eine wichtige Frage wird nicht gestellt, nämlich: Inwiefern wirkt die Konstitutionalisierung der Politik auf die Verfassung und das Gericht eigentlich selbst zurück?

Bei genauerem Hinsehen bleibt es nicht bei der unterstellten Einbahnstraße. Vielmehr erzeugt die Konstitutionalisierung der Politik selbst Rückkopplungseffekte. Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit werden ihrerseits politisiert und verstärkt zum Schauplatz politischer Kämpfe. Alec Stone Sweet hat das in seiner Studie *Governing*

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

with Judges (2000) für die europäische Politik anschaulich gezeigt. Eine expansive Spruchpraxis von Verfassungsgerichten, die nicht davor zurückschrecken, der Politik immer neue Beschränkungen aufzuerlegen, provoziert ihrerseits die Instrumentalisierung des Verfassungsrechts für Oppositionspolitik. Mit Stone Sweet sollten wir also von einem sich selbst verstärkenden Kreislauf von Konstitutionalisierung und Politisierung ausgehen.

Und dieser Kreislauf lässt sich auch mit Blick auf die Bundesrepublik verfolgen: Es wurde vielfach darauf hingewiesen, dass die Drohung mit dem sprichwörtlichen Gang nach Karlsruhe zum Standardrepertoire der parlamentarischen Opposition sowie der Länder-Opposition gegen den Bund gehört. Es gibt kaum ein umstrittenes Gesetz, das nicht in Karlsruhe landet. Die politischen Kämpfe finden vor dem Bundesverfassungsgericht regelmäßig eine Fortsetzung, um die jeweiligen politischen Interessen mit juristischen Mitteln durchzusetzen. Das führte die bayerische Reaktion auf die im Bundestag verabschiedete Wahlrechtsreform jüngst erst wieder anschaulich vor Augen. Kaum passierte das neue Wahlrecht den Bundestag, kündigte die CSU-Landesgruppe auch schon an, vor das Bundesverfassungsgericht zu ziehen.

Was demgegenüber meist weniger Aufmerksamkeit erfährt, ist die Tatsache, dass die Verfassungsklage auch ein Instrument der außerparlamentarischen Opposition ist. Ich meine das lange kaum beachtete und nun vermehrt diskutierte Phänomen der strategischen Prozessführung als ein Mittel des *politischen Protests im Recht*. Von strategischer Prozessführung spricht man, wenn Individualklagen nicht primär zu individuellen Rechtsschutzzwecken erhoben werden, sondern um das Recht gezielt für politische Interessendurchsetzung zu mobilisieren. Die Strategie lautet, über den Weg juristischer Grundsatzentscheidungen Veränderungen der Politik zu bewirken. Unterstützung erfahren Kläger dabei häufig von Verbänden, Nichtregierungsorganisationen oder religiösen Gemeinschaften, die potenzielle Präzedenzfälle mit entsprechender Breitenwirkung auswählen. Als Beispiel sei der Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts genannt, der zudem die Türen weiter dafür geöffnet hat, die politische Auseinandersetzung über die ökologische Frage künftig verstärkt mit verfassungsrechtlichen Mitteln auszutragen.

Unabhängig davon, wie man diese Entwicklung nun bewerten mag, ob als begrüßenswerte Partizipationschance für Bürger oder als Schwächung der demokratisch legitimierten Organe und problematische Instrumentalisierung der Justiz, für die Verfassung und das Bundesverfassungsgericht ist sie tendenziell prekär: Je mehr das Gericht in Entscheidungen über hochumstrittene Fragen hineingezogen wird, desto schwerer wird es fallen, politische Neutralität und Objektivität zu behaupten. Das gilt umso mehr für die gegenwärtige Gesellschaft, die in vielerlei Hinsicht als gespaltener als die integrierte Gesellschaft der alten Bundesrepublik charakterisiert wird, nicht zuletzt in der ökologischen Frage. In dieser Konstellation dürfte das Bundesverfassungsgericht zunehmend Schwierigkeiten haben, einen Konsens an gerechten Ordnungsvorstellungen zu plausibilisieren.

Was wäre also zu tun? Diese Frage, die Grimm am Ende des Kapitels stellt und die auf die wissenschaftliche Verarbeitung dieser Entwicklung zielt, möchte ich vor diesem Hintergrund noch einmal aufgreifen. Was wäre also zu tun, um der Konstitutionalisierung der Politik und dem Komplementärprozess der Politisierung der Verfassung aus der akademischen Beobachterperspektive angemessen Rechnung zu tragen? Grimm rät insbesondere dazu, den Maßstabsteil der bundesverfassungsgerichtlichen Urteile als »Fundgrube« zu nutzen und ihm die überzeitlichen Grundsätze und dogmatischen Weichenstellungen der jeweiligen Entscheidung zu entnehmen, um auf diese Weise Rückschlüsse auf judizielle Überschreitungen der Grenze zwischen Politik und Recht zu ziehen.

Doch hier sind Vorbehalte angebracht: Sollten wir als Politikwissenschaft (wie auch als Geschichtswissenschaft) dem Rat folgen und die Erzählung der rechtswissenschaftlichen Verfassungsgeschichte und ihre spezifischen Erkenntnisinteressen gewissermaßen mit interdisziplinären Mitteln fortschreiben? Die rechtswissenschaftliche Erzählung ist vor allem eine verfassungsdogmatische, sie erzählt von Verfassungssystematik, verfassungsrechtlichen Leitbildern, Grundentscheidungen der Verfassung, Rechtsprechungslinien sowie von juristischer Logik und Objektivität. Das Politikum des Prozesses selbst muss sie ausblenden.

Gerade hier aber sollte interdisziplinäre Forschung verstärkt ansetzen, denn hier können Politikwissenschaft (und Geschichtswissenschaft) ihre je eigenen Stärken und Erkenntnisinteressen einbringen. Wer klagt? Mit welchen Zielen? Und zu welchem Zeitpunkt? Worauf stützt sich die Klageschrift? Welche Richterpersönlichkeiten sind an

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

der Entscheidung beteiligt? Wer war Berichterstatter des Urteils? Welche gesellschaftspolitischen Konflikte und welche soziokulturellen Wandlungsprozesse spiegeln sich in den Gerichtsverfahren? Und verfolgt das Gericht womöglich eine implizite Strategie im Umgang mit der Politik? Antworten auf diese Fragen wird man eher nicht im Maßstabsteil finden, man müsste vielmehr im Sachverhaltsteil des Urteils, dem Prozessverlauf und den Prozessakten, den öffentlichen Diskussionen und natürlich im weiteren gesellschaftspolitischen Kontext suchen.

Im Rahmen einer groß angelegten Gesellschaftsgeschichte ist das vermutlich kaum in der Tiefe zu bewerkstelligen. Anders verhält es sich aber mit Blick auf konkrete Urteile oder Rechtsprechungslinien: Die Bände zum Lüth-Urteil sowie zum Brokdorf-Beschluss haben die gesellschaftspolitischen Konflikte im Recht sichtbar gemacht und historisch kontextualisiert. Im Ergebnis würde eine solche genuin interdisziplinäre Konfliktgeschichte der Verfassung den Blick für die Kontingenz, Zeitgebundenheit und damit zugleich auch für die mögliche Reversibilität verfassungsgerichtlicher Entscheidungen schärfen. Vielleicht nicht das Schlechteste, um die Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit auch in Zukunft vor politischer Überforderung zu bewahren. Für die Rechtswissenschaft bedeutet das jedoch zugleich, dass sie sich darauf einlassen muss, dass das Ergebnis womöglich eine andere Verfassungsgeschichte und eine andere Erzählung von der Bedeutung der Verfassung für die bundesdeutsche Politik ist; gewissermaßen eine interdisziplinäre Verfassungsgeschichte mit offenem Ausgang.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Ingrid Gilcher-Holtey

Integration der Rechts- und Verfassungsgeschichte in die Allgemeingeschichte? Die Perspektive der Historischen Soziologie

Sollten Rechts- und Verfassungsgeschichte fortan unverzichtbarer Bestandteil der Allgemeingeschichte sein? Gehören Verfassung und Recht in eine Reihe mit Gesellschaft, Wirtschaft und Kultur? Dieter Grimm plädiert seit den 1980er Jahren dafür. Indes, lassen sich Rechts- und Verfassungsgeschichte in die Allgemeingeschichte integrieren? Es kommt, so meine These, auf das Erkenntnisinteresse und den analytischen Bezugsrahmen an. Denn es stellt sich, anders als Dieter Grimm im Schlusskapitel seines Buches »Die Historiker und die Verfassung« schreibt, für Historiker in Bezug auf die Rechts- und Verfassungsgeschichte nicht nur ein »Wahrnehmungsproblem«. Die Herausforderung, vor die sein Plädoyer die Geschichtswissenschaft stellt, liegt in der Operationalisierbarkeit einer Inklusion der Rechts- und Verfassungsgeschichte in die Allgemeingeschichte. Wie macht man das? Wie schreibt man das?

Ohne Theorie, ohne methodisch-theoretischen Bezugsrahmen, so meine These, geht es nicht, und ein solcher fehlt in den Ausführungen Grimms. Die Historische Soziologie, die als Methode auch zur Geschichtswissenschaft gehört, offeriert einen solchen. Sie bietet Fragestellungen, Begriffe und Hypothesen, Recht und Verfassung in eine historische Gesellschaftsanalyse zu integrieren und die Beziehungsstrukturen transparent zu machen. Wie das funktionieren kann, hat nach Émile Durkheim und Max Weber der französische Soziologe Pierre Bourdieu gezeigt, der Elemente einer Soziologie des juridischen Feldes entfaltet hat. Drei Punkte daraus, die Grimms Forderungen operationalisierbar machen könnten, seien genannt.

1. Recht als Prozess von Konkurrenzkämpfen: Bourdieus feldtheoretische Perspektive auf das Recht grenzt sich vom objektivistischen Rechtsdenken in der Tradition Kelsens, wonach das Recht qua syllogistischer Logik seine eigene interne Dynamik erzeugt, ebenso ab wie von der materialistischen Widerspiegelungstheorie à la Marx. Sie fasst Recht »als geschichtlich konstruierte strukturierte Struktur«, die zur »Produktion der Welt« beiträgt. »Es ist«, so seine These, »nicht übertrieben zu sagen, dass es die soziale Welt *macht* – wobei es natürlich zuerst von ihr gemacht wird.«[1] Wie? Bourdieu definiert das juridische Feld als »Feld von Kämpfen, in dem die Akteure mit je nach ihrer Position in der Struktur des Kraftfeldes unterschiedlichen Mitteln und Zwecken miteinander rivalisieren und auf diese Weise zu Erhalt oder Veränderung seiner Struktur beitragen.«[2] Die feldtheoretische Perspektive ist akteurszentriert, rückt die Juristen (Rechtsgelehrte, Richter, Anwälte, Notare) in den Blick einer Wissenschaft vom Recht, und sie ist zugleich relational, indem sie deren Positionierungen / Stellungnahmen vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen Positionen / Stellungen im Feld betrachtet.

Es sind Konkurrenzkämpfe, die im juridischen Feld als »Kompetenzkämpfe um die Kompetenz«, um »das Recht, Recht zu sprechen«, ausgetragen werden. Auf diese Konkurrenzkämpfe wirken ein, so Bourdieu, a) die Kräfteverhältnisse *innerhalb* des Feldes (die Hierarchie der Rechtsinstanzen und der Rechtsgebiete) sowie b) Homologien *zwischen* dem juridischen Feld und anderen Feldern (wie z. B. die Nähe zum Feld der Macht). Es gilt daher, wie Bourdieu schreibt, »*die Gesamtheit der objektiven Verhältnisse* zwischen dem juridischen Feld – das einer relativ autonomen Logik folgt und selbst schon einen Ort komplexer Verhältnisse darstellt –, zum Feld der Macht sowie darüber hinaus zum gesellschaftlichen Feld insgesamt in den Blick zu

1 Pierre Bourdieu, Die Kraft des Rechts. Elemente einer Soziologie des juridischen Feldes, in: Andrea Kretschmann (Hg.), Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus, Weilerswist 2019, 35–78, hier 60.

2 Pierre Bourdieu, Praktische Vernunft. Zur Theorie des Handelns, Frankfurt am Main 1998, 18.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

nehmen.« Denn, so seine These, »in diesem Bezugsgeflecht bestimmen sich die Mittel, die Zwecke und die spezifischen Wirkungen rechtlichen Handelns.«[3] Ein solches »Bezugsgeflecht« ließe sich, aus meiner Sicht, exemplarisch an einem zeithistorischen Projekt entfalten, das den Aufstieg des neoliberalen Geistes in den 1990er Jahren als Prozess der Interaktion zwischen dem wirtschaftlichen, juridischen und politischen Feld zu erfassen versucht. Die Historische Soziologie in der Tradition von Bourdieu eröffnet aber noch weitere Optionen.

2. Die symbolische Gewalt des Rechts: »Soziale Realität«, so Bourdieu, »existiert sozusagen zweimal, in den Sachen und in den Köpfen.«[4] Recht festige »die bestehende Ordnung, indem es ein Bild dieser Ordnung festigt.«[5] Es wirkt daher, wie er schreibt, als »paradigmatische Form handelnden Sprechens, das aus eigener Kraft Wirkungen hervorzubringen vermag«.[6] Recht verfügt über die Macht der Benennung von Personen, sozialen Gruppen und Konstellationen sowie über die Konstruktion / Kodifizierung von Denkkategorien, Kriterien des Sehens und Einteilens der sozialen Welt. Den symbolischen Effekt rechtlicher Repräsentation sieht Bourdieu dabei in der Ratifizierung der Doxa, der als selbstverständlich wahrgenommenen Kategorisierungen. Neben dem Bildungssystem trage das Recht, so Bourdieu, entscheidend zur Reproduktion der bestehenden Machtverhältnisse bei. Wirke es doch an der Festigung von Sicht- und Teilungskriterien mit, welche die Wahrnehmung der sozialen Welt entsprechend den Kriterien der herrschenden Ordnung orientieren. Juristen tragen so zu dem bei, was für Gesellschafts- und Kulturhistoriker interessant ist: die »Suspendierung des Zweifels […], die […] Welt könne eine andere sein«.[7]

Geht man davon aus, dass die symbolische Gewalt des Rechts, wie alle symbolische Gewalt, nicht ohne Zustimmung der Beherrschten zustande kommt, bleibt die Frage: Wie erwirkt das Recht diese Zustimmung? Es ist die Selbstrepräsentation des Rechts als Träger und Garant von Rationalität und Universalität, der Bourdieu besondere Wirkungsmacht zuschreibt. Die Grundlage dieser Selbstrepräsentation sieht er in der »*Kodifizierungsarbeit*, d. h. der Formgebungs-, Formulierungs-, Neutralisierungs- und Systematisierungsarbeit […], die die professionellen Arbeiter am Symbolischen nach den Gesetzen ihres Universums ausüben«,[8] und die den Glauben an die Berechenbarkeit und Legitimität des Rechts festigen. Weitere Grundlagen macht er u. a. in der *Illusio* des juridischen Feldes fest, dem Ethos der Interessenlosigkeit, das alle Akteure eint und sich seit der Renaissance auf einen Gelehrtenhabitus, der humanistischen Kultur entstammend, gründet. Die nicht auf Zwang, sondern symbolische Gewalt beruhende Wirksamkeit des Rechts entfaltet sich, aus Sicht Bourdieus, jedoch »nur insoweit, als das Recht sozial anerkannt ist und – wenn auch nur implizit und teilweise – konsensuell akzeptiert wird, insofern es, zumindest scheinbar, auf reale Bedürfnisse und Interessen antwortet.«[9] Versuche, die Welt zu verändern, indem man die Worte der Benennung verändert, gelängen nur, wenn die Kategorisierungen etwas benennen, »was im Kommen ist«.[10] Veränderungen *im* juridischen Feld müssen, so Bourdieus These, von außen kommen. Drei Störfaktoren, wenn man so will, seien genannt, deren Wirkungen auf das juridische Feld Gegenstand historischer Analyse sein könnten.

3. Recht und Gesellschaftskritik durch Intellektuelle, soziale Bewegungen und die Permanenz der Kunst: Erstens, Bourdieu sieht in der Figur des Intellektuellen einen solchen Störfaktor, der potentiell auch das juridische Feld von außen in Bewegung versetzen kann. Er setzt dabei Intellektuelle nicht mit Akademikern gleich, sondern bezieht sich auf eine soziale Rolle, die, von Voltaire in der Affäre Calas geprägt, diesen zum Vorkämpfer einer Strafrechtsreform machte. Drei Eigenschaften, die klar als Gegenposition und Gegeninstitution zum juridischen Feld erkannt werden können, zeichnen diese Rolle aus: a) Verteidigung eines zu Unrecht Beschuldigten, b) Umkehr der Rolle von Anklägern und Angeklagtem, c) Umkehr der Urteile über Ankläger und (Justiz-)Opfer in der Wahrnehmung der Öffentlichkeit.

3 Bourdieu (2019) 63.
4 Pierre Bourdieu, Loïc Wacquant, Reflexive Anthropologie, Frankfurt am Main 1996, 161.
5 Bourdieu (2019) 59.
6 Ebd., 60.
7 Pierre Bourdieu, Meditationen. Zur Kritik der scholastischen Vernunft, Frankfurt am Main 2001, 221.
8 Bourdieu (2019) 62.
9 Ebd.
10 Ebd., 61.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Zweitens: Soziale Bewegungen können Wahrnehmungsveränderungen auslösen und die Sicht- und Teilungskriterien der sozialen Welt verändern. Exemplarisch sei die 68er-Bewegung genannt. *Drittens:* Die Permanenz der Kunst. Vom literarischen Feld, in dessen Zentrum wie im juridischen Feld die *Illusio* der Interessenlosigkeit steht, kann Rechts- und Justizkritik ausgehen. Weil wir in Frankfurt sind, sei der Frankfurter Anwalt – 28 Fälle in vier Jahren – Johann Wolfgang Goethe genannt. Pierre Bourdieus Feldtheorie ermöglicht, Gisèle Sapiro hat es gezeigt, literarisches und juridisches Feld zusammenzudenken, Austausch- und Konfrontationsprozesse zu analysieren und vor dem Hintergrund der sozialen Entwicklung der Gesellschaft zu untersuchen und zu erklären. Wer Dieter Grimms Plädoyer folgt, muss nicht zwangsläufig, wie eine juristische Stimme aus Bonn meint, »kleinere Brötchen« backen, möglich ist auch ein Baguette.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Anna-Bettina Kaiser

Sperrig, aber nicht unlesbar? Zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

I. Im 7. Kapitel seiner Monographie »Die Historiker und die Verfassung« bestätigt Dieter Grimm die Liberalisierungsthese der Historiker, bemängelt aber, dass das Bundesverfassungsgericht als wesentlicher Motor dieser Liberalisierung nicht ausreichend in den Blick genommen werde. Eine Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichts sei aber vor allem deshalb zentral, weil sich aus dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes selbst bekanntlich nicht viel ergebe, er vielmehr von der Operationalisierung durch das Bundesverfassungsgericht abhängig sei.

Zwar würden einzelne Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts durchaus zitiert, etwa die Entscheidung zum Deutschlandfernsehen (BVerfGE 12, 205) oder die 1. Schwangerschaftsentscheidung (BVerfGE 39, 1); zentrale Entscheidungen wie die Lüth- (BVerfGE 7, 198) oder die Elfes-Entscheidung (BVerfGE 6, 32) suche man dagegen vergebens. Ferner würden die Entscheidungen – wenn überhaupt – recht einseitig rezipiert, etwa das Urteil zum Deutschlandfernsehen als Niederlage für die Adenauer-Regierung und nicht (auch) als Liberalisierungsschub.

Kurz gefasst lautet der Vorwurf an die Historiker: Aktenzentriertheit der Zunft, weshalb die ausführlich begründeten Entscheidungen des Gerichts als Quellen von geringem Interesse zu sein scheinen, Ignoranz größerer disziplinenübergreifender Debatten (Grimm verweist etwa auf den frühen Habermas, der sich intensiv mit der Rechtsprechung des Karlsruher Gerichts auseinandergesetzt hatte) sowie fehlende Bereitschaft zur interdisziplinären Zusammenarbeit.

II. Die Geschichtswissenschaft hat bereits reagiert; so suchte der Historiker Markus Payk in einer kritischen Rezension des Grimmschen Werks auf dem Fachportal Clio-online[1] die genannten Vorwürfe vor allem mit zwei Einwänden zu entkräften: Zum einen seien allgemeine Grundlinien der Geschichte, wie sie in Überblickswerken dargelegt würden, ein verzerrendes Studienobjekt; Grimm habe die »Fachliteratur im engeren Sinne« außen vor gelassen. Zum anderen lasse sich eine »Fernwirkung« (Grimm, 161) der Entscheidungen des Verfassungsgerichts mit historischen Methoden nicht ohne Weiteres ermitteln. Vor großen Thesen, wie sie in den Politikwissenschaften formuliert würden, schrecke die Geschichtswissenschaft aus guten Gründen zurück.

III. Ich möchte diese Einwände von Markus Payk im Folgenden ernst nehmen und eine *Probebohrung* bei der »Fachliteratur im engeren Sinne« vornehmen; analysiert werden soll Ulrich Herberts Beitrag »Integration der jungen Republik durch Verfassungsrecht?«, der in Michael Stolleis' Band »Das Bonner Grundgesetz. Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949–1969)« (Berlin 2006) erschienen ist (85–102). Die in diesem Band enthaltenen Texte gehen zurück auf Referate, die auf dem Deutschen Rechtshistorikertag 2004 in der Sektion zur Juristischen Zeitgeschichte gehalten wurden. Der vorliegenden Probebohrung kommt – sozialwissenschaftlich gesprochen – freilich nur anekdotische Evidenz zu, sie kann kein breiteres Bild vermitteln.

Zwei Fragen an Herberts Text stehen im Zentrum der folgenden Überlegungen:

1. Wie rezipiert Herbert Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts? Werden in seinem Beitrag die von Dieter Grimm ausgemachten Leerstellen gefüllt? Sollte Markus Payk Recht behalten, dass in dieser Spezialliteratur der Historiker endlich die Auseinandersetzung erfolgt, die in den großen Gesamtdarstellungen nicht geleistet werden konnte?

2. Wie geht Herbert methodisch vor? Werden die großen Thesen tatsächlich den Politikwissenschaftlern überlassen?

Vorab: In der Sache scheint der Text Herberts wunderbar zu Grimms 7. Kapitel zur Liberalisie-

1 https://www.hsozkult.de/publicationreview/id/reb-129736, Rezension vom 22.11.2022 (zuletzt aufgerufen am 24.04.2023).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

rung zu passen, stellt doch Herbert gleich in seinem ersten Satz eben die Frage, die auch Dieter Grimm umtreibt: »Welche Bedeutung besitzen das Grundgesetz und das Bundesverfassungsgericht für die Integration der jungen Bundesrepublik?«

Ich möchte mit der Frage nach der historischen Methode beginnen. Die »großen Linien, abstrakten Kategorien und theoriegeleiteten Betrachtungsweisen«, die Payk an die Politikwissenschaft abzugeben sucht, scheut Ulrich Herbert nicht. Im Gegenteil, den Politikwissenschaftlern überlässt er dieses Feld nicht. Als einer der Hauptvertreter der Liberalisierungsthese *sucht* Herbert geradezu nach der großen Linie. Mehr noch, weil für ihn im Hinblick auf die ersten Jahrzehnte der Bundesrepublik die Liberalisierungsthese derart im Zentrum steht, widmet er ihr nahezu seinen gesamten Beitrag. So erfahren wir, dass die bundesdeutsche Gesellschaft sich in den 1950er Jahren wieder an den Werten des Kaiserreichs orientiert habe. Es folgen fünf Seiten Rückblick auf die Zeit um 1900 – da kann natürlich auch noch kein Bundesverfassungsgericht vorkommen. Der Text geht sodann auf die »konservativen Wortführer der 50er Jahre« ein, also auf Gehlen, Freyer und Schelsky. Erst am Ende der 50er Jahre sieht Herbert mit dem »wirtschaftlichen Wiederaufbau« und der »politischen Stabilisierung« (97) Zeit für etwas »Neues« (98). Die westdeutsche Gesellschaft beginne, sich zu liberalisieren. Nun ist der Beitrag schon fast zu Ende, da kommt Herbert schließlich doch noch auf das ihm vorgegebene Thema, die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, zu sprechen. Deren Interpretation muss sich allerdings an die bereits bestehende Hauptthese anpassen. Und da Herbert nicht behaupten kann, dass auch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung der 50er Jahre in ihrer Gesamtheit rückwärtsgewandt gewesen sei, spricht er ihr für die 50er Jahre schlicht die Strahlkraft ab: »Diese […] Position des Bundesverfassungsgerichts entwickelte zunächst jedoch keine direkte Wirkungsmächtigkeit.« Erst wenn man die »zeitliche Perspektive ein wenig« öffne, werde erkennbar, »welche säkulare Bedeutung die hier ergangenen Urteile und die damit verbundenen Wandlungen in der Werteorientierung der westdeutschen Gesellschaft besaßen« (101). Herbert resümiert (100):

> »Diese ›Feinsteuerung‹ durch intensive Rechtsprechung zu den Grundrechten hat in vielen Fällen einen Beitrag zur Demokratisierung und zur Liberalisierung Westdeutschlands in den langen 60er Jahren geleistet, auch weil manche Judikate des höchsten Gerichts über den Einzelfall hinaus eine vorbeugende, ja geradezu erzieherische Wirkung entfaltet haben.«

Aber hat Herbert mit diesen Sätzen dann nicht doch noch, wenn auch etwas spät, die Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts gewürdigt? Und auf welche Entscheidungen stützt sich Herbert für seine am Ende wohlwollende Würdigung? Im Mittelpunkt steht tatsächlich die Lüth-Entscheidung, die immerhin in einem Absatz geschildert wird. Hier wird auch die Kreation der objektiven Wertordnung genannt. Es folgt eine Aufzählung einiger weiterer wichtiger Entscheidungen (Herbert nennt die Beamtenentscheidung, die Abschaffung des besonderen Gewaltverhältnisses und Entscheidungen zur Gleichstellung). Die Ausführungen bleiben jedoch meist sehr abstrakt, wie der folgende Satz zeigt (99):

> »Auf diese Weise entstand mit der Zeit ein immer umfangreicherer Katalog konkreter Anforderungen und Kriterien an staatliches Handeln; zugleich leistete diese Rechtsprechung aber auch einen Beitrag dazu, die Öffentlichkeit für die Existenz und Bedeutung verschiedener Grundrechtspositionen zu sensibilisieren.«

Insgesamt führt auch diese Probebohrung in der unmittelbar einschlägigen Spezialliteratur zur Bestätigung von Dieter Grimms These. Denn für das Bundesverfassungsgericht und seine Rechtsprechung interessiert sich Herbert, obwohl ja Thema seines Beitrags, seltsam wenig. Das zeigt sich nicht nur am geringen Umfang der Beschäftigung mit dem Gericht und seiner Rechtsprechung. Es fällt auch auf, dass Herbert gegenläufige Fakten nicht erwähnt. So wird das Gericht als frei von »Ex-Nazis« präsentiert (87), obwohl bekannt war, dass etwa der einflussreiche Richter Willi Geiger NSDAP- und SA-Mitglied, später auch Staatsanwalt am Sondergericht Bamberg gewesen war; der erste Präsident des Gerichts, Hermann Höpker Aschoff, war, wenn auch kein NSDAP-Mitglied, Abteilungsleiter der Haupttreuhandstelle Ost, zuständig für beschlagnahmtes jüdisches Vermögen.

Einseitig ist auch die Darstellung der Rechtsprechung: Wiewohl das Thema Homosexualität und sexuelle Liberalisierung bei Herbert relativ breit thematisiert wird, findet sich kein Hinweis

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

auf die rückwärtsgewandte Homosexuellen-Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1957. Staatsrechtliche oder verfassungsgeschichtliche Beiträge werden im Übrigen nur äußerst zurückhaltend zitiert, dafür aber politikwissenschaftliche oder populärwissenschaftliche Darstellungen.

IV. Es bleibt die Frage, warum die Historiker, hier Ulrich Herbert, eine Entscheidungsanalyse derart scheuen. Während Dieter Grimm die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zwar für »sperrige Quellen« hält, aber »nicht unlesbar für Nichtjuristen« (162), möchte ich die Gegenthese aufstellen: Die Entscheidungen des Gerichts sind für juristische Laien kaum zu verstehen! Der Verfassungstext und erst recht die ihn interpretierenden Entscheidungen sind wohl nur ›vordergründig verständlich‹.[2] Die feinen Nuancen und Weichenstellungen, die etwa hinter der Lüth-Entscheidung stehen, können vermutlich selbst von den meisten examinierten Juristen nicht ohne weiteres rekonstruiert werden. Und so ist es auch wenig verwunderlich, dass die meisten Historiker vor Kontextualisierungen von Gerichtsentscheidungen, die letztlich ein intensives Studium eines ganzen *Netzes* von aufeinander Bezug nehmenden Entscheidungen erfordern würden, zurückschrecken. Helfen können hier wohl nur interdisziplinäre Kooperationen – und damit bin ich wieder bei der Forderung von Dieter Grimm.

■

2 Vgl. Andreas Vosskuhle, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion. Ein Beitrag zum Verfassungshandwerk, AöR 119 (1994), 35 (42), der von der »vordergründige[n] Verständlichkeit« der prägnanten Grundrechtsformulierungen des Grundgesetzes spricht.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Jürgen Kocka

Herausforderung und Anregung

Dieter Grimms Streitschrift »Die Historiker und die Verfassung« konfrontiert die allgemeine Zeitgeschichte mit grundsätzlichen Herausforderungen. Zugleich bietet sie ihr hochinteressante Anregungen. Zentral ist Grimms Vorwurf, dass in Gesamtdarstellungen der Geschichte der Bundesrepublik die Arbeit, die Entscheidungen und die Wirkungen des Bundesverfassungsgerichts kaum dargestellt, geschweige denn analysiert werden. Dies aber, so Grimm, ist aus mehreren Gründen ein gravierendes Defizit. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben über die Jahrzehnte erheblich zur Gestaltung des politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens der Bundesrepublik beigetragen und gehören schon deshalb zu deren Geschichte. Sie haben das Grundgesetz, das mit seinen oft sehr schlanken Bestimmungen große Deutungs- und Ausführungsspielräume eröffnet, überhaupt erst in die Realität überführt und langfristig substantiell verändert; ohne Aufmerksamkeit für das Bundesverfassungsgericht werde auch die große, zunehmende und sich inhaltlich wandelnde Bedeutung des Grundgesetzes für Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik nicht angemessen begriffen. Schließlich ist nach Grimm das Bundesverfassungsgericht die entscheidende Instanz in einem das deutsche politische System durch die sukzessive Aufwertung des Grundgesetzes und seiner grundrechtlichen Bestimmungen verändernden Prozess der »Konstitutionalisierung«, der auch die praktisch relevante Interpretation anderer und insbesondere älterer Rechtskodifikationen gründlich neu gestaltet und der Verrechtlichung großer Bereiche des politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Lebens Vorschub geleistet hat – in Deutschland mehr als in den meisten anderen Ländern. Auf diesen deutschen »Sonderweg«, so Grimm, gehen die von ihm kritisch analysierten Gesamtdarstellungen der deutschen Zeitgeschichte nicht angemessen ein.

Mich überzeugt die Stoßrichtung dieser Argumentation, wenngleich nicht in jedem Aspekt, und auch wenn sie in gedanklichen Kontexten, die mir als Historiker näherstehen, etwas von ihrer Unbedingtheit verliert, mit der sie von Dieter Grimm vorgetragen wird.

Grimm fußt auf der kritischen Durchsicht von insgesamt zwölf Gesamtdarstellungen der Geschichte der Bundesrepublik und konzentriert seine Analyse auf diese. Er kennt die – ohnehin nicht besonders reichhaltige – historische Spezialliteratur zum Bundesverfassungsgericht, aber sie ist nicht Gegenstand seiner Untersuchung. Dies ist legitim und verständlich, denn Grimm geht es um das Gesamtbild der Geschichte der Bundesrepublik in seinen verschiedenen Varianten und um die Unterbelichtung der verfassungsgeschichtlichen Dimension in solchen tendenziell repräsentativen Synthesen oder Überblicken. Dies lädt zum Nachdenken über das Genre, die Logik und die inneren Grenzen historischer Gesamtdarstellungen ein.

Was Dieter Grimm in Bezug auf die Unterbelichtung verfassungsgeschichtlicher Aspekte herausarbeitet, lässt sich in ähnlicher Deutlichkeit in Bezug auf die Vernachlässigung der Wissenschaftsgeschichte in Gesamtdarstellungen der bundesrepublikanischen Geschichte belegen und beklagen. Rechtshistorikern mag dies als eine lässige Sünde erscheinen im Vergleich zur Marginalisierung des Bundesverfassungsgerichts und seiner Bedeutung, aber in Ansehung der fundamentalen Rolle der Wissenschaften als Treiber des Wandels in fast allen Lebensgebieten des 20. und 21. Jahrhunderts lässt sich das auch anders gewichten. Andere Beispiele ließen sich finden, um den Punkt zu belegen: Auch Gesamtdarstellungen mit umfassend synthetischem Anspruch sind, gerade insoweit sie sich deutend über das Genre der bloßen Chronik erheben, selektiv. Ihre Argumentation hängt von Fragestellungen und Auswahlentscheidungen ab, die unterschiedliche Autorinnen und Autoren unterschiedlich treffen und die sie dem Lesepublikum – und wohl auch sich selbst – selten ganz transparent machen. Man mag dies beklagen und zurecht fordern, leitende Fragestellungen und davon abhängige Auswahlentscheidungen zu explizieren, zur Diskussion zu stellen und so gut es geht zu begründen, schon um nicht der stummen Macht der Konvention zu erliegen. Doch auch wenn dies gelingt, bleibt es – gerade in umfassenden Gesamtdarstellungen – bei der Notwendigkeit von Auswahl, Priorisierung und Marginalisierung. Die damit verbundene Sichtverengung kann durch Verweise auf nicht berücksichtigte Themen, Quellen und Literatur in den Anmerkungen nur sehr begrenzt kompensiert werden, so hilfreich

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

diese auch oft sind, um den Lesern selbstständiges Verfolgen im Text nicht oder kaum gestellter Fragen zu ermöglichen.

Aber die von Grimm kritisierte Vernachlässigung zentraler Themen der bundesrepublikanischen Verfassungsgeschichte in zeithistorischen Gesamtdarstellungen lässt sich so nur zum Teil erklären. Denn dieser Sichtverengung machten sich, mit wenigen partiellen Ausnahmen, alle von Grimm untersuchten Darstellungen schuldig. Sie scheint von systemischer Art zu sein. Drückt sich darin eine verbreitete Unterschätzung von Institutionalisierungsprozessen aus, die sich mit dem Aufstieg der Alltagsgeschichte, der Mikrogeschichte, der Praxisgeschichte und verschiedener Varianten der Kulturgeschichte gerade bei traditionskritischen, innovationsfreudigen Historikerinnen und Historikern verstärkt hat? Eine Verkennung des Eigengewichts von Recht, seine Unterschätzung als Sekundärphänomen, wie sich in der verbreiteten Abwertung als »bloß formaljuristisch« anzudeuten scheint? Grimm sucht selbst nach Erklärungen für die von ihm kritisierte Sichtverengung der Historiker. Er vermutet, dass die immense Bedeutung der Verfassungsauslegung durch Gerichte, die sich aus der begrenzten Determinationskraft der Verfassungsnormen ergibt, breiten Kreisen und so auch Historikern nicht hinreichend bewusst ist, sodass dringend erwünschte Forschungsfragen nicht gestellt werden. Das dürfte zutreffen. Er räumt Verständigungsschwierigkeiten ein, die bei der Auswertung von oft sehr ausführlichen, hochkomplexen und vor allem fachjuristisch formulierten Verfassungsgerichtsurteilen durch juristisch nicht geschulte Geistes- und Sozialwissenschaftler auftreten können. Das ist ebenfalls sehr nachvollziehbar. Doch Grimm ist von der Überwindbarkeit dieser Schwierigkeit überzeugt und empfiehlt mit Rainer Wahl die »Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts« – von 1952 bis 2023 in über 160 Bänden veröffentlicht – der Zeitgeschichtsforschung als bisher noch ungenutzte Quelle, als noch ungehobenen Schatz. Wer als Historikerin oder Historiker Grimms Buch ohne Vorbehalt liest, dürfte Appetit bekommen, diesem Ratschlag zumindest ein Stück weit zu folgen.

Doch könnte es sein, dass hierbei die unterschiedlichen Empirie-Verständnisse von Historikern und Juristen und damit zusammenhängende Verständnishindernisse zwischen ihnen erst noch überwunden werden müssen. Jedenfalls werden Historiker auf die eigenständig durchgeführte Erforschung der empirischen Sachverhalte und ihrer Verkettungen nicht verzichten können, weder bei der Erkundung der zur gerichtlichen Entscheidung anstehenden Fälle noch bei der schwierigen Abschätzung der Wirkungen von Gerichtsurteilen. Die geschichtswissenschaftliche Auswertung von Verfassungsgerichtsurteilen kann sich ja nicht mit der hermeneutischen Auslegung ihrer Texte begnügen, die vor allem über die Wahrnehmungen, Deutungen und Urteile der beteiligten Richter Auskunft geben kann; sie verlangt auch nicht primär nach ihrer rechtshistorischen Einordnung. Vielmehr erfordert sie ihre politik-, sozial- und diskursgeschichtliche Einbettung, um sie als *Produkte* komplexer gesellschaftlicher Konstellationen und Prozesse wie auch als *Einflussfaktoren* begreiflich zu machen, die – neben und in Verbindung mit anderen Faktoren – kurz-, mittel- und langfristig auf ebenfalls hochkomplexe, multikausal bedingte Entwicklungen eingewirkt haben. Das erfordert die Hinzuziehung anderer, nicht-rechtshistorischer Quellen und Literatur, vielfältige Methoden und erheblichen Aufwand, vermutlich für jedes große Verfassungsgerichtsurteil neu.

Doch die Mühe würde sich lohnen. Grimms Buch kann als Leitfaden für eine solche wünschenswerte Erweiterung des üblichen zeithistorischen Forschungsprogramms dienen. Mit der These von der durch das Bundesverfassungsgericht, seine starke Stellung und sein hohes Prestige geförderten Konstitutionalisierung der deutschen Rechtsordnung und Politik zeigt Grimm einen Weg, die Geschichte des Bundesverfassungsgerichts in einen sehr grundsätzlichen, international vergleichenden und auch potentiell kritischen Argumentationszusammenhang zu stellen, einen Weg, der von der historischen Forschung stärker beschritten werden sollte. Ausführlich legt das Buch dar, wie vielfach verknüpft die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mit wichtigen gesellschaftlichen und politischen, auch wirtschaftlichen und kulturellen Entwicklungen gewesen sind, und wie erkenntnisfördernd die historische Untersuchung dieser Verknüpfungen sein könnte. Dabei interessiert sich der langjährige Verfassungsrichter Grimm stärker für die Wirkungen des Gerichtshofs und die Prägekraft des von ihm gesprochenen Rechts als für die vielfältigen gesellschaftlichen, politischen und kulturellen Bedingungsfaktoren, die auf ihn und seine Arbeit eingewirkt haben. Um deren Erhellung wird sich historische Forschung ebenfalls stärker kümmern wollen, et-

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

wa durch sozial- und ideologiegeschichtliche Untersuchungen des Personals und seiner Rekrutierung, durch Reflexion auf das Verhältnis des Gerichts zu anderen Machtzentren im politischen System wie durch die Rekonstruktion und Analyse seiner Verfahren, die zu den – niemals alternativlosen! – Entscheidungen führten, soweit dies angesichts des nicht öffentlichen Charakters der Arbeit des Gerichts möglich ist. Denn daran lässt das Buch Grimms keinen Zweifel: Das Bundesverfassungsgericht ist im Laufe seiner Geschichte zu einem Zentrum der Macht in der Bundesrepublik geworden, dessen auch kritische Thematisierung von großem historischen und allgemeinen Interesse ist.

Dieter Grimm druckt in seinem Band (329–343) seine Auseinandersetzung mit Hans-Ulrich Wehlers »Deutscher Gesellschaftsgeschichte« (München 1987 ff.) ab, die er im Jahr 2000 veröffentlicht hatte und auf die Wehler 2003 in Band 4 seines Opus magnum antwortete (XVII f.). Dabei ging es um die Frage, ob das Recht neben den von Wehler zur gesellschaftsgeschichtlichen Strukturierung ausgewählten »Achsen« Wirtschaft, Sozialstruktur, politische Herrschaft und Kultur als eigenständige fünfte Achse einbezogen werden sollte. Wehler schloss das nicht aus, das sei »eine herausfordernde Aufgabe für einen auf Synthese zielenden Autor«. Er selbst habe Rechtsverhältnisse immer wieder in unterschiedlichen Kontexten behandelt, sich jedoch »der rechtlichen Problematik, die überdies in einer eigenen, komplizierten Fachsprache traktiert wird, nicht gewachsen« gefühlt. Im vorliegenden Band weist Grimm überzeugend darauf hin, dass in keiner früheren Epoche der deutschen Geschichte die Verfassung auch nur annähernd so großen Einfluss auf die Politik ausgeübt habe wie das Grundgesetz in seiner Ausdeutung und Anwendung durch das Bundesverfassungsgericht. Dem müsse die Zeitgeschichtsschreibung der Bundesrepublik »nach den verschiedenen turns der vergangenen Jahre durch einen *juridical* oder *constitutional turn* Rechnung tragen« (324).

Man sieht: Die Frage nach dem angemessenen Ort des Rechts in der Geschichte führt in sehr grundsätzliche und offene Theoriefragen der Disziplin und ihres interdisziplinären Umfelds. Sie wurden in den voranstehenden Überlegungen lediglich angetippt, doch sie verdienen als Herausforderungen an die Zeitgeschichte eine gründliche Diskussion.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Christoph Schönberger

Das Bundesverfassungsgericht als Deus ex Machina der Geschichte der Bundesrepublik?

Dieter Grimm liest den Historikern der Bundesrepublik gehörig die Leviten. Seine Kritik, diese berücksichtigten in ihren Gesamtdarstellungen Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit nicht genug, wird bei Verfassungsrechtlern und juristisch sozialisierten Verfassungshistorikern geneigte Ohren finden, bei Historikern zumindest das schlechte Gewissen wachrufen. Ich gestehe aber sogleich, dass mich Grimms gestrenge Philippika nur insoweit überzeugt, als er generell eine stärkere Berücksichtigung des Rechts in der Geschichtsschreibung über die Bundesrepublik anmahnt. Hingegen möchte ich die Historiker zugleich gegen seine Kritik in Schutz nehmen, weil die Grimm vorschwebende Operationalisierung dieser stärkeren Berücksichtigung des Faktors Recht verfassungsdogmatischen Idealisierungen folgt, die für eine historische Betrachtung nicht maßgeblich sein können.

Hierbei ist zunächst festzuhalten, dass Dieter Grimms Ausgangshypothese völlig zutreffend ist: Insofern die historischen Gesamtdarstellungen der Geschichte der Bundesrepublik diese in starkem Umfang als politische Geschichte schreiben, ist dies nicht möglich, ohne Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit zu berücksichtigen. Die Frage ist also nicht, ob diese Faktoren in der Darstellung Berücksichtigung finden müssen, sondern wie und wie umfangreich sie dort zu verarbeiten sind. Zutreffend ist auch der Befund, dass diese Faktoren in Gesamtdarstellungen dann einbezogen werden müssen, wenn sie für die historische Entwicklung der Bundesrepublik von signifikanter Bedeutung waren.

Man wird Dieter Grimm sicherlich auch darin zustimmen können, dass die historischen Gesamtdarstellungen der Bundesrepublik Verfassungsrecht und Verfassungsrechtsprechung zu wenig als Quellenmaterial berücksichtigt haben. Die Gründe für diese verfassungsrechtliche Unterbilanz sind vielfältig. Zu ihnen mag die Scheu des Historikers vor der Technizität des Rechts und der Sondersprache verfassungsgerichtlicher Urteile ebenso gehören wie die verschiedenen Wenden in der Geschichtswissenschaft vom »cultural turn« bis zum »postcolonial turn«, deren Gemeinsamkeit jedenfalls darin besteht, dass die Beschäftigung mit dem Funktionieren der nationalen staatlichen Institutionen und der Verfassungsgeschichte häufig als irgendwie veraltet gilt, insoweit sie nicht noch der NS-bezogenen Geschichtsschreibung zugerechnet werden kann. Es mag auch die Zurückhaltung mitschwingen, das Bundesverfassungsgericht insoweit in historischen Darstellungen als eigenständigen politischen oder jedenfalls politisch signifikanten Akteur zu behandeln und nicht als ein unpolitisches Gericht, als das es gerade aus Sicht des juristischen Laien immer noch nicht selten erscheint. Allerdings ist das Bild durchaus positiver, wenn man nicht die Gesamtdarstellungen, sondern die monographische Einzelforschung in den Blick nimmt, die national wie international themenbezogen immer wieder einmal die rechtlichen Aspekte durchaus anspruchsvoll verarbeitet.[1]

1 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Michael F. Feldkamp, Der Parlamentarische Rat 1948–1949: Die Entstehung des Grundgesetzes, Göttingen 2019; Udo Wengst, Staatsaufbau und Regierungspraxis 1948–1953. Zur Geschichte der Verfassungsorgane der Bundesrepublik Deutschland, Düsseldorf 1984, 77 ff., 226 ff., 316 ff.; Justin Collings, Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court 1951–2001, Oxford 2015; Aurore Gaillet, La Cour constitutionnelle fédérale allemande. Reconstruire une démocratie par le droit (1945–1961), Paris 2021; Thomas Henne, Arne Riedlinger (Hg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht: Die Konflikte um Veit Harlan und die Grundrechtsjudikatur des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2005; Anselm Doering-Manteuffel et al., Der Brokdorf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts 1985, Tübingen 2015; Henning Hansen, Die Sozialistische Reichspartei (SRP). Aufstieg und Scheitern einer rechtsextremen Partei, Düsseldorf 2007, 223 ff.; Martin Will, Ephorale Verfassung, Tübingen 2017; Sebastian Gehrig, Legal Entanglements. Law, Rights and the Battle for Legitimacy in Divided Germany, 1945–1989, New York 2021. Das gilt erst recht für den Bereich des Völkerrechts: Mark Mazower, No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations, Princeton 2009; Samuel Moyn, The Last Utopia: Human Rights in History, Cambridge 2012; Lora Wildenthal, The Language of Human Rights in West Germany, Philadelphia 2013.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Trifft Dieter Grimms Defizitbefund jedenfalls für die Gesamtdarstellungen zu, so scheint mir doch zugleich, dass seine Kritik ihrerseits kritikbedürftig ist. Denn in einer gegenläufigen Übertreibung will er den Faktoren Verfassungsrecht und Verfassungsrechtsprechung nun ihrerseits eine Art Universalsignifikanz für die bundesdeutsche Geschichte zuschreiben, die mit geschichtswissenschaftlichen Mitteln nicht erhärtet werden kann. Im Bemühen, den Historikern ihre Auslassung vorzuhalten, fällt Dieter Grimm gleichsam in den heimischen Dialekt des Verfassungsrechtlers, Verfassungsrichters und Verfassungstheoretikers zurück, für den die allgemeinhistorische Relevanz des eigenen Arbeitsgebiets offenkundig ist und der dieses von den Historikern gleichzeitig unter den idealisierenden Prämissen der Selbstinterpretationen des Rechtssystems behandelt sehen möchte.

Diese allgemeinhistorische Relevanz besteht aber jedenfalls im von Dieter Grimm postulierten Ausmaß keineswegs. Vielmehr stößt Grimm damit an allgemeine Grenzen geschichtswissenschaftlicher Kausalitätsbefunde. Denn es ist der Geschichtswissenschaft mit ihren Erkenntnismitteln kaum möglich, die relative Signifikanz einzelner Faktoren für die historische Gesamtentwicklung zu ermitteln. Die Gesamtdarstellungen der Geschichte der Bundesrepublik unternehmen das denn auch für keinen der beteiligten Akteure. Für die Wirkungen von Recht gilt das zumal auch deshalb, weil hierzu auch für die Gegenwart kaum vertiefte Forschung aus Rechtswissenschaft, Politikwissenschaft oder Soziologie vorliegt. Erst recht kann den Historikern nicht angesonnen werden, bei der Geschichtsschreibung den Faktor Recht allein nach den idealisierenden Prämissen zu berücksichtigen, wie sie den Selbstbeschreibungen des Rechtssystems regelmäßig zugrundeliegen.[2] Dieter Grimm will dem Problem hingegen unter Berufung auf Max Weber durch kontrafaktische Alternativbetrachtung beikommen. Der Historiker soll etwa fragen, was geschehen wäre, wenn es kein Verfassungsgericht gegeben hätte oder das Verfassungsgericht in diesem oder jenem Fall anders entschieden hätte. Derartige »Was wäre gewesen, wenn«-Fragen gehören aber aus gutem Grund nicht zum üblichen Methodeninstrumentarium historischer Forschung, weil nicht klar ist, wie man geschichtliche Verläufe erforschen soll, die gar nicht stattgefunden haben. Sie werden deshalb von Historikern nur dann und wann als produktive Irritation genutzt, um den stets drohenden *hindsight bias* zu vermeiden und die Offenheit der jeweiligen historischen Epoche in ihrer Zeit in Erinnerung zu rufen. Auch insoweit zeigt sich Grimm eher als Jurist denn als Historiker, denn in der rechtswissenschaftlichen Zurechnungslehre, die etwa im Strafrecht oder zivilrechtlichen Haftungsrecht bestimmen muss, ob ein bestimmtes Ergebnis, juristisch »Erfolg« genannt, einer bestimmten Person zuzurechnen ist, hat die Frage nach relativen Zurechnungsbeiträgen und alternativen Kausalverläufen durchaus ihren anerkannten Platz. Es handelt sich dabei indes regelmäßig um überschaubare Sachverhalte, und die Zurechnung von Handlungsbeiträgen zu einzelnen Personen ist aufgrund des positiven Rechts unvermeidlich nötig. Der erste Umstand fehlt beim Historiker nicht selten, der zweite immer.

Die historische Bedeutsamkeit von Verfassungsgerichtsentscheidungen ist ohnehin nicht notwendigerweise nur durch die Grimmsche Alternativenprüfung zu ermitteln. So hat das Gericht etwa 1952 in einer seiner frühen Entscheidungen die rechtsextreme SRP verboten (BVerfGE 2, 1). Es hat damit zur grundlegenden Neukonfiguration des Bonner Parteiensystems im Verlauf der 1950er Jahre signifikant beigetragen, ohne dass wir genau wissen können, wie die Entwicklung verlaufen wäre, wenn das Gericht das beantragte Verbot damals abgelehnt hätte. Erst recht problematisch erscheint es, dass Dieter Grimm die historische Signifikanz von Verfassungsgerichtsentscheidungen aus der bloßen rechtlichen Möglichkeit einer alternativen Entscheidung ableiten will. Es kommt also nach seiner Lesart nicht darauf an, ob in der

2 Weiterführend dazu die kritische Auseinandersetzung mit Grimms früherer Kritik an Hans-Ulrich Wehlers Gesellschaftsgeschichte bei Frieder Günther, Zeitgeschichte und Recht, in: Markus Rehberg (Hg.), Der Erkenntniswert von Rechtswissenschaft für andere Disziplinen, Wiesbaden 2018, 83–104.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

jeweiligen Zeit aufgrund des Kenntnisstands der Gegenwart – etwa inzwischen zur Verfügung stehender Akten usf. – mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch eine andere Entscheidung hätte ergehen können. So vermisst er etwa in den Darstellungen zum Terrorismus der 1970er Jahre einen Hinweis auf den Schleyer-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1977, mit dem das Gericht einen Antrag der Familie ablehnte, die Bundesregierung zu verpflichten, inhaftierte Terroristen gegen den entführten Arbeitgeberpräsidenten Schleyer auszutauschen. Er unternimmt aber keinerlei Versuch zu plausibilisieren, warum eine andere Entscheidung im Horizont der Zeit nahegelegen hätte oder doch zumindest nicht völlig unwahrscheinlich gewesen sein soll. Genau dadurch entsteht aber die hier kritisierte Universalsignifikanz des Bundesverfassungsgerichts für die allgemeine Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, wie sie Grimms Buch zugrunde liegt. Das Gericht hätte 1952 die Wiederbewaffnung untersagen, 1977 die Freilassung von Terroristen anordnen oder 2009 das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon verhindern können. Nichts davon hat es zwar getan, aber es hätte das verfassungsrechtlich doch tun können, und deshalb soll seine Beteiligung an diesen Vorgängen allgemeinhistorisch bedeutsam sein. Auch hier kommt dem Historiker Grimm erneut der Rechtsdogmatiker in die Quere. Die verfassungsrechtliche Möglichkeit, das Bundesverfassungsgericht in einer Vielzahl von Fällen anzurufen, und die jeweils prozessrechtlich bestehende Möglichkeit, dass das Gericht auch anders hätte entscheiden können, machen das Bundesverfassungsgericht zum Deus ex Machina der von Grimm eingeforderten Geschichte der Bundesrepublik. Das Gericht schwebt in einer Theatermaschine über der Bühne des bundesdeutschen historischen Geschehens und kann jederzeit seinen rettenden Auftritt haben. Auf diese Weise verwandelt sich die allgemeine Geschichte der Bundesrepublik unter der Hand in Verfassungsgeschichte, genauer: in Verfassungsgerichtsgeschichte, noch genauer: in eine verfassungsdogmatisch geprägte Verfassungsgerichtsgeschichte.

Dieter Grimms im Grundsatz berechtigte Kritik an der mangelnden Präsenz des Verfassungsrechts und des Verfassungsgerichts in den allgemeinhistorischen Darstellungen der Bundesrepublik schießt daher weit über das Ziel hinaus. Die Signifikanz des Verfassungsrechts und der Verfassungsjudikatur für die allgemeine Geschichtsschreibung der Bundesrepublik wird man eigenständig geschichtswissenschaftlich bestimmen müssen. Dies kann um so überzeugender geschehen, je besser insoweit das Angebot von Seiten der Verfassungsgeschichtsschreibung und Verfassungsgerichtsgeschichtsschreibung ist und je mehr diese selbst die relative Eigenständigkeit des Rechts würdigen, ohne doch die idealisierenden Prämissen zu reproduzieren, mit denen Verfassungsdogmatik und Verfassungsgerichtsbarkeit alltäglich arbeiten und vielleicht zu einem guten Teil auch arbeiten müssen. Es mag sein, ja ist sogar wahrscheinlich, dass das Bild von Verfassung und Verfassungsgericht in einer derartigen Geschichtsschreibung am Ende des Tages weniger bestimmend, hell und klar erscheinen wird als in Dieter Grimms Darstellung. Denn die Grundfarbe der Geschichte, das wissen wir seit Thomas Nipperdey, ist grau, in unendlichen Schattierungen.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Hans Vorländer

Wie sich die Geschichte des Grundgesetzes mit einer Rekonzeptualisierung des Verfassungsbegriffs schreiben lässt

Die Politikwissenschaft kommt in Dieter Grimms Resümee von »Die Historiker und die Verfassung« gut weg, ja sie wird der Geschichtswissenschaft als Vorbild empfohlen:

> »Die von der Geschichtswissenschaft betriebene Verfassungsgeschichte müsste sich als anerkannter Zweig der Zeitgeschichte erst etablieren, so wie sich die Verfassungs- und Verfassungsgerichtsforschung als Zweig der Politikwissenschaft inzwischen etabliert hat« (325).

Das Lob ist indes kein uneingeschränktes, denn die Politikwissenschaft ist nicht in toto gemeint, und Lehrbücher oder Gesamtdarstellungen zum politischen System der Bundesrepublik Deutschland haben – genauso wenig wie allgemeine Darstellungen der bundesrepublikanischen Geschichte – nicht immer ihren Fokus auf das Grundgesetz ausgerichtet, wenngleich es vielfach in seiner konstitutiven Bedeutung gewürdigt wird.

Doch hat sich in der politikwissenschaftlichen Disziplin in den letzten Jahrzehnten eine Forschungsrichtung etabliert, die sich mit Theorie und Bedeutung von Verfassungen, der Entwicklung des Grundgesetzes wie auch mit der Stellung und dem Einfluss von Verfassungsgerichten systematisch und empirisch befasst. Damit ist Anschluss gefunden worden an die internationale Forschung, die mit der Verfassungsgerichtsbarkeit einen nicht zu unterschätzenden *player* im demokratischen Regierungssystem erkannt hat. Dass Verfassungsgerichte mitregieren, also nicht nur streitentscheidende, schlichtende oder befriedende Institutionen der Rechtsprechung sind, sondern auch als *policy maker* und *veto player* normative wie regulative Bedeutung für die Entwicklung von Politik und Gesellschaft, auch: für die Geschichte eines Landes, haben, dürfte nur diejenigen überraschen, die die tragende Bedeutung von Verfassungen im System konstitutioneller Demokratien verkennen.

Die – deutsche – Politikwissenschaft war lange Zeit gefangen in einer Aporie, weil sie sich als Wirklichkeitswissenschaft verstand und sich deshalb eher mit den politischen Kräften sowie den Strukturen und Institutionen eines Regierungssystems auseinandersetzte. Die Verfassung und die Verfassungsgerichtsbarkeit wurden hingegen als genuine Materien einer sich vornehmlich juridisch-positivistisch verstehenden Rechtswissenschaft gesehen, die sich vor allem über die normative Dezisionsfunktion des Rechts definierte. So war die Verfassung entweder Recht oder Politik, wobei sie als Letztere von der Politikwissenschaft – übrigens auch von den anderen Sozialwissenschaften – hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt von Macht-, Entscheidungs- oder Willensbildungsprozessen (bspw. in konstitutionellen Entstehungskontexten) analysiert wurde. Auch wurde ihr Normcharakter in mitunter politisch-polemischer Weise zur Gegenüberstellung von Verfassung und Verfassungswirklichkeit verkürzt, so dass die Erfüllung von – vermeintlichen – Versprechungen der Verfassung angesichts einer defizitär anmutenden Verfassungswirklichkeit eingeklagt wurde.

Die Wende zu einer anders gelagerten Analyse von Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit hat sich innerhalb der letzten Jahrzehnte vollzogen und beruht im Wesentlichen auf der Beobachtung, dass es auf Verfassungen und Verfassungsgerichtsbarkeit ankommt – und dies nicht nur in der Perspektive eines stabilen und funktionsfähigen demokratischen Regierungssystems. Vielmehr haben die konstitutiven, regulativen und limitativen Funktionen einer Verfassung[1] auch Auswirkungen auf Politik und Gesellschaft, die als sozial-integrativ und politisch-identitätsstiftend verstanden werden können. Verfassungen können dann, so die an der bundesrepublikanischen Entwicklung geschulte

1 Vgl. Hans Vorländer, Die Verfassung. Idee und Geschichte, 3. Aufl., München 2009.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Beobachtung, zu einem Forum werden, auf dem gesellschaftliche Selbstverständigungsdiskurse ausgetragen werden.[2] Solche Entwicklungen sind in der je halbierten Perspektive einer juristischen Norm- und einer wirklichkeitswissenschaftlichen Politikwissenschaft nicht oder nur unzureichend in den Blick zu bekommen.

Um Rolle, Bedeutung und Stellenwert von Verfassungen und Verfassungsgerichtsbarkeit adäquat beschreiben zu können, ist deshalb eine Rekonzeptualisierung des Verfassungsbegriffs notwendig, die die Verfassung als symbolische Ordnung begreift und die die Wiederverklammerung der juristischen und der politischen Perspektive auf die Verfassung über die Frage nach den konstitutionellen Geltungsmechanismen sucht. Was hier für die politikwissenschaftliche Forschung geleistet worden ist, könnte *cum grano salis* auch für die Geschichtswissenschaft interessant, vielleicht auch leitend, sein.

Was ist mit Verfassungen als symbolischen Ordnungen gemeint?[3] Verfassungen sind nicht allein rechtliche Spielregelwerke, sondern auch Speicher von politischen Ordnungsvorstellungen und gesellschaftlichen Leitideen. Verfassungen sind deshalb symbolische, keine feststehenden Ordnungen. Sie stellen Ordnungsbehauptungen und Geltungsansprüche auf, können sie aber von sich aus nicht einlösen. Deshalb ergibt sich der Sinn einer Verfassung aus einer solchen symbolischen Ordnung nicht daraus, dass ihr eine normativ-regulierende Kraft eingeschrieben ist, was ein positivistischer Kurz- und ein nominalistischer Fehlschluss ist, sondern daraus, dass ihr herausgehobene, grundlegende Ordnungsvorstellungen und Leitideen zugeschrieben werden und von ihr eine instrumentell-steuernde Funktion erwartet wird. Geltung erwirbt die Verfassung in einem komplexen Prozess von Anerkennung und Akzeptanz in einem Raum potenziell konkurrierender juristischer, politischer und gesellschaftlicher Interpretationen und Praktiken. Erst das Ineinander gesetzter, gedachter und gelebter Ordnung macht die Verfassung zu einer geltenden Ordnung. Insofern kann das Problem der Verfassungsgeltung als ein Prozess der Emergenz und im Rahmen einer disziplinär breit aufgestellten Verfassungshermeneutik und Verfassungspraxeologie konzeptualisiert werden.

Was hier als Aufgabe einer – sich interdisziplinär verstehenden – Verfassungswissenschaft beschrieben ist, kann auch der Geschichtswissenschaft einen neuen Zugang zur Verfassung eröffnen.[4] Dabei kann es m. E. weniger um eine »Wirkungsgeschichte« gehen, wie sie Dieter Grimm für die Historiker einfordert und in seinem Buch in den Grundzügen skizziert, sondern um eine Geltungsgeschichte. Verfassungen besitzen zwar einen normativen Vorschuss, der aus dem Akt der Verfassungsgebung resultiert, der aber keineswegs für die nachfolgende Zeit als gegeben vorausgesetzt werden kann. Die »normative Kraft« muss errungen und behauptet werden – gegen widerstreitende politische Akteure und konfliktreiche gesellschaftliche Interessenlagen. Der Geltungsanspruch unterliegt sehr unterschiedlichen Voraussetzungen und Bedingungen, die sich der Vorstellung eines kausal zurechenbaren Wirkungszusammenhangs entziehen. Die entscheidende Frage ist, wie es einer Verfassung gelingt, ihren aus dem originären Einsetzungsakt entspringenden Ordnungsanspruch auf Dauer zu stellen. Die Verfassung tritt aus dem sie begründenden Ursprungskontext heraus und verlangt nach einer steten, aktualisierenden, interpretativen und performativen Präsenzmachung ihres Normengehaltes.[5] Wie dieser Hiatus von Gründung und Geltung gelingen (oder aber auch: scheitern) kann – das ist eine der

2 Vgl. Hans Vorländer (Hg.), Integration durch Verfassung, Wiesbaden 2002. Auch schon früher: ders., Verfassung und Konsens, Berlin 1981, und ders., Forum Americanum. Kontinuität und Legitimität der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika 1787–1987, in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart 36 (1987) 451–488.

3 Vgl. Hans Vorländer, Die Verfassung als symbolische Ordnung. Perspektiven einer kulturwissenschaftlich-institutionalistischen Verfassungstheorie, in: Michael Becker, Ruth Zimmerling (Hg.), Politik und Recht. PVS – Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 36 (2006) 229–249, sowie ders., Constitutions as Symbolic Orders: The Cultural Analysis of Constitutionalism, in: Paul Blokker, Chris Thornhill (Hg.), Sociological Constitutionalism, Cambridge 2017, 209–240.

4 So ja auch die Arbeiten von Barbara Stollberg-Rilinger, vgl. nur dies., Des Kaisers alte Kleider. Verfassungsgeschichte und Symbolsprache des Alten Reiches, München 2008. Vgl. auch Hans Vorländer, Verfassungen und Rituale in Vormoderne und Moderne, in: Margo Kitts et al. (Hg.), Ritual Dynamics and the Science of Ritual, vol. III, Wiesbaden 2010, 135–147.

5 Vgl. Hans Vorländer, Gründung und Geltung. Die Konstitution der Ordnung und die Legitimität der Konstitution, in: Gert Melville, ders. (Hg.), Geltungsgeschichten. Über die Stabilisierung und Legitimierung institutioneller Ordnungen, Köln 2002, 243–263.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

entscheidenden Fragen an eine interdisziplinäre, also auch geschichtswissenschaftliche Verfassungsforschung.

Für die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland wie für die Geschichte des Grundgesetzes in der Bundesrepublik Deutschland ist ein Akteur von ganz besonderer Bedeutung: das Bundesverfassungsgericht. Womöglich hätte Dieter Grimm sein Buch auch gar nicht schreiben können, wenn die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht einen so bestimmenden Einfluss gehabt hätte: auf die Entwicklung der Bundesrepublik und die hohe Akzeptanz des Grundgesetzes über fast 75 Jahre. Dabei besitzt das Bundesverfassungsgericht eine doppelte Scharnierfunktion, es ›repräsentiert‹ die Verfassung und es gibt ihr ›Präsenz‹ durch die autoritative Deutung der normativen Gehalte, kurzum: Es verbindet konstitutionelles Gründungsmoment und Geltung des Grundgesetzes *hic et nunc*. Insofern lassen sich die Geschichte des Grundgesetzes und die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland nicht voneinander trennen, was sich in dieser Weise indes keineswegs für alle konstitutionellen Demokratien sagen lässt. Warum das so (geworden) ist, warum das Bundesverfassungsgericht diese Autorität besitzt, die ihm Deutungsmacht, eine Form von persuasiver Macht, verschafft, warum es eine entgegenkommende politische Kultur gibt, die dem Grundgesetz hohe Akzeptanz und dem Verfassungsgericht großes institutionelles Vertrauen sichert, und wie es historisch zu erklären ist, dass gesellschaftliche Akteure und politische Institutionen dem Grundgesetz und den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (fast immer) Folge leisten[6] – das sind die Fragen, die die Geschichtsschreibung, aber gewiss nicht nur sie, beantworten muss. Dieter Grimm gibt in seinem Buch die entscheidenden Anregungen.

■

6 Hierzu u. a. Hans Vorländer (Hg.), Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden 2006.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Rainer Wahl

Der schwierige Zugang zum Richterrecht des Bundesverfassungsgerichts

»Kann man die Geschichte der Bundesrepublik ohne ihre Verfassungsgeschichte schreiben?« Mit dieser nur scheinbar harmlosen Frage begann Dieter Grimm vor einigen Jahren seine Beschäftigung mit dem Thema, das jetzt in sein Buch »Die Historiker und die Verfassung« mündete. Entstanden ist ein ausführliches Nachdenken darüber, welchen Stellenwert die Verfassung und vor allem ihre Entwicklungen im Laufe der Jahre für die geschichtliche Entwicklung der Bundesrepublik haben. Grimm versteht das Grundgesetz und die Verfassungsrechtsprechung als relevante Faktoren in diesem Prozess. Die wesentliche und systematische Frage, die Grimm weiterhin stellt, lautet: Gehören Verfassung und Recht in eine Reihe mit Gesellschaft, Wirtschaft und Kultur, an denen die Allgemeine Geschichte heute nicht mehr vorbeigehen kann? Oder gehören sie in die lange Reihe von Spezialgeschichten? Dieter Grimm lässt dies in der Einleitung seines Buches offen, aber es ist naheliegend: Er hätte das Buch nicht geschrieben, wenn er die Verfassung und ihre Geschichte nicht als strukturbedeutsam verstehen würde. Wenn aber die Allgemeine Geschichte auch die wichtigsten Ereignisse der Verfassungsgeschichte enthalten soll, muss es für die Autoren der Zeitgeschichte möglich sein, die wichtigsten Bestandteile und Ergebnisse der Verfassung zu erfassen und in den allgemeinen Gang der Entwicklung zu integrieren. Dies ist keineswegs eine triviale oder leicht zu erfüllende Anforderung. Davon ist im Weiteren die Rede.

1. Wie nahe sich die Allgemeine Geschichte und die Verfassungsgeschichte sind, steht nicht ein für alle Mal fest. Die Rahmenbedingungen für eine intensive Zusammenarbeit waren etwa im 19. Jahrhundert anders und günstiger als in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Damals bestand ein bedeutender Teil der Innenpolitik in den Auseinandersetzungen um das Ob und das Wie einer Verfassung; Verfassungskonflikte traten allenthalben auf und waren die intensivsten innenpolitischen Kämpfe. Nicht umsonst hat man das 19. Jahrhundert ein juristisches Jahrhundert genannt (Franz Schnabel). In einer Darstellung der Allgemeinen Geschichte und der Verfassungsgeschichte hätte man sehr große Überschneidungen feststellen können. Das heißt zugleich: Im 19. Jahrhundert waren sich Geschichtswissenschaft und Verfassungsrecht in Sprache, Problemsicht und Verständnis viel näher als heute, vieles war gemeinsam (und es gab ein gemeinsames wissenschaftliches »Dach«, die gesamte Staatswissenschaft). Die Verfassungsfragen galten als zentraler Teil der geschichtlichen Entwicklung. Deshalb war es auch selbstverständlich, dass Historiker sich mit Verfassungsfragen und der Entwicklung der Verfassung beschäftigten.

Heute, nach der langen Erfolgsgeschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit, treffen die Historiker auf die Folgen der häufig zitierten Sentenz von Rudolf Smend. Er konstatierte schon im Jahr 1962: Das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie es das Bundesverfassungsgericht auslegt. Damit hat sich zwischen die Verfassung und die Historiker die breite Schicht des Richterrechts des Verfassungsgerichts gelegt. Mit diesem Richterrecht, nicht in erster Linie mit den Formulierungen der Verfassung, müssen sich die Historiker auseinandersetzen, wenn sie die Entwicklung der Bundesrepublik nachzeichnen wollen. Das heißt aber nichts anderes, als dass sich die Historiker nicht mehr mit den oft pathetischen, in der Sprache der Politik formulierten Artikeln der Verfassungen, sondern mit dem sehr umfangreichen Korpus der Entscheidungen der Verfassungsgerichte (bisher über 160 Bände) befassen müssten, wenn sie den Gang der Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik nachzeichnen und bewerten wollten. Zugleich treffen sie damit auf eine hoch professionalisierte Spezialsprache und Begrifflichkeit, in der sich die juristische Denkweise ausdrückt. Die Zugangshürden für Fachfremde sind beträchtlich gewachsen.

Einen Vorteil hat die heutige Situation: Die große Menge von Entscheidungen ist Fallrecht. Sie behandeln Lebenssachverhalte. Jedenfalls in den Meilensteinen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts tauchen Meilensteine der Entwicklung der Bundesrepublik auf. Die wichtigen Entscheidungen enthalten in ihren Sachverhaltsschilderungen und in ihren konkreten Abwägungen sehr viel für Historiker relevantes Material.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Deshalb sind die Entscheidungssammlungen eine wahre Fundgrube, sie sind ungehobene Schätze.

2. Alles weitere, nämlich die Chancen und Schwierigkeiten für Historiker bei der Lektüre von umfangreichen grundlegenden Urteilen, möchte ich am Beispiel, an *dem* Beispiel der Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit und des Verfassungsrechts nach 1949 illustrieren. Natürlich hat es auch Dieter Grimm in seinem Buch behandelt. Es geht um das Lüth-Urteil vom 15. Januar 1958 (BVerfGE 7, 198), das hier aber nur unter dem Aspekt der Schwierigkeiten des Zugangs zum Urteil für Historiker behandelt wird. Bei der Frage, wie Historiker zu einem so vielfältig differenzierten und folgenreichen Urteil Zugang erhalten können, ist nämlich zu differenzieren. Jeder Fall hat zunächst einen realen Sachverhalt, bestimmte Ereignisse zum Gegenstand und das Urteil beurteilt den Sachverhalt unter juristischen Kategorien und anhand von Begriffen, die häufig seit Längerem anerkannt sind, die sich aber auch ändern können. Der reale Sachverhalt ist üblicherweise und zumal auch beim Lüth-Urteil für die Geschichtsschreibung unschwer zu erkennen und zu deuten. Die Sachverhalte in den 160 Bänden Entscheidungssammlungen stellen generell gesehen eines der umfangreichsten Register der politischen Ereignisse der Bundesrepublik dar (die Gründe dafür sind die breiten Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts und die Klagefreudigkeit der politischen Kräfte sowie der Bürgerinnen und Bürger).

Das Urteil hat einen für die Zeitgeschichte äußerst relevanten Gegenstand, nämlich die vergangenheitspolitischen Auseinandersetzungen im Jahrzehnt nach 1945. Der Anknüpfungspunkt ist das weitere berufliche Schaffen des recht prominent-berüchtigten Regisseurs Veit Harlan, des Regisseurs des schlimmsten Hetzfilms der Nazizeit, *Jud Süß*. Harlan hat auch nach 1945 weiter Filme gedreht und aufführen lassen, meist bloße Unterhaltungsfilme. Gegen deren Aufführungen hat Erich Lüth, ein Hamburger Senatsdirektor, zum Boykott aufgerufen und Harlan öffentlich angegriffen. Lüth sprach aber, dies ist zu erwähnen, nicht in amtlicher Eigenschaft, sondern als Privater. Wegen zu erwartender Verdienstausfälle klagte die Produktionsfirma des Films gegen Lüth auf Unterlassung. Der Fall begann als Standardfall, der früher üblicherweise zugunsten der Produktionsfirma ausgegangen war (es galt als sittenwidrige Schädigung, wenn man absichtlich einem Unternehmen Schaden zufügen wollte). Der Fall endete jedoch in einem sehr grundsätzlichen Urteil zugunsten von Lüth.

3. Um zunächst auf den realen, historischen Sachverhalt einzugehen: Der Fall und seine Begleitumstände sind eine wahre Fundgrube für die zeitgeschichtliche Beurteilung der Vergangenheitsbewältigung in den ersten zehn Jahren der Bundesrepublik. Dieser Aspekt illustriert noch einmal augenfällig die potentielle Bedeutung von Urteilssachverhalten von Verfassungsgerichtsentscheidungen für die Geschichtsschreibung. Nicht immer, doch immer wieder kann man unerwartete sprechende Zeugnisse finden. So etwa, wenn in einem der früheren Verfahren vor dem Zivilgericht, dem Hanseatischen Oberlandesgericht, über eine einstweilige Verfügung der Produktionsfirma gegen Lüth der Vorsitzende Senatspräsident Seyfferth die Sitzung mit einem Vergleichsvorschlag und den Worten eröffnete: »Wir müssen in Deutschland über das Vergangene – auch über die fragwürdigen Taten der anderen – endlich Gras wachsen lassen. Haben wir nicht Probleme genug? Ich schlage deshalb vor, den Verfassernamen Harlan für einige Jahre zu verschweigen.«[1]

Die zahlreichen (Gerichts-)Verfahren zu und über Harlan bilden eine reichhaltige, ergiebige Quelle für die zeitgenössischen Strömungen, für die Praxis der »Bewältigung«. Sind die in den Sachverhalten der Entscheidungen enthaltenen realen Ereignisse und Konflikte für Zeitgeschichtler unschwer zu rekonstruieren, so erweisen sich die grundlegenden juristischen Argumentationslinien und Interpretationen, der eigentliche Kern von Entscheidungen, als durchaus sperrig und schwierig zu durchschauen. Im Lüth-Fall war die Herausforderung, dass nicht der Staat gegen Lüth vorgegangen war und von ihm etwas verlangte, sondern dass ein anderer Privater, die Produktionsfirma, gegen ihn vorgegangen war und geltend machte, dass ihr durch Lüths Boykottaufruf Schaden drohe. Wenn Lüth sich dabei auf seine grund-

1 Arne Riedlinger, in: Thomas Henne / Arne Riedlinger (Hg.), Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, Berlin 2005, 162.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

rechtlich garantierte Meinungsfreiheit berief, stellte sich die neue Frage, ob das Grundrecht der Meinungsfreiheit auch gegen den anderen Privaten Wirkungen hätte.

4. Vordergründig spielt sich der Fall als Konflikt zwischen der Meinungsfreiheit Lüths und den wirtschaftlichen Interessen der Produktionsfirma ab. Im Kern ging es aber um viel mehr, nämlich um ein neues, angemessenes Verständnis der Grundrechte und um die Reichweite der verfassungsrechtlichen Prinzipien. Je mehr man sich mit den grundsätzlichen Aussagen des Urteils beschäftigt, desto schwieriger wird es für Nicht-Juristen, das Problem und seine denkbaren Lösungen zu verstehen. Schließlich hatte die grundsätzliche Argumentation des Gerichts im Fall Lüth sehr weitreichende Auswirkungen für das gesamte Verfassungsrecht, auf viele andere Konstellationen. Allein eine aufmerksame Lektüre des Urteils kann einem Historiker nicht das Verständnis für die fundamentale Bedeutung der Argumentation des Urteils bewirken.

Traditionell richteten sich die Grundrechte gegen den Staat, der z. B. Meinungen der einzelnen unterdrücken oder beschränken will. Die Anfang der 50er Jahre neu auftretende Frage war, ob das Grundrecht, im Lüth-Fall das Grundrecht der Meinungsfreiheit, auch im Verhältnis des Einzelnen gegen andere Einzelne eine rechtlich beachtliche Rolle spielen kann. Kann Lüth der Produktionsfirma, die sich gegen wirtschaftliche Nachteile durch den Boykott-Aufruf wehren will, entgegenhalten, dass er mit seiner Meinungsäußerung einen Beitrag zur öffentlichen Willensbildung über die im NS-Regime belasteten Personen leisten und zum Ausdruck bringen will, dass solche Belastete keine Rolle mehr im Filmgewerbe der Bundesrepublik spielen sollten? Zur Beantwortung dieser Frage musste das Bundesverfassungsgericht einen langen theoretischen Anlauf nehmen: Im Ergebnis brach das Gericht mit der sehr alten bisherigen Auffassung; es hielt stattdessen die Grundrechte auch in privatrechtlichen Beziehungen in einer spezifischen Weise für einschlägig. Dies geschah natürlich nicht in der Form einer bloßen Dezision, vielmehr war der Weg zu diesem Ergebnis lang und bedurfte einer Grundlegung durch eine neue fundamentale Grundrechtstheorie, deren Wirkungen weit über den konkreten Anlass des Lüth-Urteils hinausreichten. Dadurch hat das Lüth-Urteil das deutsche Verfassungsrecht verändert und ihm einen weit größeren Wirkungskreis verschafft.

Daran denken Juristen, wenn sie vom Lüth-Urteil sprechen; der konkrete Anlass tritt eher zurück. Historiker erwähnen diese zweite Bedeutung des Lüth-Urteils typischerweise nicht. Es war und ist auch nicht zu erwarten, dass sie bei der Lektüre des Urteils die Bedeutung der Ausführungen zur Grundrechtstheorie auffällig gefunden und in ihrer zentralen Bedeutung hätten verstehen können. Dass umgekehrt die Historiker fast ausschließlich an die vergangenheitspolitische Thematik denken, ist ebenso gut verständlich. Die fundamentale grundrechtliche und grundrechtstheoretische Problematik bzw. Fragestellung aber, die den Kern des Urteils ausmacht, werden Historiker wie generell Nicht-Juristen nur mithilfe von Erklärungen durch Staatsrechtler verstehen. Was folgt daraus? Nichts ist selbstverständlicher als die Forderung, was zusammengehört zusammenzubringen und die beiden Teile durch eine sehr enge Kooperation der Disziplinen zu bearbeiten. Interdisziplinarität würde hier nicht nur heißen, dass man Texte gemeinsam liest und sich auf Texte aufmerksam macht, sondern dies erfordert das gemeinsame und ausführliche Reden über die Texte. Ich nenne dies eine qualifizierte Interdisziplinarität, die sich z. B. in einer Zusammenarbeit und intensiven Diskussion über mehrere Tage in einer Art internem Workshop oder im privaten Austausch niederschlägt.

5. Der bisherige Gedankengang, der in einem weiten Bogen von den realen Ereignissen, von dem Boykottaufruf Lüths zur Neuorientierung der Grundrechtsdogmatik führt, ist noch um eine weitere Strecke fortzuführen. Das Lüth-Urteil und einige andere verwandte Urteile haben nicht nur die Grundrechtsauffassung erweitert, sie haben auch noch die Reichweite des Verfassungsrechts vergrößert und damit zu auffallenden Besonderheiten des deutschen Verfassungsrechts geführt, die bei rechtsvergleichenden Analysen, die hier nicht angestellt werden können, deutlich zu Tage treten. Die vom Lüth-Urteil angestoßene Entwicklung hat nicht nur zu einer Eigenart des deutschen Verfassungsrechts, sondern auch zu Eigenarten der Praxis im Staat und im gesellschaftlichen Leben geführt, nämlich zu einer gesteigerten Verrechtlichung und zu einer höheren Präsenz des Rechts im gesellschaftlichen Leben. Im Ausland staunt man immer wieder darüber, welche und wie viele Fälle und Konflikte in Deutschland Gegenstand von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen sind, statt politisch gelöst zu werden. Die Alternative

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

ist für die Staatspraxis in den verschiedenen Ländern durchaus signifikant. Positiv gewendet kann man für Deutschland von einer Veralltäglichung des Verfassungsrechts sprechen. Verfassungsrecht ist nicht mehr nur ein Recht »für die da oben«, sondern es betrifft jede/n, und jede/r kann grundsätzlich über die Verfassungsbeschwerde sein/ihr behauptetes Recht einklagen. Der verbreitete Satz: »Dann gehe ich nach Karlsruhe!« ist ein stolzer Satz für eine Rechtsordnung und für das Rechtsbewusstsein der Bürgerinnen und Bürger.

Vom Lüth-Urteil und verwandten Entscheidungen geht also eine im Rechtsvergleich deutlich werdende Eigenart des deutschen Rechts aus und zwar nicht nur eine Eigenart der Rechtsordnung, sondern von ihr ausstrahlend eine Eigenart der Praxis im Staat und in der Gesellschaft. Diese Zusammenhänge sind ein Gedankengang, der für Historiker von beträchtlicher Bedeutung ist und für den man sich Wege und Mittel überlegen sollte, damit die Historiker diese Eigenarten berücksichtigen und zum Bestandteil ihres Verständnisses der deutschen Staats- und Gesellschaftsordnung machen können. Dazu brauchen die Historiker Unterstützung und Zusammenarbeit über das übliche Veranstalten von interdisziplinären Tagungen hinaus. Es war schon die Rede von einer qualifizierten Zusammenarbeit in mehrtägigen Workshops, auch in privater Zusammenarbeit, in denen das wechselseitige Verständnis Stück für Stück entfaltet wird. An dieser Stelle ist Neugier bei allen Beteiligten und ein gemeinsames Erarbeiten erforderlich.

Die stichwortartig erwähnten Merkmale der hohen Verrechtlichung und der Veralltäglichung des Verfassungsrechts indizieren Besonderheiten des deutschen Rechts und Verfassungssystems. Sie zeigen aber auch die Bedeutung und die weiteren Folgen des in einer Gesellschaft und im Staat vorherrschenden Rechts- und Verfassungsverständnisses. Wenn das Recht nicht nur die Spezialmaterie für einige Probleme ist, sondern zur Struktur einer Gesellschaft und ihres Staates gehört und als solche Struktur in verschiedenen Staaten unterschiedlich sein kann und tatsächlich unterschiedlich ist, dann spricht vieles dafür, dass das Recht und seine Geschichte nicht nur eines der Nebengebiete der Allgemeinen Geschichte sind, sondern zu den Hauptthemen gehört. Dann lohnt sich auch ein qualifiziertes Zusammenarbeiten zwischen Geschichte und Verfassungsrecht, von dem beide nur gewinnen können.

6. Zusammenfassung: Das Lüth-Urteil umfasst, wie eine Reihe anderer grundsätzlicher Urteile, einen umfangreichen Komplex von Problemen und Konzepten. Man kann auch sagen, dass sich der Gesamtstoff in mehreren Schichten aufbaut. Nicht alle sind Nicht-Juristen leicht zugänglich. Vor allem die Auswirkungen auf die gesamte Rechtsordnung und auf die Rolle des Rechts in Gesellschaft und Staat sind ihrerseits komplex. Zu ihrem Verständnis ist die Zusammenarbeit mit Juristen äußerst hilfreich, wenn nicht notwendig. Die Rolle des Rechts in einer Gesellschaft, so unterschiedlich sie sein kann, ist nicht vernachlässigenswert, sondern ein wichtiger systemprägender Faktor. Dazu lohnt sich eine qualifizierte und enge Zusammenarbeit. Der erreichbare Ertrag ist eine Vervollständigung des Bildes, das Historiker von Staat und Gesellschaft zeichnen können. Und durch und nach einer solchen Zusammenarbeit wären Historiker auch imstande, einen Teil davon zu leisten, was Dieter Grimm in seinem Buch von ihnen erwartet. Eine bisher nicht erwähnte Grundvoraussetzung ist jedoch, dass die Historiker das Recht und die Tätigkeit eines Verfassungsgerichts grundsätzlich für relevant und folgenreich halten. Die hier geforderte Integrationsleistung durch die Historiker wäre für sie leichter zu erbringen, wenn sie auf einen starken Mitspieler auf der Seite des Verfassungsrechts treffen würden, wenn es also eine Reihe ausgearbeiteter Verfassungsgeschichten der Bundesrepublik gäbe. Davon kann aber nicht die Rede sein. Die Historisierung des Rechts und des Verfassungsrechts im Rahmen des Verfassungsrechts ist nicht ausreichend. Nicht nur die Geschichtsschreibung hat Defizite.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Christian Waldhoff

Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes

Das zweite Kapitel von »Die Historiker und die Verfassung«, 45–60, nach dem einleitenden Teil über das Verhältnis von allgemeiner Geschichte und Verfassungsgeschichte, ist überschrieben »Entstehung und Regelungsgehalt des Grundgesetzes«. Damit werden auf dem begrenzten Raum von 15 Druckseiten zwei Themen behandelt: Das Entstehen, d. h. die Herstellung der Verfassung, und das Ergebnis dieses Vorgangs, zumindest in seiner Struktur. Diese Zusammenschau liegt aus dem Blickwinkel des Juristen nahe; ich werde jedoch darauf zurückkommen, dass es sich aus Sicht des Allgemeinhistorikers vielleicht doch anders darstellt.

In Bezug auf die Grundthese des Buches gibt es m. E. Besonderheiten speziell dieses Kapitels, die die Grimm'sche Kritik gleichsam umdrehen: Letztlich blendet keine der herangezogenen Handbuchdarstellungen die Entstehung des Grundgesetzes völlig aus (über Umfang und v. a. Qualität wäre sicherlich zu reden); umso erstaunlicher ist es, dass historisch die Entstehungsgeschichte der Verfassung m. E. seltsam untererforscht ist. Schließlich zeigen sich gerade an diesem Kapitel die grundsätzlich unterschiedlichen Herangehensweisen des Juristen und des Historikers paradigmatisch. Das möchte ich im Folgenden erläutern.

1. Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes kommt in jeder historischen Darstellung der Bundesrepublik wie in vielen, wenn auch keinesfalls allen Staatsrechtslehrbüchern vor. Alles andere wäre auch überraschend. Wirklich seriös erforscht erscheint mir die Entstehungsgeschichte jedoch nicht (besonders gelungen, wenn auch nicht im strengen Sinn »wissenschaftlich«, Christian Bommarius, Das Grundgesetz. Eine Biographie, Berlin 2009). Die Erforschung bewegt sich zumindest nicht auf dem Niveau, wie es zur Entstehung der US-amerikanischen Verfassung erreicht ist. Es gibt zwei Überblicksdarstellungen, die als Einführungen im akademischen Unterricht gut geeignet sind (Michael F. Feldkamp, Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Die Entstehung des Grundgesetzes, überarbeitete Neuausgabe, Göttingen 2019, und Karlheinz Niclauß, Der Weg zum Grundgesetz. Demokratiegründung in Westdeutschland 1945–1949, Paderborn 1998); hinzu kommen die verdienstvollen, wenn auch etwas erratischen Arbeiten von Erhard H. M. Lange (Die Würde des Menschen ist unantastbar. Der Parlamentarische Rat und das Grundgesetz, Heidelberg 1993; Gestalter des Grundgesetzes. Die Abgeordneten des Parlamentarischen Rates. 15 Historische Biographien, Brühl 1999, als wenig anspruchsvolle Veröffentlichung der Fachhochschule des Bundes). Aus den 1960er Jahren wäre noch der Deutsch-Amerikaner Peter H. Merkl zu erwähnen (Die Entstehung der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1968). Die Materialien des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee wie des Parlamentarischen Rates sind zwar vom Bundesarchiv systematisch, d. h. nach (Teil-)Organen chronologisch ediert worden (Der Parlamentarische Rat 1948–1949); für die juristisch-praktische Arbeit ist die Edition jedoch recht sperrig. Der erste Band des Jahrbuchs des Öffentlichen Rechts, neue Folge 1951, war eher ein Notbehelf, um in der Frühzeit der Grundgesetzinterpretation arbeitsfähig zu werden (Jahrbuch des Öffentlichen Rechts [n. F.], Bd. 1, Tübingen 1951: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes im Auftrage der Abwicklungsstelle des Parlamentarischen Rates und des Bundesministers des Innern auf Grund der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates, bearbeitet von Klaus-Berto von Doemming, Rudolf Werner Füsslein und Werner Matz; mit Geleitworten der beiden ehemaligen Mitglieder des Parlamentarischen Rates, dem Leiter der Abwicklungsstelle Anton Pfeiffer und des Bundesministers des Innern Robert Lehr). In der Bibliothek des Bundesverfassungsgerichts gibt es eine informelle, ausführlichere nach Grundgesetz-Artikeln geordnete Materialsammlung (Herr Grimm könnte wahrscheinlich darüber mehr berichten). Die von Hans-Peter Schneider herausgegebene, thematisch, nicht chronologisch vorgehende Edition ist ein Torso geblieben – wohl auch weil Fördergelder ausblieben. Mag das dortige Editionskonzept auch diskussionsbedürftig sein, ist es m. E. ein Problem, dass sich die Bundesrepublik als viertgrößte Volkswirtschaft der Erde zwar zu jedem Verfassungsjubiläum recht ideenlose »Bürgerfeste« leisten zu müssen glaubt, aber nicht einmal eine anspruchsvolle Edition ihres so hochgelobten Grundgesetzes großzügig fördern wollte! Nur hingewiesen werden kann etwa auf das in der Bibliothek des Deutschen Bundestages aufgehobene, umfangreiche Manuskript aus der Feder des ehemali-

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

gen Mitglieds des Parlamentarischen Rates und späteren CSU-Bundestagsabgeordneten Josef Ferdinand Kleindinst, der nach seinem Ausscheiden aus dem Bundestag im Auftrag Konrad Adenauers eine Geschichte des Parlamentarischen Rates verfasst hat, die nie gedruckt wurde (vgl. https://www.bpb.de/themen/nachkriegszeit/grundgesetz-und-parlamentarischer-rat/39087/josef-ferdinand-kleindinst-csu/). Kurz und gut: Nach meiner Beobachtung besteht eine gewisse Diskrepanz zwischen dem Aufwand der historischen Erforschung der Entstehung des Grundgesetzes und seiner überragenden Bedeutung für Staatspraxis wie Staatsidentifikation.

Auch die juristische Seite hat sich hier nicht mit Ruhm bekleckert. Die ohnehin spärlichen Verfassungsgeschichten der Bundesrepublik aus juristischer Feder behandeln hiesiges Thema auch nicht alle (für den Gesamtumfang des Werkes durchaus ausführlich Klaus Kröger, Einführung in die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, München 1993, § 3; bemerkenswerterweise kein eigenes Kapitel bei Jörn Ipsen, Der Staat der Mitte. Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, München 2009). Das große Thema der ausländischen Einflüsse auf die Verfassungsgebung war Gegenstand einer nicht sonderlich überzeugenden Habilitationsschrift (Heinrich Wilms, Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung des Grundgesetzes, Stuttgart 1999) und ist damit keinesfalls ausgeschöpft. Recht gut erforscht ist von historischer und politikwissenschaftlicher Seite demgegenüber die Lobbyarbeit dem Parlamentarischen Rat gegenüber, insbesondere, soweit sie sich auf Wirtschaftsverbände, die Kommunalverbände und die Kirchen bezieht (erwähnt seien nur Werner Soergel, Konsensus und Interessen. Eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Opladen 1985, und Burkhard van Schewick, Die katholische Kirche und die Entstehung der Verfassungen in Westdeutschland 1945–1950, Mainz 1980). Der Parlamentarische Rat als solcher, als Gremium, als Institution, ist jedoch kaum erforscht – und zwar biographisch wie institutionell (vgl. jetzt immerhin den Fotoband Erna Wagner-Hehmke / Helge Matthiesen, Für immer Recht und Freiheit. Der Parlamentarische Rat 1948/49, Köln 2022). Wie organisierte sich diese vorbildlose Versammlung selbst? Über Kurzbiographien hinaus ist auch die Zusammensetzung wenig erforscht (Kurzbiographien der bzw. einiger Mitglieder etwa bei Feldkamp und Lange). Welche Rolle spielten die Landtage während der Beratungen – immerhin hatten sie ja die Mitglieder bestimmt? Wie funktionierte die Verbindung zu den alliierten Siegermächten? Wer wurde von alliierter Seite warum als Verbindungsoffizier ausgewählt usw.?

Zwei Aspekte aus der Grimm'schen Darstellung möchte ich herausgreifen: Die Bedeutung der Frankfurter Dokumente würde ich etwas anders gewichten, mich eher den von Grimm kritisierten Historikern Adolf M. Birke, Rudolf Morsey und Edgar Wolfrum anschließen, die von einer Art »Geburtsurkunde« der Bundesrepublik sprechen. Grimm setzt dem in Weiterführung dieser Metaphorik entgegen, es handele sich eher um eine »Aufforderung zur Zeugung« des neuen Gemeinwesens. Jenseits dieser Bildersprache: Ich würde die inhaltliche Funktion der Frankfurter Dokumente gegenüber dem Nudging-Moment höher einschätzen. Alle wirklich zentralen Entscheidungen, die bei der Verfassungsgebung zu treffen waren, sind hier vorweggenommen. Das erinnert an die freilich dezisionistische Schmitt'sche Analyse der Verfassungsentstehung in Bezug auf die Weimarer Reichsverfassung, d. h. die Unterscheidung zwischen der Verfassung als politischer (Gesamt-)Entscheidung einerseits, der Ausarbeitung eines Verfassungsgesetzes andererseits – dort bezogen auf die revolutionär im Winter 1918/19 vor Zusammentritt der Nationalversammlung getroffenen Kernentscheidungen (Carl Schmitt, Verfassungslehre, 10. Aufl., Berlin 2010, 3 ff., 20 ff.). Grimm gibt zu bedenken, dass einerseits diese »Entscheidungen« hoch abstrakt waren und dass andererseits wohl auch ohne die Frankfurter Dokumente ähnliches geschaffen worden wäre. Das galt gewiss für die Festlegung auf Republik, Volkssouveränität, Föderalismus und mit dem Stinnes-Legien-Pakt auf eine konkrete Wirtschaftsverfassung auch 1919.

Völlig zu Recht stellt Grimm dann die föderalstaatlichen Diskussionen heraus. Hier lag wohl das größte Konfliktpotenzial im Rahmen der Verfassungsgebung – innerhalb der deutschen Stellen wie gegenüber den Alliierten. Vielleicht hätte man noch deutlicher machen können, dass nur die Amerikaner eine Föderalismuskonzeption im Kopf hatten (die Franzosen wollten Deutschland schlicht klein halten und glaubten – leicht unterkomplex –, dass die Bundesstaatlichkeit dazu nützlich sein könne; Großbritannien konnte noch nie etwas mit Föderalismus anfangen). Auf deutscher Seite waren nur die Unionsparteien föderalistisch gesinnt. Die Sozialdemokratie argwöhnte stets,

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

dass eine staatliche Zersplitterung ihr sozialstaatliches Konzept torpedieren würde; der Liberalismus war noch in den föderalen Traumata des 19. Jh. verfangen. Das könnte man auf die bekannte Debatte über die Zweite Kammer rückbeziehen: Weil der Föderalismus in Deutschland in historischer Perspektive konträr zu den wirkmächtigen Ideen des 19. Jh. (Liberalismus, Nationalstaat und demokratische Bewegung) stand, setzte sich letztlich das deutsche Bundesratsmodell durch. In den beiden »klassischen« Bundesstaaten USA (1787) und der Schweiz (1848) war Föderalismus jedoch stets mit dem demokratischen Staatsaufbau untrennbar verknüpft; kaum zufällig ist dort das wesentlich demokratiekompatiblere Senatsmodell verwirklicht. In Deutschland bildete die Bundesstaatlichkeit lange Fürstensouveränität und Partikularismus ab – die auch aktuelle Rede von der Gefahr von »Kleinstaaterei« ist Frucht dieser schwierigen Tradition (vgl. etwa Christian Waldhoff, Föderalismus. Der prekäre Status der Länder als politischer Raum, in: Hans Michael Heinig / Frank Schorkopf [Hg.], 70 Jahre Grundgesetz, Göttingen 2019, 229 ff.).

2. Mir leuchtet die Kritik von Dieter Grimm an der Inhaltsbeschreibung des Grundgesetzes durch die herangezogenen Historiker nur teilweise ein. Zuzugeben ist, dass das beschriebene Defizit etwa in den USA so nicht besteht: Hier befassen sich auch zünftige Historiker eingehend mit Fragen, warum wann welche Inhalte in die Verfassung kamen (herausragend Gordon S. Wood, The Creation of the American Republic 1776–1787, zuerst The University of North Carolina Press 1969; mehrere Auflagen). Es wäre interessant zu untersuchen, warum eine entsprechende Tradition in Deutschland weniger ausgebaut ist. Liegt es nur am größeren zeitlichen Abstand?

Verständlich ist die Fixierung der deutschen Historiker auf die grundlegenden staatsorganisatorischen Regelungen des Grundgesetzes als Frucht seiner Entstehung. Ein Teil der Historiker sieht das Grundgesetz insoweit als Gegenbild zur Weimarer Reichsverfassung. Zum 100-jährigen Jubiläum dieser Vorgängerverfassung des Grundgesetzes ist von juristischer Seite der Versuch einer Rehabilitierung dieser im Kern gelungenen Verfassung unternommen worden, der zum einen bei Historikern teilweise auf Kritik stieß, zum anderen sich auch erst einmal gegen übermächtige gegenteilige Narrative durchsetzen muss (Horst Dreier / Christian Waldhoff [Hg.], Das Wagnis der Demokratie, München 2018; dies. [Hg.], Weimars Verfassung. Eine Bilanz nach 100 Jahren, Göttingen 2020). Hier hat das Bundesverfassungsgericht im nicht unumstrittenen Wunsiedel-Beschluss zu Recht den Nationalsozialismus (und nicht die WRV) als historisches Gegenbild zum Grundgesetz benannt (BVerfGE 124, 300 [328]). Um Verständnis für die Historiker-Kollegen möchte ich werben, was ihre Behandlung der inhaltlichen, der »materiellen« Teile betrifft, d. h. v. a. der Grundrechte und Staatszielbestimmungen als Ergebnis des Verfassungsgebungsprozesses. Natürlich kann man durch einen Text- und Strukturvergleich die gravierenden Unterschiede zwischen den jeweiligen Grundrechtsabschnitten schnell erkennen und auch erklären. Ich habe aber ein gewisses Verständnis dafür, dass sich zünftige Historiker nicht mit einer Art »Textstufenvergleich« befassen möchten, sondern sich eher dem *law in action*, d. h. der kontextualisierten Wirkungsgeschichte zuwenden (auch unter Juristen ist das etwa von Peter Häberle praktizierte Verfahren des Textstufenvergleichs nicht unumstritten, vgl. nur etwa dens., Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates, Berlin 1992, und dort insbesondere den Spitzenaufsatz: Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates [1989], 3 ff.). Historiker würden kaum abstrakt die Formulierung von Präambeln vergleichen, weil Normtexte als solche für sie keine rechte Bedeutung haben. Normtexte interessieren primär in ihren Wirkungen, in ihrer Verwirklichung. Die Frage lautet dann: Was haben diese Grundrechtsverbürgungen und Staatszielbestimmungen im Angesicht einer weitgehend vorbildlosen Verfassungsgerichtsbarkeit im Lauf der Zeit tatsächlich bewirkt? Hier ist der Jurist seiner Profession entsprechend auf Texte fixiert, ggf. noch auf ihre Anwendung in Judikaten, der Historiker demgegenüber auf Umsetzung und Wirkungen. Das zeigt sich etwa für die staatsorganisationsrechtlichen Bestimmungen sehr schön in der ausgezeichneten Studie von Udo Wengst (Staatsaufbau und Regierungspraxis 1948–1953. Zur Geschichte der Verfassungsorgane der Bundesrepublik Deutschland, Düsseldorf 1984), die die Einrichtung und Erstprägungen der Verfassungsorgane ausführlich untersucht. Und umso mehr gilt dies für die insofern wichtigste Staatszielbestimmung, die Sozialstaatlichkeit, ebenso wie für den Auftrag zur europäischen Integration, womit jedoch bereits auf die weiteren Kapitel des Buches verwiesen wird. Dort gewinnt die Grimm'sche Kritik ihr eigentliches Feld.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Dieter Grimm

Ein Rückblick auf »Die Historiker und die Verfassung« anhand der Frankfurter Kommentare

Die Kommentare bestätigen ausnahmslos den Befund meines Buches, dass Verfassung und Verfassungsrechtsprechung in den behandelten historiographischen Werken zu kurz kommen und darunter ihr Erklärungswert für die Phänomene leidet, denen die Historiker Bedeutung beimessen. Auch die Begrenzung auf die Gesamtdarstellungen der bundesrepublikanischen Geschichte ist von denjenigen Kommentatoren, welche sich dazu geäußert haben, als gerechtfertigt betrachtet worden, auch wenn die Geschichtswissenschaft bei Auswertung der Monographien und Aufsätze möglicherweise in positiverem Licht erschienen wäre (Christoph Schönberger). Anna-Bettina Kaiser kommt allerdings aufgrund ihrer »Probebohrung« bei einem Autor (Ulrich Herbert) zu der Ansicht, dass sich das Gesamtbild dadurch nicht wesentlich ändere.

Die Rechtsferne ist im Buch vor allem auf Wahrnehmungsdefizite und Verständnisschwierigkeiten zurückgeführt worden. Auch die Kommentatoren verweisen überwiegend auf die Schwierigkeiten der Historiker im Umgang mit juristischen Quellen. Rainer Wahl erläutert das ausführlich anhand des Lüth-Urteils, dessen überragende Bedeutung nicht allein innerhalb der Rechtsordnung, sondern auch für die politischen und gesellschaftlichen Verhältnisse er bestätigt. Für Historiker müsse es gerade deswegen besonders interessant sein. Wahl räumt allerdings ein, dass sich die Bedeutung nicht schon aus dem Urteilstext erschließe, sondern nur mit Zusatzwissen erfassbar sei. Anna-Bettina Kaiser steigert diesen Befund zu der These, Gerichtsurteile seien »für juristische Laien kaum zu verstehen«. Der Verfassungstext und erst recht die ihn interpretierenden Entscheidungen seien wohl »nur vordergründig« verständlich.

Dass diese Schwierigkeiten bestehen, wird auch im Buch nicht bestritten. Man sollte aber differenzieren. Die Schwierigkeiten sind geringer, wenn es sich um die Genese (die jedoch nach Christian Waldhoff untererforscht ist) sowie die Funktion von Verfassungsnormen einschließlich ihrer Änderungen handelt. Diese fallen in den Bereich der Rechtspolitik, nicht der Rechtsanwendung. Die Schwierigkeiten wachsen aber, sobald es um die Anwendung der generellen und abstrakten Verfassungsnormen auf individuelle und konkrete Streitfälle, also im Wesentlichen um Rechtsprechung geht. Doch sind die Hürden auch hier unterschiedlich hoch. Nicht alle Urteile setzen so viel Zusatzwissen voraus wie Lüth (wo es allerdings durch ein Gemeinschaftsprojekt von Historikern und Juristen aufbereitet war und seit 2005 abgerufen werden konnte). Pascale Cancik, Eckart Conze und Rainer Wahl weisen überdies daraufhin, dass viele Urteile zwar schwer lesbar seien, sich aber, wenn erfasst, leicht in die historischen Darstellungen integrieren ließen.

Ich möchte jedoch daran festhalten, dass die Verständnisschwierigkeiten erst eine Rolle spielen, wenn die Relevanz des Rechts für geschichtliche Zustände und Verläufe überhaupt wahrgenommen ist. Das scheint mir jedoch nur bedingt der Fall zu sein, bei einigen Autoren mehr, bei anderen weniger, doch nirgends ausreichend. Wo rechtliche Phänomene in den geschichtlichen Darstellungen Berücksichtigung finden, ist ihre Wahrnehmung nicht von dem generellen Bewusstsein der Möglichkeit prägender Einflüsse des Rechts geleitet, sondern punktuell durch besonders auffällige Vorkommnisse veranlasst: einen Skandal, eine herbe politische Niederlage, eine tief greifende politische Auseinandersetzung, die mit einem Karlsruher Urteilsspruch endet.

Ingrid Gilcher-Holtey, die von der Relevanz der Verfassungsgeschichte für die Allgemeine Geschichte ausgeht, sieht das Problem in der Operationalisierbarkeit und mahnt an, dass es dafür eines methodisch-theoretischen Bezugsrahmens bedürfe, der den Historikern fehle. Sie verbindet diese Erklärung für das mangelnde Bewusstsein von der sozialen und politischen Relevanz des Rechts mit dem Theorieangebot der Historischen Soziologie Pierre Bourdieus. Eine solche Theorie vermisst sie aber auch im Buch. Was Bourdieu angeht, trifft das zu. Das Verhältnis von Recht und Politik wird allerdings im Ersten Kapitel analysiert, und zwar mit dem Ergebnis, dass das Recht keines der vielen Nebengebiete der Allgemeinen Geschichte ist, welche Historiker berücksichtigen können, aber nicht

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

müssen, sondern als Determinante für Politik nicht übergangen werden kann. Im Anhang wird das im Blick auf den Analyserahmen von Hans-Ulrich Wehlers Gesellschaftsgeschichte weitergeführt.

Unter den Kommentatoren gehen Jürgen Kocka und Rainer Wahl darauf ein und greifen die Frage auf, ob Recht in eine Reihe mit den Dimensionen Gesellschaft, Wirtschaft und Kultur gehört, deren Relevanz für die politische Geschichtsschreibung inzwischen anerkannt ist. Wahl bejaht das uneingeschränkt (»kein Nebengebiet«), Kocka zögert und äußert die Vermutung, dass es dann wohl nicht allein beim Recht bleiben könne. Als weiteren Kandidaten nennt er die Wissenschaftsgeschichte, weil die Wissenschaft der »Treiber des Wandels« sei. Das trifft zweifellos zu. Ein erheblicher Teil der Probleme, die politische Bearbeitung verlangen, sind durch den wissenschaftlich-technischen Fortschritt und seine kommerzielle und militärische Nutzung verursacht. Wissenschaftsgeschichte hat damit eine höhere Anwartschaft auf Berücksichtigung als beispielsweise Architekturgeschichte. Als Veranlasser und Gegenstand politischer Entscheidungen steht sie meines Erachtens aber doch hinter dem Recht mit seiner struktur- und inhaltsbestimmenden Bedeutung für die Politik zurück.

Mehrere Kommentare, die von der Rechtsferne der Geschichtsschreibung der Bundesrepublik ausgehen, suchen die Ursache dafür aber nicht allein bei den Historikern, sondern stellen auch eine Geschichtsferne der Juristen fest (Cancik, Conze, Kocka). Eine juristische Verfassungsgeschichtsschreibung, die den Historikern entgegenkomme, fehle. Diese Ansicht teile ich. Mein Buch sollte dazu einen Beitrag leisten. Es kann aber eine historisch anschlussfähige Verfassungsgeschichte nicht ersetzen. Eine solche müsste insbesondere die Verwirklichungsgeschichte, vornehmlich durch die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts, als einen vom Verfassungstext zwar angeleiteten, aber nicht vollständig determinierten Beitrag würdigen. Indessen hat die Historisierung der Judikatur in der verfassungsgeschichtlichen Forschung gerade erst begonnen.

In den Kommentaren wird die Frage aufgeworfen, ob die Historisierung der Verfassungsrechtsprechung deswegen von der Rechtswissenschaft zögerlich angegangen werde, weil sie die Autorität der Verfassung und die Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit gefährden könne, indem sie die Kontingenz der Rechtsprechung offenbare und so die Erwartung an die Objektivität der Verfassungsauslegung enttäusche. Pascale Cancik wagt sogar die These, dass die Geschichtsferne eine Funktionsbedingung für die Wirkungsweise des Rechts sei. Meines Erachtens kann es am Ende jedoch nicht hilfreich sein, die Akzeptanz eines Verfassungsgerichts und seiner Rechtsprechung auf einer Illusion wie der von der Eindeutigkeit des Rechts aufzubauen. Die unvollständige Determinationskraft von Rechtsnormen, namentlich von Verfassungsnormen, gehört zum Recht und muss ehrlicherweise mit vermittelt werden.

Damit erweitert sich allerdings das Beobachtungsfeld. Das Interesse richtet sich nicht mehr nur auf die Ergebnisse, sondern auch darauf, wie sie zustande kommen und wer die Autoren der Entscheidungen sind. Mehrere Kommentare wünschen sich Richterbiografien von der Verfassungsgeschichtsschreibung. Einblick in die Beratungen der Richter durch Offenlegung der Akten ist eine weitere Forderung der Geschichtswissenschaft, die Conze erneut erhebt. Von da ist der Schritt zur Frage nach den politischen Einflüssen auf die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht mehr weit. Birgit Aschmann tut ihn konkret anhand der Abtreibungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und der Rolle, welche die Katholische Kirche dabei spielte.

Mehreren Kommentatoren kommt diese Seite des Verhältnisses von Verfassungsrecht und Politik im Buch zu kurz. Das Verhältnis sei kein einbahniges, sondern ein wechselseitiges (so ausdrücklich Cancik, Conze, Frick, Kocka). Verena Frick vermisst die Frage, inwiefern die Konstitutionalisierung der Politik auf die Verfassung und das Verfassungsgericht selbst zurückwirke. Anknüpfend an die im Schlusskapitel des Buches konstatierte Konstitutionalisierung der Politik, diagnostiziert sie einen Komplementärprozess der Politisierung von Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, nicht in dem kruden Sinn, dass das Gericht unter Absehung vom Recht Partei ergreife, sondern dass es verstärkt zum »Schauplatz politischer Kämpfe« werde und es ihm entsprechend schwerer falle, »seine politische Neutralität und Objektivität« zu behaupten.

Die Frage ist berechtigt. Im Buch wird sie allerdings nur punktuell aufgegriffen, so etwa im Zusammenhang mit den Richterwahlen. Das hängt mit der Zielsetzung des Werks zusammen. Es ging ja darum festzustellen, wo die Geschichtsschrei-

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

bung der Bundesrepublik signifikante Einflüsse der Verfassung oder der Verfassungsrechtsprechung auf die von ihr für wichtig gehaltenen Verhältnisse, Entwicklungen und Ereignisse außer Acht gelassen hat. Dieses Erkenntnisinteresse begrenzt das Buch. Darin liegt aber keine Leugnung der gegenläufigen Einflussbahn. Wie Verena Frick selber zu erkennen gibt, sind für diesen Aspekt primär jedoch die empirisch vorgehenden Disziplinen, ihre eigene, aber auch die Geschichtswissenschaft, zuständig, während die Rechtswissenschaft aufgrund ihrer dogmatischen Arbeitsweise nicht der bestgeeignete Akteur sei, das »Politikum der Prozesse« selbst zu durchschauen.

Für Hans Vorländer muss es dann allerdings mehr um Geltungs- als um Wirkungsgeschichte gehen. »Geltung« bezieht sich hier jedoch auf etwas anderes als die juristische Geltung einer Verfassungsnorm, die von ihrer tatsächlichen Beachtung unabhängig ist. Vorländer hat den Prozess der ständigen Behauptung und Aktualisierung des Verfassungsrechts im Sinn, in dem es seine Geltung erst erwerben muss. Damit wird der Rahmen der juristischen Geltung überschritten und der Blick auf denjenigen Bereich eröffnet, in dem vermittels des Mediums der Verfassung gesellschaftliche Selbstverständigungsdiskurse stattfinden, die zwar alles andere als konfliktfrei verlaufen (was in den Kommentaren von Conze, Frick und Gilcher-Holtey zur Forderung nach einer Konfliktgeschichte der Verfassung führt), der Verfassung unter günstigen Bedingungen aber die symbolische Kraft zuführen, welche Voraussetzung für die Akzeptanz ihrer rechtlichen Wirkungen ist. Das Buch enthält viel Material, anhand dessen dieser Frage nachgegangen werden kann. Im Schlusskapitel wird sie ausdrücklich aufgeworfen. Für ihre Beantwortung sind aber sowohl Rechtswissenschaft als auch Geschichtswissenschaft auf die Politikwissenschaft angewiesen, die über das dafür nötige methodologische Arsenal verfügt.

Grundsätzliche Einwände gegen das Buch erhebt nur Christoph Schönberger. Zwar bricht auch er nicht aus dem Konsens der Kommentatoren aus, dass die Geschichtsschreibung der Bundesrepublik einen für ihren Gegenstand wichtigen Faktor vernachlässige. Darin sieht er die Berechtigung des Buchs. Er findet jedoch, dass es erheblich übers Ziel hinausschieße. Träfe das zu, müsste das Urteil über die Rechtsferne der Zeithistoriker revidiert werden. Ich entnehme seinem Kommentar vier Kritikpunkte. Das Buch idealisiere die Verfassungsrechtsprechung und überschätze ihren Einfluss auf die Geschichte der Bundesrepublik. Es sinne den Historikern an, ihren Stoff »unter den idealisierenden Prämissen der Selbstinterpretation des Rechtssystems« zu behandeln, und es verwende eine ahistorische Methode.

Ich habe mich von der Berechtigung der Kritik aber nicht zu überzeugen vermocht. Was Schönberger dem Buch vorhält, war mir als Gefahr bewusst und sollte ausdrücklich vermieden werden. Es ist freilich denkbar, dass der Vorsatz nicht eingehalten worden ist. Indessen finde ich weder für eine »verfassungsdogmatische Idealisierung« noch für eine Unterwerfung der Historiker unter die »idealisierenden Prämissen der Selbstinterpretation des Rechtssystems« Anhaltspunkte. Man darf annehmen, dass mit Selbstinterpretation des Rechtssystems die Behauptung gemeint ist, es gehe in der Verfassungsrechtsprechung ausschließlich um Rechtsanwendung, nicht um Politik, und »Dogmatik« sei der Garant dafür. »Idealisierend« könnte man diese Beschreibung nennen, wenn sie die Realität verfehlte oder verzerrte, mit dem Ergebnis, dass die Rechtsprechung in einem positiveren Licht dastünde, als sie es verdiente. Das kann entweder bedeuten, dass die Rechtsprechung und die Dogmatik, die dabei eine Rolle spielt, verklärt werden oder dass in der Realität etwas ganz anderes geschieht als Rechtsanwendung, etwa richterlicher Dezisionismus.

Die erste Möglichkeit möchte ich mit dem Hinweis ausschließen, dass es mir in dem Buch nicht um eine Beurteilung oder gar ein Lob der Rechtsprechung ging, sondern um eine Beschreibung, ohne die ihre Wirkung nicht erklärt werden kann. Diese Beschreibung gibt aber auch nicht vor, dass es bei der richterlichen Entscheidung lediglich um die Applikation von Verfassungsnormen auf Einzelfälle gehe. Es wird vielmehr gerade gezeigt, dass dabei Optionen zur Wahl stehen, das Ergebnis also auch ein anderes hätte sein könne, womit in der Regel auch eine andere Wirkung verbunden gewesen wäre. Allerdings handelt es sich um die Wahl zwischen rechtlichen Optionen, die selbst wieder rechtsgeleitet und methodisch vor sich geht, also gerade keine Dezision ist, aber auch nicht bloß ein Nachvollzug von Vorentschiedenem. In eben dieser Differenz liegt der Umstand begründet, dass die Verfassungsrechtsprechung ein relativ eigenständig zum Verfassungstext hinzutretender Faktor ist, der geschichtswissenschaftliche Beachtung verlangt.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

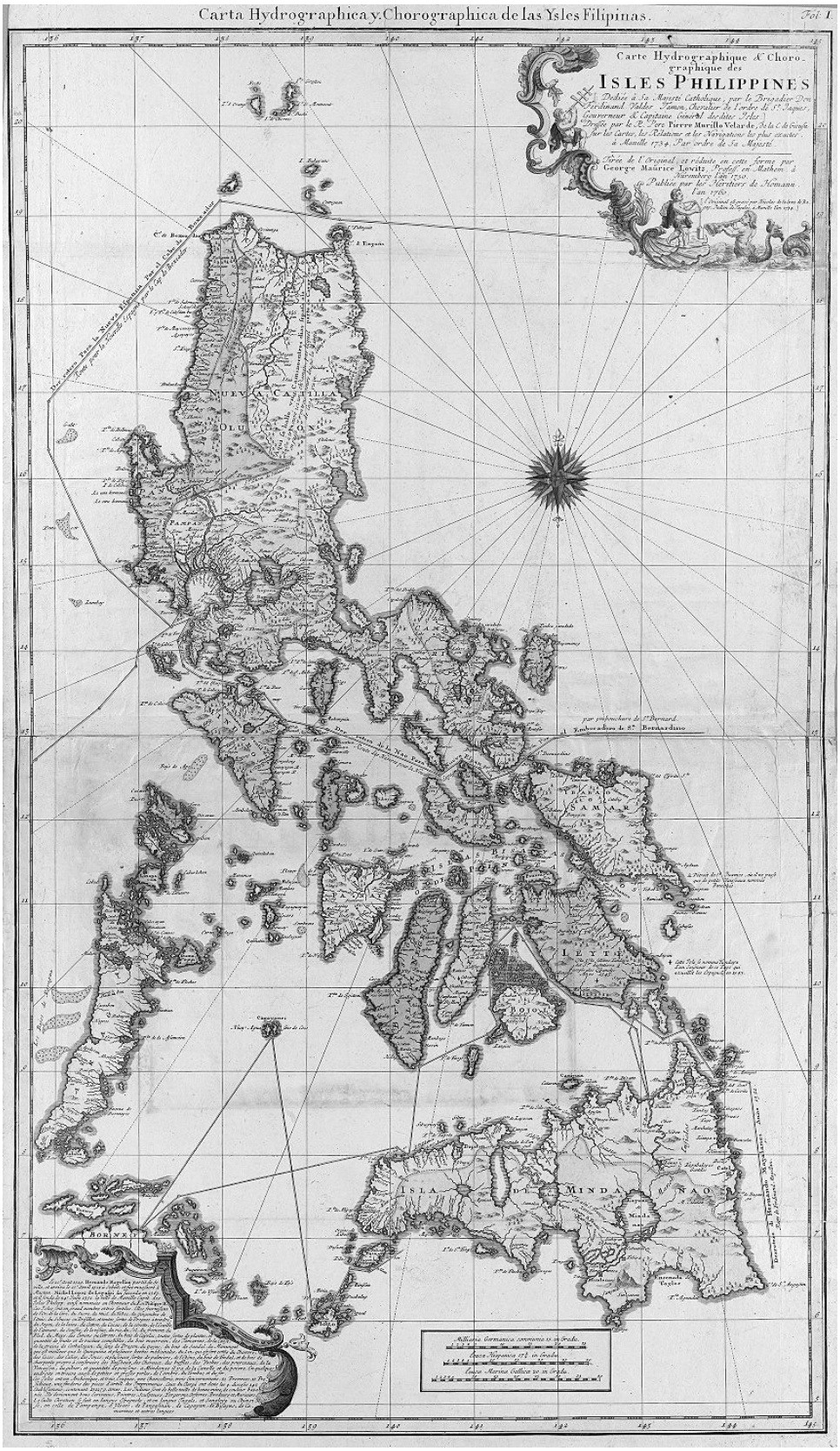
Was die Relevanzkriterien betrifft, so ist im Buch ausführlich dargelegt, dass es diejenigen der Geschichtswissenschaft, nicht die der Rechtswissenschaft sein müssen. Die Kapitel, in denen es um Verfassungsverwirklichung geht, knüpfen stets an Phänomene an, welche den Historikern für ihre Darstellungen der bundesrepublikanischen Geschichte wichtig erschienen, und untersuchen, ob sie in signifikanter Weise verfassungsrechtlich beeinflusst waren. Bei der Einschätzung der Signifikanz kann es Bewertungsunterschiede geben. Das ist aber etwas anderes als die Oktroyierung disziplinfremder Maßstäbe. Dogmatik-Kenntnis wird der Geschichtswissenschaft nirgends abverlangt. Auch das ist ausdrücklich ausgesprochen. Es wird aber gelegentlich eine dogmatische Begründungskette vorgeführt, damit man sehen kann, auf welchem Weg und mit welchen Annahmen das Gericht zu seinem Urteil gelangt ist.

Über die Legitimität »kontrafaktischer Alternativbetrachtungen« habe ich mich bei der Geschichtswissenschaft zu vergewissern versucht. »Unüblich« scheint sie mir danach nicht zu sein. Sie ist aber nicht etwa meine durchgängige Vorgehensweise. Indessen lässt sich gelegentlich die Wirkung von Verfassungsnormen oder Urteilen nur zeigen, wenn sichtbar gemacht wird, dass es auch anders hätte kommen können. Jedoch trifft Schönbergers Hinweis auf die »Grenzen geschichtswissenschaftlicher Kausalbefunde« zu, die ebenfalls von Kocka betont wird. Sie ist im Buch aber auch ausdrücklich reflektiert. Hypothetische Kausalverläufe müssen, das wird Schönberger ausdrücklich zugestanden, im Bereich realistischer Alternativen liegen. Dafür sind Indizien notwendig. Betrachtet man beispielsweise die für die Liberalisierungsthese der Historiker wichtige Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit und Versammlungsfreiheit, so zeigt die Vielzahl von Entscheidungen der Fachgerichte, die vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben wurden, wie es ohne seine Rechtsprechung um diese Freiheiten bestellt gewesen wäre.

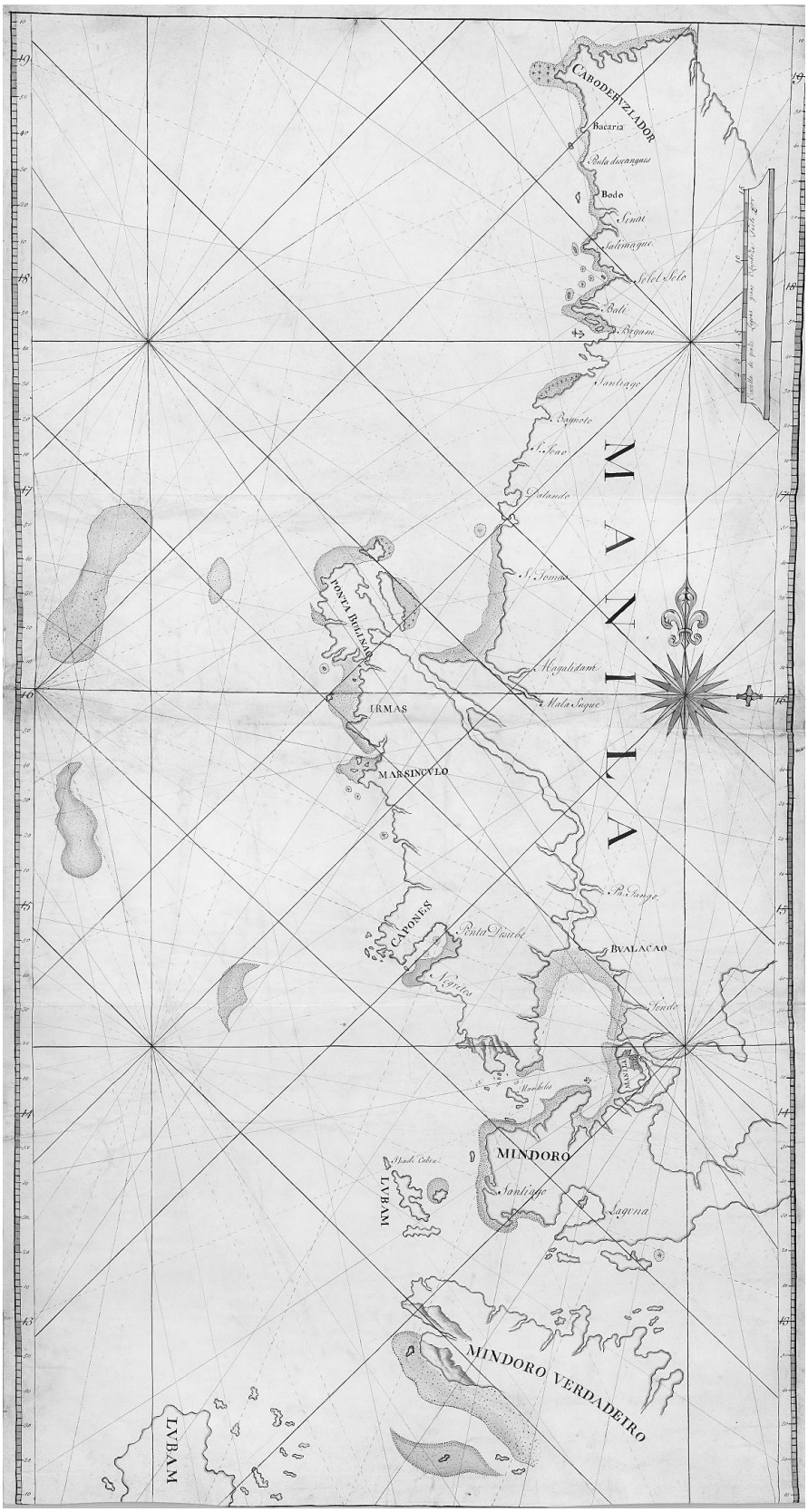
Wenn es nicht nur um Addition, sondern Integration von Allgemeiner Geschichte und Verfassungsgeschichte im Sinne Conzes gehen und die symbolische Funktion der Verfassung nicht vergessen werden soll, bleibt freilich – das hat die reiche Frankfurter Diskussion deutlich gemacht – nur die interdisziplinäre Kooperation übrig. Fast alle Kommentatoren fordern sie ausdrücklich. Dass es dafür noch an den institutionellen und zum Teil auch motivationalen Voraussetzungen fehlt, macht vor allem Pascale Cancik deutlich. Es gibt nicht nur ein rechtliches Defizit der Geschichtswissenschaft, sondern auch ein historisches Defizit der Rechtswissenschaft und der Juristenausbildung. Das Bewusstsein der Interdependenz muss sich erst noch bilden.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH



Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH



Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Kritik critique

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Daniel Damler

Cicerone der Regeln*

Sie sind allgegenwärtig, unentbehrlich und von einer geradezu überbordenden Vielfalt; sie begleiten uns von der Wiege bis zur Bahre; kein Gemeinwesen, keine Zivilisation in der Geschichte der Menschheit kam ohne sie aus und doch hatten sie nie genau den gleichen Inhalt und Zuschnitt: Regeln. Fast unmöglich ist es bereits, auch nur das staatliche Recht zu überblicken, ganz zu schweigen von den Myriaden von impliziten Regeln, die unseren Alltag strukturieren, ohne dass wir ihnen gewöhnlich viel Beachtung schenken – sei es der richtige Umgang mit Messer und Gabel, die angemessene Anrede im Brief oder das Maß der Normenübertretung (etwa im Straßenverkehr), das (noch) nicht sanktioniert wird.

Auf einem so gewaltigen Ozean angstfrei und unbekümmert zu navigieren, ist schon für sich genommen eine beachtliche Leistung. Die Einhegung der eigentlich unbegreiflichen Mannigfaltigkeit gelingt der erfahrenen, mit den Strömungen und Untiefen ihres Sujets bestens vertrauten Wissenschaftshistorikerin Lorraine Daston mittels einer anderen Kulturtechnik, die unser Dasein ebenfalls ordnet und erträglich macht: der Kunst der Unterscheidung. An Differenzierungen ist allen voran das einleitende Kapitel reich, um nicht zu sagen: überreich. Der zu Anfang etwas überforderte Leser muss zur Kenntnis nehmen, dass es nicht nur explizite und implizite Regeln gibt, sondern auch flexible und rigide, generelle und spezielle, ferner solche algorithmischer und paradigmatischer Natur.

Und das ist längst nicht alles. Auch »dick« und »dünn« können Regeln sein. Erstere zeichnen sich durch Anschaulichkeit und Anpassungsfähigkeit aus, sind angereichert mit Beispielen und Ausnahmen, letztere tragen lebensweltlichen Besonderheiten hingegen gerade keine Rechnung und sind strikt anzuwenden. »Dicke« und »dünne« Regeln existieren seit unvordenklicher Zeit Seite an Seite, doch nach Dastons Ansicht dominieren die »dünnen« Algorithmen erst seit dem 19. Jahrhundert, dem bürgerlich-technischen Zeitalter, während in Antike, Mittelalter und früher Neuzeit die Neigung zu »barocken«, vielgestaltigen, detailversessenen, indes nachsichtigen Handreichungen und Belehrungen vorherrschte.

Eine weitere, diesmal dreiseitige Unterscheidung nimmt die Verfasserin im zweiten Kapitel vor, verschiedene Bedeutungsebenen (»semantic clusters«) der antiken Schlüsselbegriffe *kanon* und *regula* herausarbeitend: Etymologisch leitet sich *kanon* von der Pflanze »Arundo donax« ab, dem in (sub-)tropischen Gefilden beheimateten Pfahlrohr oder Riesenschilf, das im Altertum als Baumaterial, aber auch – aufgrund der Ebenmäßigkeit der Halme – als Messinstrument Verwendung fand. Ähnlich verhält es sich mit dem lateinischen Äquivalent *regula*, das ebenfalls ursprünglich ein Stück Holz, ein gerade zugeschnittenes Brett, bezeichnet, das sich als Lineal gebrauchen ließ. Früher oder später musste sich die Vorstellung von äußerster Genauigkeit, ja mathematischer Exaktheit mit den Begriffen verbinden. Das ist die erste Bedeutungsebene, die ungefähr dem »algorithmischen« Verständnis von Regeln entspricht. Die frühen Christen im griechischsprachigen Osten des Römischen Reiches bezogen dann das Wort *kanon* auf die Beschlüsse ihrer Synoden und anderer autorisierter Versammlungen, so dass sich als weitere Bedeutungsnuance das »Recht« hinzugesellte. Daston betont, dass diese Entwicklungslinie vom Messinstrument des Baumeisters zu den Regelwerken der Juristen heute noch assoziativ gut nachvollziehbar sei, besser jedenfalls als die Verbindung zum semantischen Feld »Nachahmung, Modell, Paradigma«, das den Dreiklang komplettiere.

In diesem Sinn, nämlich als Vorbild, sei die Regel indes lange Zeit (bis zum Beginn der Moderne) vornehmlich verstanden worden. Die Autorin, in dem Bemühen, gerade das uns heute Fremde zu beleuchten, schenkt den »dicken Regeln« der frühen Neuzeit, die zur Nachahmung anleiten wol-

* Lorraine Daston, Rules. A Short History of What We Live By, Princeton (NJ) / Oxford: Princeton University Press 2022, 384 S., ISBN 978-0-691-15698-9

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

len, besondere Beachtung. Hierzu gehört etwa die aus juristischer Perspektive zunächst etwas befremdliche Gattung der Kochrezepte. Am Beispiel des Kochbuchwissens illustriert Daston, wie sich der Übergang vom impliziten zum expliziten Wissen vollzieht. Diese beiden Arten von Wissen seien eben nicht, wie manche moderne Autoren suggerieren, statische Kategorien, sondern eher flüchtige Aggregatzustände. Da sich die Kochrezepte des 17. Jahrhunderts vorwiegend an den Spezialisten, an den professionellen Koch, richteten, bedurfte es keiner ausführlichen Beschreibung der vorzunehmenden Handgriffe. Anders dann im 18. Jahrhundert, als zunehmend auch weniger versiertes Hauspersonal Kochbücher konsultierte: Angehende Köche bedurften anderer, weitaus detaillierterer Regeln; das betraf weniger die Mengenangaben als das Wissen über die einzelnen Schritte der Zubereitung (z. B. eines Puddings).

Wie defizitär eine Geschichte menschlicher Regeln und Normen ohne eine Beachtung der ungeschriebenen normativen Subkultur wäre, führt der chronische Misserfolg der Aufwand- oder Luxusgesetzgebung vor Augen. Im direkten Wettbewerb zwischen ästhetischen Standards – also das, was wir bei Kleidung »Mode« nennen – und dem »harten«, von der Obrigkeit bekannt gemachten und notfalls gewaltsam durchzusetzenden Recht zog Letzteres eigentlich fast immer den Kürzeren. Es ist sogar wahrscheinlich, dass die verzweifelten Versuche der Regierenden, das Ende jeder Eitelkeit und Verschwendung zu dekretieren, genau das Gegenteil bewirkten. »No *Vogue* editor ever covered the catwalk in more precise detail than sumptuary regulations did at their zenith« (161). Doch je mehr Mühe man sich gab, desto schneller wechselte die Mode und desto extravaganter wurde sie. Der 1587 per Anordnung aus der Öffentlichkeit verbannte Hut mit Pfauenfedern war zu dem Zeitpunkt ohnehin schon längst »sowas von 1586«.

Wie Daston richtig bemerkt, sollten wir uns nicht der Illusion hingeben, jene »sumptuary regulations« gehörten ein für alle Mal der Vergangenheit an. In Zeiten, in denen Ressourcenverschwendung und klimaschädliches Verhalten (zu Recht) am Pranger stehen, fällt die Forderung nach gesetzlichen Verboten auf fruchtbaren Boden. Der Erfolg solcher Initiativen dürfte sich in Grenzen halten, zumal im globalen Maßstab. Dass es gute, den meisten Menschen einsichtige Gründe für Sparsamkeit und Enthaltsamkeit zum Besten der Umwelt gibt, wird daran nichts ändern, denn auch in der frühen Neuzeit hatte die Obrigkeit Vernunft und öffentliche Moral weitgehend auf ihrer Seite. Aber was nützt es, wenn eine der wichtigsten und wirkungsmächtigsten Normenkategorien überhaupt, nämlich ästhetische Standards, zu einem genau entgegengesetzten Verhalten animieren?

Zu den großen Stärken des Buches gehört die Bereitschaft, genau solche Regeln in den Blick zu nehmen: Regeln, die üblicherweise durch alle Raster fallen, nicht etwa, weil sie realweltlich unwichtig wären (alles andere als das), sondern allein weil sie nicht hinreichend institutionell verankert sind – wie die impliziten Reglements der Mode und Esskultur, die in der überkommenen Hierarchie der Wissenschaften zu den »niederen«, intellektuell anspruchslosen Disziplinen und Künsten zählen.

Aus rechtshistorischer Sicht das eine oder andere Haar in der Suppe zu finden, fällt nicht schwer. Insbesondere hätte man vielleicht das Rad nicht überall neu erfinden müssen. In der Gesetzgebungslehre gibt es spätestens seit dem 18. Jahrhundert eine sehr differenzierte und nuancierte Diskussion über die Vor- und Nachteile einzelner Regelungstechniken und -instrumente, die man stärker hätte fruchtbar machen können für andere Arten von Regeln. Und auch beim Umgang mit den Ergebnissen der Policey-Forschung ist noch Luft nach oben.

Aber eine Kritik, die sich in der Klage über die geringe Sichtbarkeit der eigenen Forschung erschöpfte, fiele letztlich auf die Rechtsgeschichte zurück. In der Tat, sie verwaltet ein stolzes Erbe mit großem Erkenntnispotential für andere Wissens- und Lebensbereiche, und Rechtshistoriker wären prädestiniert gewesen, dieses Buch zu schreiben – nur haben sie es eben leider nicht geschrieben.

Eine überzeugende, eine wichtige, eine wegweisende Studie.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Stefan Vogenauer

Roman Law Reloaded*

It is a rare pleasure for a book reviewer to introduce his readers to a true game changer. Roman law scholarship will be vastly improved by the existence of the new *Handbuch des Römischen Privatrechts*. This *Handbook* replaces the standard accounts of Max Kaser on Roman private law and Roman civil procedure, which were first published in the 1950s and 1960s and only updated once in the 1970s (private law) and in the 1990s (civil procedure). Since then, obviously, the study of Roman law has moved on. Innovative methodologies have evolved, additional topics have received attention, and old questions have received new answers. Yet, no one-stop shop to access these riches existed. Experts and non-experts alike had to trawl through bibliographies and databases in order to find the most recent literature. This was all the more complicated as writings on Roman law are published in a variety of countries and languages, and the research done by ancient historians, classicists, archaeologists and those working in other adjacent disciplines also has to be taken into account.

Henceforth, the *Handbook* will provide guidance and orientation in this difficult terrain. It covers the entirety of ancient Roman private law and civil procedure, from the Twelve Tables to Justinian, with a focus on the late Republic and the Imperial period. It is divided into five parts with overall 112 chapters. The introductory Part I deals with the production and development of Roman law during the various periods of Roman law (1–192) and provides an overview of the sources (193–317). Part II looks at the development of different systems of civil procedure over time (319–510) and the various means for private actors to effect legal change (511–683). Parts III to V then follow the tripartite distinction of the Institutes of Gaius and deal with *personae* (685–1028), *res* (1029–1534) and *actiones* (1535–3050).

Six editors were in charge of producing the *Handbook*, all of them originally from Germany, Austria and Switzerland and leading scholars of the discipline. The contributions were produced by a team of 64 authors from all over Europe (again, mostly from the German-speaking countries) and, in two cases, South America. They range from the very senior (Detlef Liebs, *1936) to the relatively junior, yet well established (Lisa Isola, *1988). Many contributors cover ground with which they are intimately familiar, given that they previously explored their topic in their PhD or *Habilitation* theses, e. g., the contributions of Thomas Finkenauer on *stipulatio* and Pascal Pichonnaz on *compensatio* (564–624 and 2994–3036, respectively), or can rely on decades of pertinent research (once again Detlef Liebs, with a magisterial overview of Roman legal literature, 193–221). What emerges is a comprehensive, authoritative and state-of-the-art account of Roman law. There is no point in discussing any of the individual chapters in any detail. Some of them are succinct, others vast, such as the highly innovative chapter of José Luis Alonso and Ulrike Babusiaux on papyrological and epigraphical sources and Christian Baldus' full account of the *rei vindicatio*, both bordering on a hundred pages (222–317 and 1537–1631, respectively), and Wolfgang Ernst's quasi-monographic 250 pages on the law of sales (2039–2288).

The monumental *Handbook* comes in two volumes, with an added volume for the indices. It has been beautifully produced by leading German law publishers Mohr Siebeck and edited to an exceptionally high standard; there is no sloppiness in the main text or in the footnotes, in contrast to what can now be frequently observed in books published by bigger and more profit-oriented Anglo-American houses. The editors are to be congratulated for seeing such a massive project through to

* Ulrike Babusiaux, Christian Baldus, Wolfgang Ernst, Franz-Stefan Meissel, Johannes Platschek, Thomas Rüfner (eds.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Tübingen: Mohr Siebeck 2023, 2 vols. plus indices, xcvi + 3707 p., ISBN 978-3-16-152359-5

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

the end. It must have been an all-consuming effort for them over a long period of time, as is clear from the preface. Four contributors did not live to see the book in print; one of them submitted his manuscript before his death in 2017, the same year in which the Commissioning Editor with Mohr Siebeck who had seen the book project through its early stages retired from active service.

As has been said above, Roman law scholarship will be vastly improved by the existence of the new *Handbuch des Römischen Privatrechts*. This is not to say that Roman law scholarship will never be the same after the publication of this book. The *Handbook* builds on, and contributes to, the finest tradition of continental, doctrinal work in the field. Unlike its semi-homonymous sibling published by Oxford University Press a while ago,[1] it does not announce a paradigm shift on how we (should) see the law of ancient Rome. Its preface is modest to the point of self-effacement and does not promise anything that cannot be delivered. This is a good thing. There is a place for books on law in context, and there is one for books on law *tout court*. The *Handbook*, for all its interdisciplinary references and deep engagement with more recent scholarly trends (see, e. g., the contributions of Evelyn Höbenreich and Richard Gamauf on the legal status of women and on the enslaved, 741–767 and 924–994, respectively), firmly belongs in the latter category. To make this vast storehouse of knowledge accessible beyond the German-speaking community, an English translation is a matter of urgency.

■

Cosima Möller

Diversity bei den römischen Juristen – Geschichtlichkeit und die Rolle der Dogmatik*

Aldo Schiavone verfolgt sein Projekt »Scriptores iuris Romani« seit 2015 mit Unterstützung durch einen *European Research Grant*. Das Ziel des Projekts wird im Internet folgendermaßen beschrieben: »Lo scopo che il progetto intende realizzare è creare le basi, testuali e interpretative, per un nuovo approccio a ciò che resta delle opere degli antichi giuristi romani.« Aus dieser Arbeit sind bereits zahlreiche Veröffentlichungen hervorgegangen. Das zu besprechende Buch versammelt Aufsätze, die sich mit dem Forschungsansatz beschäftigen oder diesen Zugang anwenden. Im ersten Teil »Methods and Paths« wird die methodologische Perspektive in den wissenschaftsgeschichtlichen Entwicklungsgang eingeordnet, während im zweiten Teil »Stories of Jurists and of Jurisprudence« Untersuchungen präsentiert werden, die einen projektspezifischen Zugang zur Überlieferung des römischen Rechts bieten.

Im 1. Kapitel stellt Schiavone das Projekt in seinen Grundzügen vor. Nicht die Gesetzgebung Justinians, sondern die römischen Juristen sollen in den Mittelpunkt gerückt werden. Ihre Individualität und ihre historische Situation sollen so gut wie möglich erfasst werden. Grundlagen für diese Untersuchung und für den Versuch, die ursprüngliche historische Gestalt ihrer Werke zu rekonstruieren, sind der kritische Apparat der Digestenausgabe von Mommsen und die Palingenesie von Lenel. Schiavone führt aus, dass die wahre Geschichte der Entwicklung des römischen Rechts mit günstigen Auswirkungen auf die gegenwärtigen Herausforderungen für das Recht in einer globalisierten Welt entdeckt und ins Licht gerückt werden könne. Für diese Geschichte seien zwei Aspekte der Tätigkeit der Juristen zentral: die Erfindung einer Wissenschaft und die Gestaltung eines Rechtssystems, das ein globales Imperium

1 Paul J. Du Plessis, Clifford Ando, Kaius Tuori (eds.), The Oxford Handbook of Roman Law and Society, Oxford 2016.

* Fara Nasti, Aldo Schiavone (Hg.), Jurists and Legal Science in the History of Roman Law, transl. by Peter Christie (Routledge-Giappichelli Studies in Law), London / Turin: Routledge / Giappichelli 2022, 318 S., ISBN 978-0-367-33333-1

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

geleitet habe. Zwei Hindernisse, die in der Vergangenheit die Forschung blockiert hätten, macht Schiavone aus: die fragmentarische, durch Veränderungen der ursprünglichen Texte zugleich umgestaltete Überlieferung und die verbreitete Annahme, die römischen Juristen seien »fungible Personen« (Savigny) gewesen. Dem ersten Hindernis könne die Abkehr von der Interpolationistik entgegengestellt werden; das zweite Hindernis sei mit der Annahme verknüpft, es gebe in den Texten zeitloses Recht. Dem sei die Historizität des Rechts entgegenzusetzen und damit eine Offenheit zu gewinnen, um die individuellen Leistungen wahrzunehmen und zu würdigen. Die Wiederentdeckung der Juristen sieht Schiavone als einen vielversprechenden Weg an, der Erforschung des römischen Rechts einen Platz im Zentrum des modernen Denkens wiederzugewinnen, das auf der Suche nach globalen Regeln die zugrundeliegende Wissenschaft einbeziehen und zugleich den für Wirksamkeit und Zweckmäßigkeit notwendigen Konsens beachten müsse.

Dieses Programm greift Massimo Brutti im 2. Kapitel für die Wissenschaftsgeschichte auf, die er als unvollendeten Übergang von einer Geschichte juristischer Dogmatik zu einer Geschichte der römischen Juristen erörtert. Er richtet seinen Fokus auf den Widerstreit zwischen einer systematischen Wahrnehmung des römischen Rechts seit Leibniz, die eine Dogmengeschichte im Gefolge gehabt habe, und einer historische Umstände berücksichtigenden, die Individualität der Juristen ernst nehmenden, mit Kontinuitäten und Brüchen in der Argumentation rechnenden Betrachtung auf der anderen Seite. Die Hypothese, dass noch heute die dominierende Richtung der Forschung eine dogmengeschichtliche, ein System voraussetzende sei, bildet den erklärten Ausgangspunkt. Zugleich wird diese Richtung als Gegenbild zu der Erforschung von Juristenbiographien, einzelner Juristenschriften und unterschiedlicher Methoden sowie einer umfassend verstandenen Kontextualisierung akzentuiert. Brutti verzeichnet für das 19. und 20. Jahrhundert eine Zunahme an historischen Studien, die zu einer Geschichte der Juristen und ihrer Ideen wichtige Beiträge geleistet hätten. Er konstatiert eine Abwendung von der Annahme von Rechtsfiguren *a priori* und eine Hinwendung zu einer historischen Kontextualisierung inklusive einer »vorjuristischen Mentalitätsgeschichte«.[1] Die Arbeiten von Schiavone hätten die Diskussion für die Geschichte der Argumentationen der römischen Juristen geöffnet. An die Stelle der Dogmengeschichte träten »molekulare Untersuchungen« normativer Lösungen.

In Kapitel 3 wendet sich Emanuele Stolfi unter der Überschrift »›Kunstgeschichte‹ and ›Künstlergeschichte‹. The Problem of Literary Genres in the Roman Legal Literature« einer kritischen Analyse von Motiven und Konsequenzen der Lehre von Fritz Schulz zu, nach der die Forschung sich der römischen Rechtswissenschaft widmen solle und dabei keine individuellen Biographien, aber doch Literaturtypen eine Rolle spielen könnten. Im Ergebnis hält Stolfi literarische Traditionen und deren Besonderheiten für einen Aspekt der Vielfalt, den es zu erforschen gelte.

Im 4. Kapitel sind es die Geschichtlichkeit des Rechts und das *ius controversum*, die Andrea Lovato im Werk von Riccardo Orestano und seinem Schüler Luigi Raggi in den Mittelpunkt stellt. Die Gleichsetzung der Geschichtlichkeit des Rechts mit der Wissenschaft vom Recht erhalte durch die Hervorhebung der konkreten historischen Situation einen soziologischen Charakter. Das täglich produzierte Recht (Pomponius) werde als rechtswissenschaftliche Tätigkeit verstanden, die Interessenkonflikte auf der Grundlage von Fallanalysen lösen wolle. Raggi sehe Techniken und Methoden der römischen Juristen als Beispiele problemorientierten Denkens, die als ein in der Geschichte vorhandener Zugang zum Problem der juristischen Methode überhaupt wertvoll seien. Eine wesentliche Komponente sei die stete Auseinandersetzung mit konkurrierenden Ansichten.

Das 5. Kapitel schließt den ersten Teil mit einer Studie von Clifford Ando ab. Er bietet einen Überblick über die Rolle des römischen Rechts und der römischen Juristen in der amerikanischen Rechtskultur. Zwischen 1790 und 1980 unterscheidet er verschiedene Phasen und Perspektiven. Der Einfluss auf die amerikanische Verfassung und auf Teile des Privatrechts seien bekannt. Einem nachlassenden Interesse in der zweiten Hälfte des

1 Übersetzungen aus dem Englischen hier und im Folgenden von der Rezensentin.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

19. Jahrhunderts folgte ein Aufschwung, der durch die Rechtsvergleichung begünstigt wurde. Ando weist auf die geringe Zahl der Vertreter römischen Rechts in der akademischen Lehre der *law schools* von 1900 bis 1980 hin. Die Historiker hätten wichtige Beiträge zu Themen der römischen Rechtsgeschichte und ihres Nachwirkens geleistet.

Im zweiten Teil bietet Oliviero Diliberto in Kapitel 6 eine Studie zu dem Themenfeld von Recht und Literatur. Die Heranziehung von literarischen Texten zur Anreicherung von Informationen über juristische Themen sei seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts verbreitet, doch fehle es an einer systematischen Untersuchung. Anhand von Beispielen macht Diliberto deutlich, dass ein facettenreicheres Bild entsteht, wenn man die literarische Überlieferung heranzieht.

In Kapitel 7 folgt eine Untersuchung von Fara Nasti, die sich auf die von Pomponius verfasste Rechtsgeschichte stützt und fragt, in welchem Maße für diesen Text Einflüsse griechischer Philosophie nachgezeichnet werden können. Sie plädiert dafür, dass Struktur und Inhalt Einflüsse von Aristoteles und Polybios erkennen ließen. Daraus gewinnt sie Argumente für Originalität und Komplexität der Schrift des Pomponius.

Giuseppe Falcone steuert im 8. Kapitel einen Beitrag zur Interpretation des Verhältnisses von *officium*, *beneficium* und *commodare* bei, die er anhand von D. 13,6,17,3 Paulus lb. 29 ad ed. entwickelt. Die zweifache Bezugnahme auf *officium* als moralische Pflicht und als rechtliche Verpflichtung wird bezüglich einer Leihe diskutiert. Falcone stellt heraus, dass Paulus der moralischen Seite eine größere Aufmerksamkeit geschenkt habe als andere Juristen. Zugleich weist er nach, dass *officium* bei anderen Juristen und bei Paulus auch im Sinne einer Rechtspflicht verwendet werde. Diese juristisch-technische Argumentation werde von Paulus im Zusammenhang der *actio commodati contraria* eingesetzt. Doch behalte der Begriff eine moralische Dimension bei. Die Individualität von Paulus und einer von ihm besonders gepflegten ethischen Perspektive soll anhand weiterer Fallstudien aufgezeigt werden.

Valerio Marotta stellt in seinem Beitrag in Kapitel 9 die Frage, wie man das juristisch-politische Denken der Kaiserzeit im Zusammenhang mit dem römischen Herrschaftsverständnis und mit der politischen wie der rechtlichen Einordnung des *Imperium Romanum* interpretieren sollte. Ein territorialer Bezugspunkt von Herrschaft spiele eine Rolle wie auch die Verleihung des römischen Bürgerrechts. Wichtig sei die Ausweitung der Möglichkeit gewesen, römisches Recht auch in Städten anzuwenden, die nicht den Status einer römischen Stadt hatten. Auf diesem Weg sei das Recht zu einem Instrument der Integration von rechtlich, ethnisch und sprachlich verschiedenen Bevölkerungsgruppen transformiert worden.

Kapitel 10 bietet eine Studie von Dario Mantovani: »Aspects of the Critical Edition of Roman Juristic Works. The Example of Ulpian's *De Officio Proconsulis*«. Für die beispielhaft herangezogene Schrift ist der Plan, eine Annäherung an das Werk Ulpians zu erreichen, aussichtsreich, weil es größere Teile gibt, die auf andere Weise überliefert sind. Als Grundlage für kritische Editionen sind nach Mantovani die Edition der Digesten von Mommsen und die Palingenesie von Lenel zu verwenden. Bei einer neuen Edition einzelner Schriften sei die komplexe Überlieferungsgeschichte der Digestenhandschriften ebenso zu beachten wie die vorjustinianische Überlieferung. Die mehrstufige Arbeit am Text sei zugleich im Lichte einer vermuteten individuellen Darstellungsart von Ulpian wie des rechtlichen Inhalts zu leisten. Gelinge es, die Originalschriften in einer authentischeren Weise zu rekonstruieren, eröffne dies auch die Möglichkeit, sie als literarische Zeugnisse wahrzunehmen und zu interpretieren.

Detlef Liebs ordnet im 11. Kapitel das Codex-System als ein Zeichen der Neuorganisation des Rechtsstoffes in der Spätantike ein. Er zeigt auf, dass zwischen zwei verschiedenen Codex-Systemen unterschieden werden müsse. Die Veränderung gegenüber dem Digestensystem, das auf den Ediktskommentaren aufbaute und neues Gesetzesrecht als Annex aufnahm, sei von den Juristen in diokletianischer Zeit im *Codex Gregorianus* und im *Codex Hermogenianus* durch die Integration von Teilen aus dem Annex in den ersten Teil verändert worden. Dem *Codex Theodosianus* habe ein verändertes System zugrunde gelegen, weil die politischen Verhältnisse sich im Sinne des spätantiken Absolutismus verändert, zu einem höheren Anteil des öffentlichen Rechts geführt und dessen Einfluss auch im Privatrecht verstärkt hätten. So sei es zu einer Rückführung von Materien in den zweiten Teil gekommen. Justinians Codex erweise sich als eine Mischung aus beiden Systemen. Im Codex seien alle Materien der Gegenwart aufgenommen worden, in den Digesten nur wenig öffentliches und kein kirchliches Recht.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Es ist ein großes Panorama, das in dem Buch ausgebreitet wird. Die Beiträge sind davon geprägt, die Erforschung der Individualität der römischen Juristen und damit eine weniger beachtete Ebene der Überlieferung des römischen Rechts in ihrer Bedeutung herauszustellen. Diese Untersuchungen scheinen mir einen wichtigen Aspekt zur Erforschung der Rechtstexte beizusteuern. Ein Grundproblem der wissenschaftsgeschichtlichen und zugleich wissenschaftspolitischen Argumentation besteht aber in der Gleichsetzung einer Geschichte der Dogmatik mit einem Wahrheitsanspruch oder mit dem Anspruch, ein monolithisches klassisches Recht als Ideal zu ermitteln. Der Reiz des römischen Rechts liegt in der Erforschung einer Vielzahl von Aspekten, bei denen aber die Bemühungen um eine kohärente Systematik nicht vernachlässigt werden sollten. Folgt man den Hinweisen in den Quellen, dass die römischen Juristen verschiedene Erklärungsmuster für ihre Rechtsordnung und für deren Weiterentwicklung zugrunde gelegt haben, kann man sich von dem Feindbild der Geschichte zeitloser Dogmen lösen. Flexibilität und Anpassungsfähigkeit waren dem römischen Recht auch aufgrund seiner verschiedenen Schichten eigen. Das prätorische Recht spielte für mehrere Jahrhunderte eine wichtige Rolle. Das Konzept des *ius gentium*, das von seinem Allgemeingültigkeitspotential lebt, wäre in das Bild einzuordnen, unabhängig davon, ob es aus einem Naturrechtsgedanken gewonnen wurde oder auf einer zivilisationsrechtlichen Grundlage aufgebaut war. Geschichtlicher Entwicklung unterlag auch dieses Element, wie die Lektüre der Juristenschriften belegt. Die Schriften laden mit der selbst gepflegten Geschichtlichkeit, den Kontroversen und den Kompromissen *(mediae sententiae)* dazu ein, Entwicklungen nachzuzeichnen, Individualitäten zu beschreiben und eine historische Kontextualisierung zu leisten. Der Nutzen einer planvollen Untersuchung von Juristenbiographien und -schriften wird gerade darin liegen können, individuelle Beiträge zu diesem Recht besser zu verstehen und in Denkpfade einzuordnen. Anregungen dazu wären den Arbeiten von Okko Behrends zu entnehmen, die zeigen, wie man eine umfassende Historizität mit einer gehaltvollen Dogmatik und der Erforschung ihrer Geschichte verbinden kann.

■

Damian Augusto Gonzales Escudero

Performance as a New Direction for Legal History*

Julie Stone Peters' book is a novel and provocative contribution to the historical study of law for a number of reasons, ranging from its sources to its methodological approach. It aims to reconstruct the lived experience of and before the law, an aspect that she considers constitutive of Western law but which has yet to be explored in depth in the legal historical literature. It is a gap that she fills with alacrity. This book is the product of the maturation of an intellectual project which the author began more than a decade ago. Given her background in performance studies, law and literature, and law and humanities movements, it is not surprising that this study offers a novel approach to legal history.

This book is based on the idea of performance as a possibility to produce law. Going beyond the written and formulaic traditions that are commonly studied in legal history, the author argues that people's actions also produce law. She rightly

* Julie Stone Peters, Law as Performance: Theatricality, Spectatorship, and the Making of Law in Ancient, Medieval, and Early Modern Europe, Oxford: Oxford University Press 2022, 368 p., ISBN 978-0-19-289849-4

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

does not establish closed concepts of performance nor the derived categories, such as performativity or theatricality. For the author, the performances which produce law are particular behaviors or patterns of behavior that reveal concepts of the ordinary. In this sense, this book proposes constructing legal history as a history of experiences lived in legal arenas that reveal ideas or discourses about the law in specific historical contexts.

The sources for this book constitute a crucial element of this proposal. In the introduction, the author explains that actions, behaviors, gestures, and movements are rarely recorded in legal texts or judicial documents. Therefore, her sources are texts and images that reveal how legal actors used body language, movements in space and time, styles of action, and ideas about these performative actions. Thus, her study is based on reading treatises on rhetoric, understanding them as source for identifying narratives and concepts about behaviors and how to act or perform in legal events. Another type of source she uses is written and pictorial representations of law. Written accounts of public trials or images that represented rhetoric at different historical moments provide ideas and attitudes about performance. For this reason, the author's extensive research and reading of sources is an important contribution to legal history.

This book has six chapters, which I divide into three sections: European Antiquity, the Middle Ages, and the Early Modern Period. The first section consists of two chapters dealing with the classical cultures of antiquity: Greece and Rome, respectively. In the first chapter, which focuses on Greece, the author presents theatricality as a point of discussion on the performance of legal orators in the forums. Looking at foundational texts by Plato and Aristotle, she examines the ambivalent role of theatricality in manipulating emotions. On the one hand, it is a powerful instrument that can provoke changes in judgments; on the other hand, it can become a poisonous agitator stirring up negative passions. In the second chapter, dedicated to Rome, the author shows how the problem of legal performance in the rhetorical work of Cicero and Quintilian is linked to the fact that it is not only a representation technique but also a crucial ethical practice. She reviews these authors' reflections and practical examples – such as Cicero's thoughts on how to carry out an ethical practice of performance *(actio* and *pronuntiatio)* before the forum – and so lays the foundation for the following section (chapters 3 and 4) focused on the Middle Ages, which keeps referring back to these authors.

The third chapter is set at the beginning of a renaissance of lawyers as a professional class (around the 12th and 13th centuries). Traditional narratives of this period hold that medieval rhetorical theorists did not pay attention to forensic oratory or to styles of performance in court and that lawyers were not interested in or used rhetoric. However, Stone Peters shows that lawyers' actions in court (in terms of the use of persuasive techniques in their performances) were a recurring theme in treatises on rhetoric. To do so, she relies on four rhetorical texts – one from the 8th century and the other three from the 13th and 14th centuries – that so far have received little attention by either legal history or modern rhetorical studies. The following chapter builds on the previous one by focusing on the gaps between the normative schemes that prescribed ideals of how a trial should proceed and the actual practices, which deviated from them. It introduces a number of new actors who also participated in these events, such as the crowds at public trials. To illustrate these gaps, she describes the defendants' actions in two criminal trials, one involving heresy and the other witchcraft. With their performances during the public trials, the defendants re-signified the events and sometimes also the results, but always affected the way in which these proceedings were recorded and remembered. From a historical-legal point of view, this part of the book is the most innovative.

The last part is set in the Early Modern Period. Chapter five describes a time in which the number of lawyers and legal professionals had significantly increased, and theaters had become an integral part of urban life. Consequently, it focuses on the parallels established between theaters and courts, actors and lawyers during this period. Humanists throughout Europe turn to the classics of rhetoric, such as Cicero, to discuss the transformation of the courts into centers of entertainment, where justice did not necessarily take precedence over the oratorical tricks of the lawyers. The sixth and final chapter focuses on how the education of students comprised not only the skills required to become a lawyer, but also the practical training on how to look and act like one.

Throughout the chapters, the book focuses on the performance of actors in judicial contexts, either the performance itself or the training to

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

act in these contexts. One could criticize that the analysis does not consider other broader facets of legal practice. Two readily come to mind: inside the courtroom, when the performance did not consist of lawyers developing arguments or judges deliberating and judging but, for example, lay in the delivery of testimonies. Outside the courtroom, another possibility would be the actions of notaries (in and out of their offices) who may have been bound by formalities or rules of conduct. However, there are records of notaries' actions where their performance properly created law. (A minor editorial detail is that on page 100, in footnote 38, a book edited by Armstrong and Kirshner is cited but then not listed in the bibliography.)

Finally, the book invites the reader to take seriously – and indeed commit to – one of the statements made in the introduction: It is possible for people to produce law through their words and actions. We could develop what is presented in this book further by taking the basic elements of the theoretical approach and applying them to other scenarios outside the spectrum of formal political or legal institutions. Similarly, we could look to non-European or to colonial and postcolonial contexts. In this way, this book could mark the beginning of a theoretical renewal of legal history.

■

Caspar Ehlers

Honi soit qui mal y pense*

Ein Buch mit einem solchen Titel erweckt natürlich das Interesse des Mediävisten mit rechtshistorischen Fragestellungen. Und, wie es sich gehört, beginnt man mit der Lektüre am Anfang des Buches. Hier findet sich eine Karte »High Medieval Europe c. 1100« (xiv–xv), die einen schockiert zurücklässt: Straßburg findet man irgendwo in Burgund, Bamberg weitab östlich vom Obermain und Forchheim bei Augsburg, Hersfeld ist an der Ortslage von Frankfurt am Main, Worms südlich von Köln am Rhein, und Köln selbst sowie Aachen, Lüttich und Brügge sind rechtsrheinisch und vom Fluss entfernt eingetragen, Hamburg liegt in Holstein weitab von Elbe und Nordsee, das Weserkloster Corvey befindet sich in Niederlothringen. Nahezu alle Orte sind falsch zugewiesen (Orléans westlich von Paris statt südlich, Compiègne in der Normandie, Prag in Polen unweit von Gnesen, vermutlich ist Posen gemeint).

Von diesen geographischen Unstimmigkeiten leicht betrübt, wendet sich der Rezensent dem Text zu. Der Verfasser stellt einleitend die entscheidende, aber nicht neue Frage, wie man dem nahe kommen könnte, was die Zeitgenossen über das Königtum dachten, und wie wir ein Verständnis für das Zusammenspiel von Norm und Praxis gewinnen können (11). So will er sich auf das »interplay between rulers and ruled« konzentrieren, zumal die persönlichen Ansichten eines Königs diesbzgl. schwer zu ergründen seien (12). Nach einem Exkurs über die Kategorisierung der schriftlichen Quellenüberlieferung und der darin gründenden Problematik, was als Norm, was als Praxis und was als Idealvorstellung anzusprechen sei, zieht Weiler einen Bogen in die politische Gegenwart. Ähnlichkeiten und Parallelen zu heutigen Zeiten dürften nicht über die Ferne des Mittelalters hinwegtäuschen, auch wenn die Echos der Vergangenheit zu hören seien (21).

Das Buch gliedert sich dann in fünf Teile. Es geht um die »Grundlagen«, die »Schaffung des Königtums« (»Creating Kingship«), die »Nachfolge«, die »Wahl« und die »Inauguration«.[1] Der Untersuchungszeitraum – von 950 bis 1200 – macht bei dieser Einteilung neugierig, denn jene Periode sei »pivotal in the development of that political

* Björn Weiler, Paths to Kingship in Medieval Latin Europe, c. 950–1200, New York: Cambridge University Press 2021, 300 S., ISBN 987-1-316-51842-7

1 Übersetzungen ins Deutsche hier und im Folgenden vom Rezensenten.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

culture«, in der die Macht von Königen innegehabt worden sei. In diesen zweieinhalb Jahrhunderten habe sich in politischen Systemen die Sitte verbreitet, dass Herrscher im lateinischen Westen sich als Könige titulierten bzw. von anderen so genannt wurden (1 f.). Mithin geht es auch um das Phänomen, das der Münchner Mediävist Rudolf Schieffer 2013 unter dem Titel *Christianisierung und Reichsbildungen* für den Zeitraum 700–1200 erörtert hat[2] – überraschenderweise fehlt dieses Buch in Weilers Bibliographie und auch in den Anmerkungen, obgleich er sehr zahlreich deutschsprachige Literatur rezipiert hat. Ein Schelm, wer Böses dabei denkt. Böswillig wäre es jedenfalls, eine Konkordanz beider Werke zu erstellen, denn bei gleichen Quellen sowie eigenen und fremden Forschungsvorarbeiten ist es durchaus möglich, auf ähnlichen Wegen zu neuen Einsichten zu gelangen.

In der Einführung zum ersten Abschnitt benennt der Verfasser die prägenden Rahmenbedingungen seines Vorhabens: die Konkurrenz zu Byzanz, die Rolle des Christentums und der einhergehenden Latinisierung (auch des Wissens), das Entstehen politischer Strukturen in neugebildeten Königreichen und ihrer Regierungspraxis, der Wandel in den Wirtschaftsformen und das Hinzukommen beteiligter Akteure an der Herrschaft (25–38). Daran anschließend folgen die »grundlegenden Texte« (39–63), die »Bibel, die Klassiker und die Kirchenväter« und die »mittelalterlichen Leser«, worunter die Zielgruppen der zeitgenössischen Autoren verstanden werden.

Der zweite Abschnitt »Creating Kingship« (65–115) versammelt in zwei Kapiteln (»Becoming King« und »Conferring Kingship«) Überlegungen zu den Stichworten »framework, place and players«, was so von der bisherigen Forschung nicht berücksichtigt worden sei (65). Weiler konzentriert sich unter der Überschrift »The Emergence of Kingship« (67–77) auf die jüngeren Königreiche in Europa seit der Wende vom 10. zum 11. Jahrhundert, die Anliegerländer des ehemaligen Frankenreiches bzw. von Byzanz, behandelt dann eingehender den Akt von Gnesen und den Herrschaftsantritt Rogers von Sizilien jeweils anhand der Quellen wie der Forschung. Die »Übertragung der Königswürde« (95–115) wird unter dem Aspekt der Akteure (»Päpste, Kaiser und mächtige Nachbarn« sowie »Höflinge, Adlige und Bischöfe«), folglich einer Trennung zwischen Innen und Außen, untersucht.

Im dritten Abschnitt (117–225) geht es um die Regelung der Nachfolge als notwendige Konsequenz eines stabilen Königtums im Gegensatz zu einer einmaligen Episode sowie die damit verbundenen »norms and expectations« mit einem transeuropäischen Blickwinkel (117). Begonnen wird mit dem Herrschaftsübergang von Konrad I. auf Heinrich I. als ostfränkisch-deutsche Könige im Dezember 918 und dessen Folgen (121–124). Die Funktion von »Memoria, Kontinuität und Frieden« und von »Krise, Eignung und Recht« werden wieder anhand der jüngeren europäischen Königtümer mit Rekursen auf das genannte ostfränkische Exempel erläutert (124–143), wie auch die »Nachfolge als moralischer Prozess« in Polen um die Jahrtausendwende (143–150). Dass die Normen zur Disposition stehen konnten, wird am Beispiel Heinrichs I. von England im ersten Drittel des 12. Jahrhunderts erläutert (150–159). Einen Einfluss hätten auch die Leute um den König sowohl vor als auch nach dessen Tod gehabt (160–164).

Das zweite Kapitel dieses dritten Abschnittes handelt von der Designation eines Nachfolgers (165–225), »succession was a process, not an event« (165). Folgerichtig geht es um »das Versprechen der guten Herrschaft« (166–177) bei Designation und Krönung noch zu Lebzeiten des Vaters und das »Training for Kingship« (177–195) bzw. die Erziehung zum Ritter und die Verheiratung des Designatus (195–213), wobei der weite Blick auf die lateinischen Königreiche Europas gerichtet ist. Eine Ausnahmesituation stellte hingegen die »Deathbed Designation« dar (213–225), für die Weiler diachrone und Räume übergreifende Beispiele anführt, wobei er auch Wünsche oder Anweisungen für die Nachfolge im Angesicht des Todes berücksichtigt und auch sonst den Begriff gedehnt auslegt. Er folgert: »There also was no certainty that a favoured successor would indeed be chosen by the great men of the realm.« (225) Warum Friedrich I. hier als Beispiel für die Verweigerung der Großen, seinen Wunschkandidaten zu

2 Rudolf Schieffer, Christianisierung und Reichsbildungen. Europa 700–1200 (C. H. Beck Geschichte Europas), München 2013.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

wählen, herangezogen wird, bleibt dem Rezensenten schleierhaft, denn Designation, Wahl und Krönung des minderjährigen Sohnes, Heinrichs VI., fanden im Jahre 1169 statt und dieser trat dann auch 21 Jahre später ohne Probleme die Nachfolge Barbarossas an.

Der »Wahl« ist der vierte Abschnitt (227–302) gewidmet und beginnt mit einem Statement: »There could be no king who had not been chosen by the people« (227). Auch hier werden einige europäische Beispiele, vor allem aus dem deutschen Bereich, angeführt und die zeitgenössischen Debatten über eine rechtmäßige – zumeist als einstimmig verstandene – Wahl und über die Eignung des Thronfolgers nachvollzogen (233–258). Der Satz »Elections were both essential and elusive« (259) leitet das zweite Kapitel (»Choosing a King«, 259–302) des Abschnittes ein. Auch hier beziehen sich die Exempel auf denselben politisch-geographischen Raum im Untersuchungszeitraum, und es überwiegen die Quellen zum ›deutschen‹ Reich. Die westfränkisch-französischen Beispiele sind hier die durch Wahl entschiedene Konkurrenz zwischen dem Karolinger Karl von Lothringen und Hugo Capet im Jahre 987 zugunsten des Letzteren (283 und 293) sowie die Wahl Philipps I., des Sohnes Heinrichs I., zum Mitkönig im Jahre 1059 (285).

Der fünfte Abschnitt (303–398) beschäftigt sich mit der Amtseinführung und zeichnet ein Panorama anhand der bereits vom Verfasser eingeführten Königreiche, Quellen und Forschungen. In einem eigenen Kapitel zum »Sakralkönigtum« (338–346) geht er von der in jüngerer Zeit geäußerten Kritik an dem Forschungsterminus aus (Ivo Engels, Johanna Dale) und kommt zu folgendem Schluss: »Sacrality ultimately meant that the right order of the realm was preserved. It did not set the king apart from his people, but reinforced the bonds between them« (345 f.). Kursorisch streift er den Investiturstreit und die Frage nach der Königssalbung, empfiehlt, »den Quellen zu folgen«, ohne sie freilich anzuführen, und bietet stattdessen eine beliebige Reihung von Forschungsnachweisen (344, Anm. 164), um sich dann der Anthropologie zuzuwenden. Dass Marc Bloch im Literaturverzeichnis unberücksichtigt bleibt, überrascht daher nicht, zumal dem französischen Königtum im gesamten Buch eine geringe Rolle zukommt.

Da keiner der fünf Abschnitte eine geeignete Zusammenfassung bietet, ist man auf Weilers Conclusio (399–411) gespannt. Doch man wird enttäuscht, denn nichts Neues wird geliefert, es bleibt bei Plattitüden (»Paths to kingship were therefore not the ruler's alone to tread. His relatives, teachers and followers guided him along the way«, 401; »King-making could take several years«, 403; »Because it created a framework, not a template, high medieval thinking about power could easily accommodate with change«, 405; »Anyone holding power would be held accountable for his actions before God«, 408; und so fort). Am Ende der Zusammenfassung betont der Verfasser die Vernetzung der hochmittelalterlichen lateinischen Welt in Europa, den Austausch von Waren, Ideen und Diskursen sowie die Frage nach Norm und Praxis im Allgemeinen: »Now that we have a better sense of the extent to which kingship was a transeuropean phenomenon, we can begin to place it in a broader global content.« (411, letzter Satz des Buches). Eine Idee, ein Vorschlag? Angesichts der zahlreichen bereits erschienenen Arbeiten zu der Thematik bleibt ein etwas verwirrter Rezensent zurück, zumal das oben genannte Buch von Schieffer, das immerhin acht Jahre zuvor erschienen ist, viele der Gedanken bereits ausgebreitet hatte.[3]

So bestätigt sich leider der Eindruck, den die eingangs erwähnte Karte hinterlassen hat: materialreich, aber ohne nötige kontrollierende Übersicht zusammengestellt. Zumindest ist der Ort St. Andrews in Schottland korrekt eingetragen, dessen Bischof zweimal erwähnt wird (318 und 329). Hier befindet sich die Alma Mater des Verfassers. Vielleicht hätte auch München eingetragen werden sollen, aber das gab es um 1100 noch nicht, wohl aber um 1200.

■

3 Schieffer (Fn. 2) 309, die bessere Karte ebenda 310–311 und in Länge ausgeführt 312–324.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Christoph H. F. Meyer

References in the Vineyard of the Legal Text*

At the turn from antiquity to the Middle Ages, Isidore of Seville (c. 560–636) knew of special signs in the margins (*Etymologiae* I,XXI,28) that indicated that an explanation of the word or verse indicated could be found at a later place marked by the same sign. Already in antiquity, such cross-references were used to relate passages to each other in order to better understand difficult texts. About half a millennium after Isidore, in the 12th century we encounter similar aids, such as the so-called ›red signs‹, as part of the so-called ›renaissance of jurisprudence‹.[1] Apart from internal references, these texts also contained references to passages in other legal texts.

However, such phenomena are not peculiar to the learned laws. A first, though not comprehensive, insight into the »reference cultures of the Middle Ages« is provided by a slim volume edited by the two Germanists Sabine Griese and Claudine Moulin. The book focusses on the High and Late Middle Ages and begins with an introduction written by the editors (Sabine Griese / Claudine Moulin, »Verweiskulturen – eine Einleitung«, 7–21). This is followed by four essays on individual topics. Stephan Dusil (»*Require retro … require in antea* … Verweiskulturen im mittelalterlichen Recht am Beispiel des *Decretum Gratiani*«, 23–46) deals with references in medieval law using the example of the *Decretum Gratiani*. Nikolaus Henkel (»Verweisen aus der Sicht der Wissens- und Bildungsgeschichte. Sebastian Brants *Narrenschiff* und die *Stultifera navis*«, 47–85) deals with the phenomenon in question in the German and Latin versions of Sebastian Brant's *Ship of Fools*. By contrast, Diana di Segni (»Die Marginalien in der handschriftlichen Überlieferung des *Dux neutrorum* von Moses Maimonides«, 87–103) considers marginalia in the manuscripts of Moses Maimonides' *Dux neutrorum*, while Markus Späth (»Eine Verweiskultur in Wachs. Siegel als Medien sozialer Zuordnung und Distinktion im Spätmittelalter«, 105–139) examines late medieval seals as a form of reference. The volume concludes with a list of authors, several colour illustrations of manuscripts, prints and seals as well as two indices: the first of names, places and topics, the second of manuscripts, prints and objects (141–165).

From the perspective of legal history, the introduction and Dusil's essay are of particular interest. In their introduction, Griese and Moulin start with the general phenomenon of referencing and then approach the focus of the anthology, namely the script-based »reference systems« of the Middle Ages (8), using, among other things, a number of illustrative examples. In this context, the authors also discuss their approach (13–14), which in particular includes the idea »that practices of referencing can only be meaningfully understood in their functionality at the specific historical location of a work or object« (14). The starting point for answering the question of the function of references are thus the primary sources, from which a multifaceted picture emerges – also indicated by the plural in the book's title: »cultures of reference«. The alternative of approaching the topic theoretically is mentioned in connection with the concept of intertextuality; however, it is not pursued, since the editors estimate that such an approach would yield few results. After this methodological clarification and an overview over the following essays (14–19), Griese and Moulin conclude with some general observations on referencing and its significance in the medieval orders of knowledge (19–20).

Following the introduction, Stephan Dusil takes a detailed look at references in medieval (canon) law. The focus of his essay is the *Decretum Gratiani*. First, however, he offers an introduction (23–26) based on German legal sources of the 13th and 14th centuries. At the end of this section, he defines *Verweise* comparatively broadly as »reference[s] to a passage in the same manuscript, to

* Sabine Griese, Claudine Moulin (eds.), Verweiskulturen des Mittelalters (Wolfenbütteler Forschungen 167), Wolfenbüttel: Herzog August Bibliothek 2022, 165 p., ISBN 978-3-447-11684-8

1 Gero Dolezalek, Rudolf Weigand (1983), Das Geheimnis der roten Zeichen. Ein Beitrag zur Paläographie juristischer Handschriften des zwölften Jahrhunderts, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung 69, 143–199.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

another legal text or to another subject matter« (25). Dusil lists various forms of references: a) implicit references, where the reader himself makes a reference to another text, b) explicit references (signalled by words like *infra*, *supra*, etc.), c) references that do not originate from the text's ›author‹ but have been added later, and d) visual, non-textual references.

Armed with the tools thus devised, the author approaches the *Decretum Gratiani*, which can be addressed equally as a collection and as a textbook of canon law. The work is traditionally attributed to the monk Gratian, and according to the current state of research it was produced in two redactions – the first roughly between 1120 and 1140, the second in the first half of the 1140s – and continued to be supplemented until the end of the 12th century. The *Decretum* is of great historical importance because Gratian's teaching based on it led to two key developments in Bologna: the emergence of a law school and of a canonistic literature based on the *Decretum*, which spread to other parts of Europe from the 1150s onwards. Closely connected to the emergence of the science of canon law was the rise of the canonists, who were to have a decisive influence not only on the development of ecclesial but also of secular law in the following centuries.

In the main part of his essay, Dusil first considers (26–37) Gratian's *Decretum* in its capacity as a »medieval textbook of canon law« (26). Here, he discusses the so-called *dicta Gratiani* contained in the two redactions, which explain the authorities contained in the *Decretum*. As in older collections of canon law, the number of implicit and explicit references in the *Decretum Gratiani* is limited. While the former refer in particular to the canonical tradition and can determine the structure of the *Decretum*, the explicit textual references have two main functions. They are mostly used to avoid the repetition of a chapter listed elsewhere. Only occasionally do they serve to relate content dealt with in different chapters to each other and thus contributed to a deeper intellectual analysis of the authorities. This finding with regard to the references' function – which reveals continuity rather than a radical break with the pre-Gratian collections of canon law – corresponds to the findings regarding their quantity. Thus, in the first redaction, there are just 13 explicit references in the *dicta Gratiani*, and 29 in the second redaction (35).

In contrast, a real quantum leap began with what Dusil calls the *ergänzte Verweise* (»added references«, 37–44). They are found in the glosses that were entered in various layers in the margins of the *Decretum Gratiani* from about 1150 onwards and finally found a permanent context of transmission in the *Glossa ordinaria* to the *Decretum* compiled by Johannes Teutonicus (after 1215) and revised by Bartholomaeus Brixiensis (1234–1241). The importance of the glosses for Dusil's object of study lies above all in the combination of canonical reflections with references, whether to (other) passages of the *Decretum Gratiani* or to other texts, and especially to legal sources, which were indicated in a highly abbreviated form with the help of *allegationes*.[2] In contrast to the visual references (44), which are only briefly discussed, the references contained in glosses became a mass phenomenon within a few decades from the middle of the 12th century onwards, marking the real break with the world of pre-Gratian collections of canon law. In the middle of the 12th century, as Dusil's summary (44–46) states, »a principally new access to normative texts emerged through references« (44). Of particular interest here is an observation pointedly formulated by Dusil on the functional significance of this process: the linearity of the pre-Gratian collections of canon law and to some extent also of the *Decretum Gratiani* was replaced by the relationality of *allegationes*. Allegations and the references not only created a network connecting works such as the *Decretum Gratiani* or the Digest; they also led to the emergence of a new networked legal knowledge that succeeded the old linear one (44).

So much for the content of the parts of the collective volume that are of particular interest to

2 Hermann Kantorowicz (1935), Die Allegationen im späteren Mittelalter, in: Archiv für Urkundenforschung 13, 15–29. See also Melodie H. Eichbauer / James A. Brundage (2023), Medieval Canon Law. Second edition, Oxford, 164–172. Paucaplea, allegedly Gratian's first pupil, is said to have already entered such references as glosses in the *Decretum*. See The Summa Parisiensis on the Decretum Gratiani, ed. Terence P. McLaughlin, Toronto 1952, 1 (D. 1 c. 1 v. *fas*).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

legal historians. Looking at the volume as a whole, it is first of all commendable that the editors have made references the subject of discussion at all. Equally welcome is their decision to approach the subject from the perspective of the sources rather than theory. Once concrete findings have been elaborated, the question of the theoretical basis for understanding them (e. g. intertextuality) can be answered with incomparably greater benefit for medieval studies.

If the collective volume as a whole deserves recognition, this applies all the more to Dusil's contribution. It is true that authors have dealt with canonistic references before, but this was done within the framework of the history of the sources of canon law. By contrast, Dusil largely breaks new ground with his cultural-historical approach. Even though the study of the *Decretum Gratiani* yields only limited conclusions about medieval law as a whole, Dusil's article offers important insights that should inspire further work. These include the distinction between the different types of references, the observations on the *dicta Gratiani* and the decretistic glosses, as well as the important point regarding the new kind of networked legal knowledge that emerged through glosses and references. Further research would be desirable in this area in particular.

It would also be worthwhile to examine the cultural context of the phenomenon more closely. Regardless of which form of references one considers, they draw attention to an essential activity of the (learned) jurist, namely the intensive work with texts. This focus was not limited to legists and canonists in the 12th century but was in line with the times, more precisely with scholasticism. This has already been pointed out some time ago. We need only recall Ivan Illich's study of early scholastic text culture (»In the Vineyard of the Text«) and Rolf Schönberger's reference to »thinking along the text« as a characteristic of scholasticism.[3]

Particularly with regard to working with texts, however, the limits of the practice of referencing also become apparent, as the example of the *allegationes* shows. The great advantage of *allegationes* lay in the short and precise indication of where a certain passage could be found in the individual parts of the *Corpus Juris Civilis* and the *Corpus Juris Canonici*, in the *Lombarda*, the *Libri Feudorum* or the *Glossa ordinaria*. This information, however, had a serious disadvantage for outsiders, since it was based on a system of abbreviations that even educated non-lawyers found difficult to understand and even more difficult to apply themselves. A scholar like Dietrich of Nieheim (c. 1345–1418), who had studied canon law himself but without earning a degree, therefore saw fit not to make more extensive use of allegations with a view to the judgement of the doctors of both laws, and to rely instead on theological and moral arguments.[4] The exclusionary effect of the *allegationes* was not entirely inconvenient for the jurists, but it limited the scope and impact of their own argumentation in the debates with members of other disciplines.

As time went on, however, the use of *allegationes* brought problems even among jurists. In order to understand this development, one must once again recall the function of the respective references. It originally consisted of providing an indication of where the reader could find additional material to better understand a specific passage in a legal text such as the *Decretum Gratiani*. However, the more the number of such references grew, the more difficult it became to follow them up. The late medieval reader was therefore often confronted with an impenetrable forest of *allegationes*. As many of them were used to back up the author's view, the impression could arise that such pieces of information primarily served his self-promotion.[5] But if *allegationes*, especially those in glosses, seemed to have become a kind of learned ornamentation, was it not then logical to return to focussing on the legal text itself once more? Such considerations are occasionally found as early as the Late Middle Ages and were especially common among 16th-century humanist jurists *(mos gallicus)*. However, even if the *allegationes*' retreat had al-

3 Ivan Illich (1996), In the Vineyard of the Text. A commentary to Hugh's Didascalicon, Chicago / London; Rolf Schönberger (1991), Was ist Scholastik? (Philosophie und Religion 2), Hildesheim, 83.

4 Achim Funder (1993), Reichsidee und Kirchenrecht. Dietrich von Nieheim als Beispiel spätmittelalterlicher Rechtsauffassung (Römische Quartalschrift für christliche Altertumskunde und Kirchengeschichte, Supplementheft 48), Freiburg / Basel / Wien, 102–103.

5 This applies not only to jurisprudence but also to other disciplines, such as Exegesis. Cf. Jean Gerson, In Marc. I. 2 (89), in: id., Œuvres complètes, ed. P. Glorieux, vol. 3, Paris / Tournai / Rome / New York 1962, 26–36, 28.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

ready begun by this time, in the form of glosses they would continue to determine the appearance of many legist and canonist prints until the first half of the 17th century.

If one looks back from the end points to the beginnings of the development, this edited volume offers a good entry point to deal with an important aspect of the relationship between law and text in the Later Middle Ages in more detail. *Vivant sequentes*!

■

Toomas Kotkas

What's the Point in Quantifying Legal Codifications?*

Swedish medieval provincial law codifications *(landskapslagar)* and royal law codifications *(landslagar* and *stadslag)* have been the object of legal historical research for almost two hundred years now. A total of 13 provincial law codifications and 3 royal law codifications that date back to the 13th and 14th centuries have been preserved for posterity (some only partially). The law codifications were first published in original old Swedish by C. J. Schlyter in a thirteen-volume compilation called *Samling af Sveriges Gamla Lagar* (1827–1877). It was not until the 1930s and 1940s that the provincial law codifications were translated into modern Swedish by Åke Holmbäck and Elias Wéssen in a five-volume compilation, *Svenska Landskapslagar* (1933–1946). In 1962, their translation of Magnus Eriksson's Law of the Realm, *Magnus Erikssons landslag i nusvensk tolkning*, was published. Four years later, in 1966, they also published a translation of Magnus Eriksson's Town Law, *Magnus Erikssons Stadslag*.

These Swedish medieval codifications have been studied not only from a legal historical point of view but also, for instance, from the point of view of cultural history, social history and linguistic history. Despite different approaches, there have been a few general research themes that all historical research has been interested in. These are, among others, the question about the chronology of the provincial law codifications, i. e. which of the codifications are older and which more recent. Furthermore, historians have been interested in the question of regional characteristics of the provincial codifications, i. e. whether the codes can be divided into larger groups according to their geographical origin. Indeed, from early on, scholars have divided the codifications into ›southern region‹ *(Götaland)* and ›northern region‹ *(Svealand)* codifications.

Fredrik Charpentier Ljungqvist is Professor of History (esp. historical geography) at Stockholm University. He has previously studied historical climatic changes, plagues, and harvest yields in Sweden and in Scandinavia. Ljungqvist has also studied Nordic medieval law especially from the point of view of royal powers. In this regard, the present book is a natural continuation of his previous work.

In this book, Ljungqvist sets himself the following, more general, research aim: ›to systematically investigate, for the first time, the similarities and differences between ten of the fully preserved medieval Swedish laws (originating between c. 1225–1350) and their legal provisions, through employing mainly quantitative methods‹ (3–4). The similarities and differences between the codi-

* Fredrik Charpentier Ljungqvist, Quantitative Approaches to Medieval Swedish Law, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing 2022, XIV + 209 p., ISBN 978-1-5275-8056-5

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

fications are investigated in regard to four specific themes: length and structure of the codifications (Ch. 3), fields of law in the codifications (Ch. 4), type of law and provisions, i. e. procedural / civil / criminal / public law, and casuistic / abstract provisions (Ch. 5), and legal consequences (Ch. 6). The quantitative methods used in the study are different correlation analyses (Pearson, Spearman, variation, Gini) as well as hierarchal cluster analyses (Euclidean, Ward).

At the beginning of each main chapter, Ljungqvist puts forward four to six hypotheses. These hypotheses are based on earlier research on the medieval law codifications. The aim is to test each hypothesis and either validate or refute them. Of the total of 21 hypotheses, 12 are validated, 5 refuted, and 4 neither validated nor refuted. In chapter 3, for instance, one hypothesis is that the laws tend to get longer over time, both in terms of number of words and number of provisions. This hypothesis was validated based on both the Pearson correlation and the Spearman's rank correlation. The conclusion is that codifications containing more words also contain more legal provisions. This seems obvious but it could also be otherwise; words could increase without the number of provisions increasing – and vice versa. One example of a hypothesis that was refuted is the one in chapter 6, according to which newer codifications contain more provisions on economic punishments than the older ones. The contrary was found to be the case.

One of the main problems of using quantitative methods in the analysis of medieval law codifications – or law codifications from any other period, for that matter – is the question of coding, i. e. how ›objectively‹ the material can be classified according to pre-set codes or parameters. For instance, it is not necessarily easy to decide whether an individual provision belongs to procedural law or criminal law. Or whether a particular provision is casuistic or abstract in nature. Ljungqvist is fully aware of this problem and is open about his methodological choices and coding. This is, of course, how all research should be – transparent.

Notwithstanding the transparency, some choices are nevertheless open for criticism. For instance, in admitting the difficulty of classifying medieval law provisions into only casuistic and abstract ones, Ljungqvist comes up with a third category, ›formal casuistic‹. By this, he refers to legal provisions ›that are drafted in a rather casuistic form, but are clearly intended for a more general application‹ (95). Despite creating this intermediate category, Ljungqvist eventually considers formal casuistic provisions as casuistic law instead of abstract law. This has a direct bearing on the conclusions that he draws – older codifications contain a larger proportion of casuistic law than the newer ones. However, if one were to consider ›formal casuistic‹ provisions abstract law rather than casuistic, the conclusion would be different. In that case, the proportion of casuistic law seems to be more or less the same in all of the codifications (20–30 %, with the exception of 40 % in the *Guta Law*) and thus there would not be temporal differences.

Another example of problems related to coding concerns the question about the differences between the codifications of *Götaland* and *Svealand*. When compared in respect of the proportion of *different fields of law* in the codifications, Ljungqvist claims that the hypothesis that there were distinct differences between these two regions can be rejected. However, he immediately adds that provisions regarding the state, public administration, and property rights and management were more common in the codifications of the northern region (91). He also makes a disclaimer that ›the results in this study in no way preclude the presence of real and significant legal differences between the *Götaland* region and the *Svealand* region in other respects‹ (170). Indeed, if one has a closer look at the provisions *within* different fields of law *qualitatively*, differences start to emerge. For instance, the codifications of the southern region contain far more provisions on slaves and slavery, ›foreigners‹, taking oaths, and outlawry. So, whether we can detect differences between various codifications or not, this eventually comes down to the question of the scale of analysis. If we use a broad scale in studying the codifications, they are more likely to resemble each other. But if we use a smaller, more detailed scale of analysis, differences are more likely to be found.

Despite the problems that I have pointed out in the use of quantitative methods, Ljungqvist's book is an interesting addition to the already existing large body of research on the Swedish medieval law codifications. In regard to the question posed in the title of this book review, in my opinion the obvious answer is that the use of quantitative methods can offer some complementary points of view, but it cannot replace the qualitative study of

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

historical legal codifications, statutes or provisions. Of course, this is not something that Fredrik Ljungqvist would deny. He, too, sees the two methodological paradigms as complementary (36). However, my impression is that quantitative methods could be most useful in the historical linguistical / philological research of medieval law codifications, in which case one could utilize the smallest scale of analysis, i. e. having single words as coded units.

■

Rômulo da Silva Ehalt

The Multilayered World of Medieval Japanese Legal History*

Between the Ōnin War (1476–1477) and the late 16th century, the central Japanese military government lost much of its administrative power. During this transitional period, in which the central government was in the hands of the ever-adaptive Ashikaga shogunate, ephemeral alliances (known in Japanese as *ikki*) were often formed among country warriors, village leaders, farmers, Buddhist monks, Shinto priests, or city folk in order to resist attacks perpetrated by outsiders, neighboring powers, and bandits, as well as other military threats. The result was an intricate system of surviving medieval institutions, emerging local autonomous leadership, and new warlords competing for political power, the ability to resolve conflicts, and the rights to collect taxes throughout the archipelago. Law followed suit, becoming plural and multilayered, with multiple legislative agents operating in a sea of different customary norms and legal texts inherited from previous centuries.

The volume *Muromachi, sengoku jidai no hō no sekai*, edited by Matsuzono Jun'ichirō and published in 2021 by the Japanese publishing house Yoshikawa Kōbunkan, focuses on the legal complexities of the roughly one and a half centuries that encompass the late medieval and early modern period known in Japanese history as the »Warring States Period« *(Sengoku jidai)*. Even though there is no shortage of Japanese textbooks on legal history, this is a rare piece considering its chronological focus and the way it introduces students to current debates in each area. In the introduction, the editor delineates the general aspects and guidelines of the book as well as his views on the role of law, ethics, and custom as normative principles. As in his previous works, Matsuzono searches for ways to understand and conceptualize the various terms and forms of Japanese normativities – particularly the central ideas of *hō* and *ri*, which can be loosely translated as »law« and »principle« – from local sources rather than by comparing and forcefully adopting European legal concepts. Matsuzono's thought process is guided by questions such as: what legislative powers are behind each norm? What norms supersede others? Should written norms be understood as commands or were they the codification of practical or customary rules? Given the lack of simple answers and the absence of clear-cut limits between the various normative orders in force at the time, the book is aimed at presenting state-of-the-art research while pointing students to new research paths in Japanese legal history.

The main topics of the volume are the numerous legislative authorities of the period, the extent of their administrative and enforcing powers, the role of law in various spheres of life, and the general intricacies of the legal systems put in place in the period, with short considerations regarding

* Matsuzono Jun'ichirō, Muromachi, Sengoku Jidai no Hō no Sekai [The World of Muromachi and Sengoku Law], Tokyo: Yoshikawa Kōbunkan 2021, 292 p., ISBN 978-4-642-08397-3

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

previous centuries – including the *Kamakura*, and the *Nanboku-chō* or Northern and Southern Courts periods. With the exception of Matsuzono's four texts (introduction, the first chapter of the first part, the eighth chapter of the second part, and the epilogue), all contributions are by scholars originally specialized in Japanese political, social, economic, and religious history rather than legal history.

The first nine chapters, gathered under the title *Shokenryoku no hō* (»The Laws of Various Authorities«), explore the numerous autonomous administrative levels and normative orders of Japan. These include the laws of the shogunate, norms enacted by shogunate-appointed local governors *(shugo)*, laws by local military leaders *(ryōshu)*, powerful regional warlords and their domanial codes *(bunkokuhō)*, laws governing temples and sanctuaries *(jishahō)*, and village and city ordinances. Chapters such as the ones by Hirai Kazusa, Fujii Takashi, and Goza Yūichi show a keen awareness of the difficulties in defining some key concepts such as *shugo*, local laws and the *bunkokuhō*, with numerous references to significant past contributions to each area. Especially interesting is Kubo Ken'ichirō's contextualization of different orders and norms enacted by local warlords that are not normally classified as codified domanial norms. Moreover, as in all chapters of the book, every author indicates source collections and other materials that might guide students interested in following the proposed research topics. For instance, Koike Katsuya's analysis of temple laws begins with a standard definition taken from the *Kokushi daijiten* (»Great Dictionary of National History«) – which the author uses to structure his chapter – and suggestions of edited compilations of primary sources.

The eight chapters of the second part, *Hō no shoryōiki* (»The Various Areas of Law«), cover classical Japanese legal commentaries, the relationship between law and families, the role of law in medieval economics, war codes, the complex interplay between Buddhism and secular laws, the influence of natural disasters on normative creation, and the transformation of customary norms into written law. Interesting insights and future research topics are put forward by authors such as Mieda Akiko, whose panorama of systems of social division *(mibunsei)* ends by proposing further analysis of the two criteria used in medieval Japanese social taxonomy: whether the individual had an official post *(kan'i)* or not, and if they were a person *(hito)*, a child *(warawa)*, a monk *(sōryo)* or an outcast or non-person *(hinin)*. Other contributions, such as Ikoma Tetsurō's chapter on religion and law, focus on the transformations these topics underwent during the period covered by the book. Although most chapters present general panoramas of their topics, some choose specific examples to enrich their narratives by showing concrete analyses of primary sources, such as in the case of Kawauchi Masayoshi's take on city ordinances, Nishikawa Kōhei's study on law and natural disasters, and Noritake Yūichi's discussion of military norms. The book ends with a chronological table for the main events of Japanese legal history between 1392 and 1590 and an epilogue in which Matsuzono reminds the reader of the many challenges put forward by the chapters, such as the difficulty in analyzing regional differences, and his hopes for future research.

In general, the volume introduces the many ways in which legal texts, especially those from the six-volume compilation of primary sources *Chūsei hōsei shiryōshū*, can be used to further research in each area. All historical terms are accompanied by pronunciation guides *(furigana* or *rubi)*, helping readers unfamiliar with specific terminology. By showcasing the many possibilities of engagement in the intersection of Japanese history and Japanese legal history, this volume evidences a certain degree of openness to the debate that may point to new exchanges between Japanese legal historians and international scholarly debates. Furthermore, the general guidelines of the book in its quest for strengthening Japanese definitions of legal concepts fall in line with calls made by European scholars to emancipate Global Legal History from its Eurocentric notions and explore the creation of new conceptual tools for non-Western legal histories.[1] Certainly, taking the sugges-

1 Thomas Duve, Global Legal History: Setting Europe in Perspective, in: Heikki Pihlajamäki et al. (eds.), Oxford Handbook of European Legal History, Oxford 2018, 115–140, 135.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

tions presented in Matsuzono Jun'ichirō's volume beyond the traditional national borders of Japanese legal history to new areas, such as the study of the contacts between Japanese and non-Japanese normative orders, will require deep reflection on different worldviews, forcing scholars to further develop new conceptual frameworks capable of dealing with the incommensurable distinctions rising from these settings.

■

Caspar Ehlers

Zettels Raum*

Bei dem anzuzeigenden Werk aus der Feder des emeritierten, einst an der Vanderbilt University in Nashville, Tennessee, lehrenden Rechtstheoretikers und Politikphilosophen Larry May handelt es sich eigentlich um das, was im anglophonen Sprachgebrauch als *Reader* bezeichnet wird: eine breit angelegte Übersicht über die Rechtsfelder der Periode der doch nicht so finsteren Dark Ages (1) mit einer entsprechenden Auswahl an Quellen. Es schließt in Aufbau und Format an Mays *Ancient Legal Thought* (Cambridge 2019) an und soll dort bereits angerissene Fragen über die Fortentwicklung des Rechts und des politischen Denkens in der Epoche zwischen dem Ende der Antike und dem Beginn der Renaissance weiterführen (1). Die gewählte Methode »is largely comparative in two senses«: Der Autor vergleicht Ideen von einer Gesellschaft mit Ideen derselben Gesellschaft in einer späteren Zeit sowie Ideen einer Gesellschaft zu einer bestimmten Zeit mit Ideen zum gleichen Gegenstand in einer anderen Gesellschaft derselben Zeit (1 f.) und erfüllt damit die Anregungen Marc Blochs aus dem Jahr 1928.[1] Zugleich will er sich nicht auf ›den Westen‹ beschränken, sondern west-östliche Ebenen des Vergleiches eröffnen (2).

> »In this sense this work is meant to be multicultural and hence we find significant treatment of Islamic legal and political thought as well as that of Indigenous legal and political thought in the Americas and Africa at the end of the Medieval period« (2).

Zu diesem Behufe hat May das Werk in vier Teile und einen Anhang gesondert, die jeweils in Sektionen gegliedert sind: Part A: Germanic Law and Byzantium: Section I. Justice and Jurisdiction, Section II. Legal Personhood and Status, Section III. Criminality: Individual and Collective, Section IV. War and Peace; Part B: Islamic and Canon Law: Section V. Divine and Natural Law, Section VI. Legal Status, Section VII. Crime and Punishment, Section VIII. Justifying War; Part C: English Common Law and Early Icelandic Law, Section IX. Substantive and Procedural Law, Section X. Status, Section XI. Criminal Law, Section XII. International Law; Part D: Neo-Aristotelian Jurisprudence: Section XIII. Natural Law, Equity, and Procedural Law, Section XIV. Status and Criminality, Section XV. International Law; Appendix: Indigenous Law in the Americas and Africa.

Jede dieser Sektionen ist in mehrere Kapitel gegliedert (insgesamt sind es 35), die ihrerseits in einzelne schlagwortartige Unterkapitel eingeteilt sind. So ist das Inhaltsverzeichnis (v–xiii) zugleich auch eine gute Hilfe zur Orientierung innerhalb des Buches, zumal die meist vier Kapitel einen komparatistischen Zugang im Sinne der Einleitung ermöglichen.[2]

* Larry May, Medieval Legal and Political Thought. From Isidore and the Quran to Maimonides and the Incas, New Castle upon Thyne: Cambridge Scholars Publishing 2022, 545 S., ISBN 978-1-5275-7582-0

1 Marc Bloch, Pour une histoire comparée des sociétés européennes, in: Revue de synthèse historique 46 (1928) 15–50. Auch in deutscher Übersetzung in: ders., Aus der Werkstatt des Historikers. Zur Theorie und Praxis der Geschichtswissenschaft, hg. von Peter Schöttler, Frankfurt am Main 2000, 122–159.

2 Das Inhaltsverzeichnis, das hier nicht in Gänze ausgebreitet werden kann, findet sich im Internet: https://www.cambridgescholars.com/resources/pdfs/978-1-5275-7582-0-sample.pdf (abgerufen am 17. April 2023).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Dass Teil A mit »Germanic Law« überschrieben ist und dieser Terminus konsequent angewendet wird, erklärt Larry May damit, dass »barbaric« pejorativ sei, und in diesem Sinne wolle er auch den Begriff »pagan« bei außerchristlichen Religionen vermeiden, »but refer to the various Germanic views of religion« (3). Das Faszinierende an den Germanen sei, dass sie erst nach dem Kontakt mit den von ihnen verdrängten Römern begonnen haben, eigene Gesetze zu schreiben (3 f.), die *Leges Barbarorum* – wie der Rezensent, dem ein verallgemeinernder Germanenbegriff doch suspekt bleibt, sie weiterhin nennen möchte.

Dies waren übrigens die beiden einzigen Anliegen des Autors in der kaum anderthalb Seiten umfassenden Einführung zu Teil A, was sich wiederum mit der Beobachtung deckt, dass die Eigentexte generell recht kurz und auch anmerkungsarm sind. Dieser Befund spiegelt sich im angesichts der umfassenden Thematik recht sparsam ausgefallenen Literaturverzeichnis (518–530), das Quellen und Forschungsliteratur ungetrennt aufführt, wobei die Quellen gegenüber der – rein englischsprachigen Literatur – überwiegen; auch die vor wenigen Jahren auf Deutsch geführte intensive Debatte über den Germanen- versus den Barbarenbegriff scheint nicht rezipiert worden zu sein. Die einzelnen Unterkapitel sind in der Regel nicht länger als drei oder vier Seiten. Sie bieten jeweils mehrere Quellenzitate, die durch Kommentare des Verfassers miteinander verbunden werden, ohne dass sie quellenkritischer oder forschungsgeschichtlicher Kritik ausgesetzt werden. Daher entsteht eher eine Art zitatgestützter Erzählung, bei der die Trennung der Bereiche *legal* und *political thought* nicht immer einfach nachzuvollziehen ist. Die herangezogenen Texte stehen gewissermaßen für sich selbst in einer Art positivistisch-musealer *bricolage*, Fragen nach Norm und Praxis werden an sie nicht gestellt. So entzieht sich das Kompendium durch seine innere Struktur der Möglichkeit einer detaillierten Analyse im Rahmen einer herkömmlichen Rezension.

Über Notwendigkeit und Nutzen eines solchen Florilegiums lässt sich trefflich streiten. Vermutlich als Grundlage für Vorlesungen gesammelte Quellenzitate ergeben einen geordneten Zettelkasten, der durch seine Ausschüttung unter dem flackernden Licht eines Stroboskops durchaus faszinierend wirken kann. Intensive Beschäftigung mit den kurzfristig aufleuchtenden Quellen sowie ihren im Dunkeln verbleibenden Hintergründen inklusive der bisherigen internationalen Forschungen zu ihnen ersetzt dieser *Reader* jedoch nicht. Aber er regt an, wie der Besuch einer Ausstellung mit Zitaten statt Bildern, und das ist nicht wenig.

■

Kyriaco Nikias

Legal Sources from the Venetian East*

The Venetian administration in its eastern colonies has endowed historians with an extensive and varied supply of documentary evidence produced by busy and precise functionaries. Among these, certain kinds of documents have attracted more attention than others, and perhaps none more than the famous embellished reports given in Venice by patricians retiring from their colonial postings (the *relazioni*). While many series of the more popular sources have made their way into published edi-

* Nikos E. Karapidakis (ed.), Διατάξεις Λειτουργίας του Συμβουλίου της Πολιτείας της Κέρκυρας, 1422–1797 / Libro d'ordini del Consiglio della magnifica Città di Corfù, 1422–1797 (Βιβλιοθήκη των Γενικών Αρχείων του Κράτους 38), Athens: Εθνικό Τυπογραφείο 2021, 699 p.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

tions, the records of the colonial administrations themselves and of the local political organs have largely remained unpublished. In reflection perhaps of the predominantly social interests of the historiography, the legal sources have generally been somewhat neglected. By consequence, the literature has become complacent with rather vague conceptions of the complex legal and political structures which maintained Venice's power over its distant colonies. The promotion of legal evidence would do much to improve the situation. This review considers a new edition of a compilation of laws from Venetian Corfu. As the first publication of local laws from the Venetian East (the *Levante*), it promises to be of great interest to the historiography of the region and to colonial legal history generally.

The competence of local lawmaking in the Venetian colonial polities *(reggimenti)* was not monopolised by a single organ. Laws were made not only by the councils *(consigli)* comprised of the local citizens *(cittadini)*, but also through decrees of the Venetian officials, both those posted to one jurisdiction (e. g. *bailo di Corfù* or *provveditor di Zante*) and those supervising whole regions (e. g. *provveditori generali in Dalmazia e Albania* or *da Mar*).[1] By the 18th century, successive administrations of what had become the three main colonies in the East (the *tre isole di Levante*: Corfu, Cephalonia and Zante) had inherited large bodies of local laws made by the various competent bodies. These were compiled by colonial officials into series of edited copies *(copiarii)* which relieved the administrators of the need to consult the dispersed original acts. Some forensic research at Venice and Corfu has sought to trace the compilations of laws which had once formed the basis of the archive of the *provveditori generali da Mar* based at Corfu.[2] A collection of decrees and local regulations had been commissioned by the *provveditor general* Francesco Grimani in 1760 to ease the work of his successors by providing them with an alphabetically ordered repository of legal authorities. While the fate of this *Compilazione delle Legge per il Levante* remains unclear,[3] collections of smaller scope have survived. The laws of Cephalonia *(Ordini di Cefalonia)* survive in two manuscripts of 1786 held at the State Archives at Athens and others at the Archivio di Stato di Venezia (ASV) and the Biblioteca Marciana.[4] Those of Zante must be reconstructed from citations of the *libri degli ordini* in the major 19th-century literature, and from the copies held at the ASV, as the local archive was destroyed in 1953.[5] Among the equivalent collections from Corfu is a compilation of acts of the local council, the *Statuti del Consiglio della città di Corfù*, which has now been published in a new edited volume by Nikos E. Karapidakis.[6]

The present series of laws from Corfu was compiled by at least two hands, the first being the *cancellier* Stelio Calogerà around 1715–1717, whose collection was later extended to 1797 by at least one unnamed hand whom Karapidakis dates to the years after the fall of Venice (28–29). The 322

1 See G. Pojago, Le Leggi municipali delle Isole Jonie, vol. I, Corfu 1846, 5–6.

2 P. Tzavara, S. Karydis, Τὸ ἀρχεῖο τῶν γενικῶν προβλεπτῶν θαλάσσης, Athens 2012, 25–26, 47, 125.

3 Ibid., 86, and generally 59–86.

4 Γενικά Αρχεία του Κράτους – Κεντρική Υπηρεσία, Mss. 20 and 229. The manuscripts are similar but not identical. While Ms. 229 is the apparently nicer manuscript and would appear the more final copy, it often contains declared omissions where the text is more complete in Ms. 20. Another series is in: Archivio di Stato di Venezia (ASV), Archivi propri dei rettori, provveditori e altri pubblici rappresentanti, b. 2, *Ordini di Cefalonia* (uncatalogued). The same *busta* contains a manuscript of identical binding entitled *Ordini di Cerigo*. I owe thanks to Prof. Maria Fusaro for help in locating this fond. Another collection of Cephalonian laws is in: ASV, Compilazione delle leggi, I serie, b. 126. Copies of 16th-century laws relevant to Cephalonia are assembled in a manuscript at the Biblioteca Marciana: cod. It. VII, 1534 (=7839). See also G. Pojago, Le Leggi municipali delle Isole Jonie, vol. II, Corfu 1848, 411–472 (Leggi municipali di Cefalonia).

5 See M. Kolyva-Karaleka, Il »Memorial di tuti libri di Camera di Zante« (1498–1628). Problematica sulla ricostruzione dell'»Archeiophylakeion« di Zante, in: Studi Veneziani 13 (1987), 301–337. The copies are held in two bound volumes deposited apparently by functionaries of the *provveditori* and now located at the end of the series of dispatches: ASV, Senato, Dispacci dei Rettori, Zante, bb. 30 and 31, »Ordini della Cancelleria della Comunità«. See also the documents compiled in ASV, Compilazione delle leggi, I serie, b. 378. See also G. Pojago, Le Leggi municipali delle Isole Jonie, vol. II, Corfu 1848, 276–408 (Leggi municipali di Zante).

6 ΓΑΚ – Αρχεία Κέρκυρας, Ενετοκρατία, f. 95. A compilation of laws beyond those relevant to the council is held in: ASV, Compilazione delle leggi, I serie, b. 154. See also G. Pojago, Le Leggi municipali delle Isole Jonie, vol. I, Corfu 1846, 17–447; vol. II, Corfu 1848, 3–273 (Leggi municipali di Corfu).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

entries mostly span the 17th and 18th centuries, with four dating to the 16th and just two to the 15th. With the exception of formulaic legalisms and decisions of high Venetian magistrates like the *avogadori de comùn* (or *advocatores communis*, e. g. 336–337) which appear in Latin, the entries are in the Venetian dialect and their construction exhibits the general characteristics of Venetian legal style.

A catalogue of entries (587–605) allows comparison of the matters to which the orders, decrees, and regulations are addressed. The presentation of the entire series of legislation here reveals certain trends in Venetian administrative practice as they manifest in the colonial apparatus. An imperial concern over the management of local power is represented by increasing regulation of the institutions through which the local elites participated in government. Among these were the council *(consiglio)* and the smaller *conclave*. The legislation shows a trend towards the codification of these bodies' procedures and powers, which represents a Venetian hold on local power. The dissatisfaction of the Venetian administrators with the execution of local elections for the council and various offices was perhaps the most common cause of regulatory intervention, such as in a prohibition of the abuse of influence in electoral politics (63, cf. 82–83, 107–109). Another, and related, mechanism of control was the institution of the fabled register of noble births *(libro d'oro)* following the model of the class system of Venice proper (61–62). Other regulations concern the election of offices from the members of the council (*giudici*, *sindici*, *censori*, etc.: 102–104, cf. 484–491), who comprise an arm of the colonial apparatus filled by local elites (which remains to be seriously studied for any of the Ionian islands). Further insight into the function of the local organs is given by examples of regulations made by the council itself (e. g. 376–381) and by the *conclave* (e. g. 503–512).

Following the transcribed documents, the second significant part of this volume is a glossary of technical terms relevant to the legal and political structures of the Corfiote administration. Since these reflect a common Venetian political vocabulary, the glossary is not merely an aid of relevance to the Corfiote *Ordini* here, but useful for sources from throughout the empire.

The collection of laws from Corfu in this volume represents just one local example of a more widely adopted practice of collation and ordering that characterised Venetian administration with increasing intensity throughout the 17th and into the 18th century. The project of assembling an exhaustive compilation of laws not only from Venice proper but of the many colonial *reggimenti* was begun in 1662 by the ambitious Marino Angeli. The project was never completed, but the dispatches of relevant material sent from all corners of the empire remain in a large fond at the ASV organised after Angeli's schema.[7] This practice may be seen as part of the trend towards the modernisation and systematisation of Venetian lawmaking, though it would never take the form of the kind of systemic codification of the early 19th century. The publication of the present volume, while necessarily representing the more confined scope of one jurisdiction and its local organs, now makes accessible evidence for the transmission of this trend in lawmaking to the administration of the eastern colonies. A study of the substance of the acts contained here will allow insight into the evolving structures of colonial rule, while close consideration of their subjection to a process of collection and ordering will itself make clearer the precise function of lawmaking among the technologies of colonial government.

■

7 ASV, Compilazione delle leggi, I serie, b. 126 (Cefalonia), b. 154 (Corfù), b. 340 (Santa Maura), b. 378 (Zante). See catalogue no. 85. An overview of the incomplete compilation is given in the *Guida generale degli Archivi di Stato*, vol. IV, Rome 1994, 924–925. See also M. Angeli, Legum Venetarum compilatarum methodus, vol. I, Venice 1667, 49 ff. for the intended order of the compiled laws of the colonies, »De Regiminibus, et alijs Officialibus à parte terrae specie, ordine alphabetico distributis«.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Camilla de Freitas Macedo

El bosque en foco: posibilidades transdisciplinares de estudio*

Se trata de un resultado de investigación del proyecto *Bo. S. Co. Botanica, Storia, Concetti*, financiado en 2019 por la Università degli Studi di Milano, como aclara la editora Alessadra Dattero en las líneas introductorias del volumen colectivo. El mayor interés de la propuesta es su carácter transdisciplinar, al proponer el diálogo académico teniendo la problemática del bosque y su relación con los seres humanos como punto de convergencia. Creo que esta vertiente transdisciplinaria podría estar mejor explotada en el volumen a través de más referencias internas entre los textos, y quizás un capítulo de conclusión que pusiera en evidencia los puntos en común y/o divergentes de las diferentes perspectivas abordadas. Trataré de hacerlo en esta reseña, absteniéndome de describir el contenido específico de cada uno de los capítulos. Esta descripción puede ser encontrada en la introducción del volumen, disponible en acceso abierto en formato digital.

En primer lugar, con una interesante propuesta metodológica que cruza la arqueología, la paleontología y la documentación de archivo, y que considera aspectos topográficos en su relación con el uso del bosque, el artículo de Fabio Saggioro, Marco Marchesini y Silvia Marvelli, que abre la primera sección del libro, aparece como un perfecto ejemplo de las potencialidades del diálogo interdisciplinar. Los autores muestran que la relación humana con el bosque durante el periodo medieval no era pasiva y exclusivamente extractiva, sino que la actividad humana complementaba de forma organizada las posibilidades del entorno, potencializando de esta manera las condiciones de subsistencia.

Al enfatizar la necesidad de considerar las condiciones topográficas para entender la relación humana con el territorio, el capítulo también evidencia, indirectamente, un importante criterio de recorte de los artículos de la última sección: estudiando todos ellos la región de Lombardía, casi siempre se menciona, por una u otra razón, que las llanuras fueron y son regiones mucho más antrópicas que las zonas de montaña, habiendo sido, así mismo, objeto de propiedad privada o de privatización con mayor anterioridad e intensidad que estas. Este dato no solo da sentido a la diversidad de puntos de partida para estudiar una misma región, sino que también ofrece claves interpretativas que ponen esos diferentes enfoques en diálogo. Y, regresando a la importancia de considerar la topografía en el abordaje histórico, otros tantos destacan la dimensión económica y normativa de los ríos, que podrían ser los principales caminos o »estradas« de transporte (Katia Occhi; Andrea Savio), o modificar las fronteras entre territorios (Blythe Alice Raviola).

En este sentido, podríamos decir en términos más amplios que la primera y la última sección dialogan muy bien entre sí. Ambas – y también buena parte de la segunda sección – están formadas mayoritariamente por estudios en clave histórica, y muestran cómo cuestiones relacionadas con la disponibilidad de recursos y la diversidad de intereses en varios niveles (desde la monarquía hasta los vecinos de pequeñas aldeas, pasando por actores intermediarios como los comerciantes) producían, reproducían y modificaban las concepciones normativas referentes al uso del bosque. Lo que, en última instancia, es una muestra más del carácter localizado del derecho desde el medievo hasta el siglo XIX, como ya ha mostrado desde hace décadas la historiografía del derecho europeo.

Al relacionar las medidas tomadas por varios actores a lo largo de la historia para proteger la flora con las circunstancias e intereses económicos que las motivaban, los autores también muestran el equívoco de utilizar la lente ambientalista del siglo XXI para interpretar dichas medidas protectoras en el periodo moderno. En este último caso, la protección del bosque respondía primordialmente al aumento de la necesidad de recursos,

* Alessandra Dattero (ed.), Il bosco. Biodiversità, diritti e culture dal medioevo al nostro tempo, Rom: Viella 2022, 386 p., ISBN 978-88-3313-836-7

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

con un énfasis especial en la leña. Diferentes abordajes destacan la relevancia de la presión ejercida por los sectores relacionados con la construcción naval y las ferrerías, en contraste con los intereses de otros sectores que veían en el bosque alternativas de retorno económico más inmediato, como la utilización para pastos (Alessandra Dattero; Stefania Salvi).

También abren una puerta de diálogo las observaciones de carácter léxico-semántico, que destacan la polisemia / homonimia de los términos utilizados en la legislación relativa al bosque (Javier García; Paolo Grillo), observación que se extiende también al lenguaje de la botánica. Este último es el enfoque de la última sección de la que nos queda por hablar, la tercera, que recoge trabajos relativos a la historia del conocimiento botánico. La disposición de los textos en esta sección hace que la lectura resulte particularmente agradable. Pese a contener diferentes estudios de caso que, valiéndose de diferentes metodologías, estudian temas muy específicos, la sensación tras su lectura es la de haber recibido una breve pero interesantísima clase de historia de la botánica. Y más allá de eso, deja lugar a reflexiones útiles en el marco de una propuesta interdisciplinar.

Por ejemplo, al tratar de describir las lógicas según las cuales los botánicos modernos nombraban las plantas, Angela Andreani evidencia que la búsqueda de un lenguaje científico aplicable a la botánica pasó por considerar los nombres populares como »equivocados«, tratando de marcar una distancia – no siempre lograda – entre lenguaje científico y lenguaje popular. De su lectura vienen a la mente las reflexiones de Tzvetan Todorov cuando éste hablaba del colonialismo subyacente al acto de nombrar las cosas. Precisamente la vertiente colonialista que subyace al desarrollo de los conocimientos botánicos es un factor destacado en el siguiente texto de la sección, escrito por Elisabetta Lonati. Mediante la comparación entre las entradas lexicográficas de tres obras destinadas a públicos distintos (académico, técnico y gran público), la autora muestra que la »simplificación« de las entradas pasaba por la omisión de los sujetos (individuales o colectivos) que producían el conocimiento.

La muestra de cómo se desarrolló un lenguaje »objetivo« en el que lo subjetivo parece ser un contenido no esencial para el conocimiento científico es eficazmente cuestionada en el texto de Justin Begley, que estudia a fondo la obra más conocida de Stephen Hales (*Vegetable staticks*, 1727) para cuestionar el supuesto carácter »newtoniano« de sus estudios en botánica. Begley muestra cómo las analogías con el cuerpo humano fueron un importante recurso utilizado por Hales para desarrollar hipótesis sobre la fisiología de las plantas, aun cuando esas hipótesis no fuesen confirmadas. Agnesi Visconti, finalmente, muestra el trayecto por el cual un estudio inicialmente a pequeña escala y basado en el registro del mayor número de datos posible acabó desencadenando en la superación, por parte de Filippo Parlatore (1816–1877) de cualquier aspiración de establecer leyes universales que describiesen la formación de los bosques. Por el contrario, la cantidad incalculable de variables internas y externas a las plantas, y relacionadas con el entorno en un sentido muy amplio, llevaba a la conclusión de que los ecosistemas son plurales y como tal deben ser estudiados.

El texto de Carlo Blasi, que cierra la sesión, no encaja del todo en la sección en sí misma. En cuatro escuetas páginas, básicamente describe algunas directrices europeas para la tutela de la biodiversidad y recuperación de ecosistemas, mostrando los criterios de valoración del estado de conservación y destacando que los datos y el nivel de detalle de los que se dispone para el territorio italiano son bastante elevados si comparados con el resto de Europa. En esta medida, contiene algunos puntos de diálogo con el texto que le antecede, y sobre todo con el texto que cierra la sección anterior, de Maurizio Flick. Este último también menciona algunas de las políticas europeas en materia de protección ambiental, dialogando con la legislación italiana sobre la materia. Desgraciadamente, el tono excesivamente ensayístico y teológico / teleológico del texto desmerece el contenido general del libro, repitiendo en esencia las ideas y fundamentos (también teológicos / teleológicos) del texto que abre el volumen, a cargo de Giovanni Maria Flick.

Afortunadamente, por contrapartida, la conexión con la legislación italiana más reciente es brillantemente discutida en el texto de Monica Chiantini y Emanuele Conte. Se trata de una reelaboración de la versión publicada, en el año anterior y en inglés, por Emanuele Conte, bajo el título *The Many Legal Faces of the Commons*. Salvo la supresión de las conclusiones publicadas en la primera versión, en materia de argumentación principal ambas versiones permanecen similares, con el añadido de que esta versión en italiano tiene la bibliografía notablemente enriquecida.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

En general, el volumen contiene aportaciones que muestran no solo el gran abanico de perspectivas posibles para el estudio científico del bosque, sino sobre todo el potencial de un diálogo interdisciplinar en el que la historia humana y la historia ambiental no sean consideradas como necesariamente antagónicas, sino complementarias. ■

Alina Rodríguez Sánchez

Historia ambiental e historia del derecho*

En el panorama actual reverbera la pregunta en varias disciplinas por la relación con aquello que llamamos naturaleza, medio ambiente o ambiente – en fin, con aquello que nos rodea y permite la reproducción de la vida, de la misma manera que traza ciertos límites de lo posible. Quizá atrae la idea de ver en el estudio de la alteridad temporal, además de la cultural, cierta resolución a la pregunta por la relación con el medio. Aunque es una cuestión antigua en la historiografía incluir en el análisis o narración un repaso o descripción del paisaje, y su impacto en cómo se desarrollaron ciertos procesos que llegaron incluso a ser protagónicos o alcanzaron el privilegio de ser el factor principal en ciertas narrativas, en últimas décadas el paisaje o el medio en sí ha recibido particular atención. Si bien permanece la pregunta por cómo el medio nos influye, lo que ahora parece incidir más, quizá a causa de cierta ansiedad e incertidumbre cambio-climática, es el comportamiento humano ante el medio, es decir, la gestión de este y las relaciones alrededor de la gestión, en otras palabras, sus políticas.

Esta relación con el medio es lo que Richard M. Conway se ha propuesto estudiar en su libro *Islands in the Lake*. Para entender dicha relación en términos históricos, él propone prestar atención a las relaciones pasadas entre humanos respecto al medio, no tanto humano-sujeto y lago-objeto, sino las relaciones humanas alrededor de este. Porque más allá de los vestigios arqueológicos o meteorológicos, a nivel del lenguaje las fuentes permiten rastrear la disputa respecto al medio en las dependencias económicas y políticas, migraciones, regulaciones (normatividades) intra- e intercomunitarias. En el caso de los nahuas y los lagos de la cuenca de México, tema que estudia Conway, entra en juego el proceso de colonización, factor que cambió radicalmente las condiciones posibles de relación con el lago. Es por estos dos factores que Conway toma, por un lado, la historia ambiental y, por el otro, la etnohistoria – más en concreto, la llamada New Philology, corriente que ha desarrollado herramientas a la medida para abordar la vida de los grupos indígenas durante el periodo colonial novohispano. Si bien la etnohistoria ya está enraizada en los estudios novohispanos y su mayor estandarte continúa siendo el riguroso trabajo de archivo y el uso de fuentes en lenguas indígenas, el autor señala que no ha habido tantos intentos por intersectar esta tradición con los estudios ambientales. Atestigua la filiación del autor a la corriente su capítulo sobre fuentes (cap. 7), donde traza el trayecto del náhuatl de Xochimilco a partir de las tres etapas de Lockhart, aunque explica, por supuesto, el singular derrotero de la laguna: una etapa dos alargada y una tres casi inexistente.

Al centro de la obra está el grupo nahua desenvolviéndose en un arco de larga duración, sin inicio ni término rígido, pero principalmente circunscrito al periodo colonial, visto por la lente de la New Philology. La historia ambiental se plantea con el fin de estudiar el devenir de la población de la ciudad lacustre de Xochimilco, al sur de la cuenca

* Richard M. Conway, Islands in the Lake. Environment and Ethnohistory in Xochimilco, New Spain, Cambridge: Cambridge University Press 2021, XV + 379 p., ISBN 978-1-316-51889-2

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

de México. Si bien se ha requerido de trabajos académicos para concluir que muchos de los paisajes, naturales para el ojo citadino, en realidad han sido profundamente intervenidos o han estado al centro de sendas políticas ambientales, en el caso del grupo de lagos que otrora se encontraban en la cuenca de México, nunca ha sido necesario señalar que efectivamente fueron intervenidos. Conway inicia señalando que, antes de la llegada española, los lagos habían recientemente atravesado una política mexica de intervenciones y constante mantenimiento para estabilizar su propio territorio y evitar inundaciones, así como para garantizar su abasto alimentario inmediato y sostener su proyecto expansionista. Anteriormente también, los pueblos de las orillas de la cuenca habían desarrollado la técnica de cultivo en chinampas y habían establecido maneras de controlar los niveles de agua, si bien no a la gran escala que alcanzaron los mexicas. A todas luces era claro, para los invasores del siglo XVI, que se requería de enormes trabajos y conocimientos para hacer de los lagos lugares habitables y proveedores, los cuales eran casi exclusivamente proporcionados por los nahuas, clave del análisis etnográfico-ambiental de Conway. Lo que el autor propone entonces es que la relación entre xochimilcas y su medio, incluyendo su conocimiento y gestión sobre el lago, los hacían indispensables para la capital y el régimen colonial en términos de sobrevivencia. Asimismo, el mismo lago funcionaba como zona de contención entre nahuas y los núcleos españoles. Estos dos factores permitieron a los nahuas de Xochimilco alcanzar la ›autonomía ecológica‹ – concepto que no alude al conservacionismo, sino a la soberanía de uso. De acuerdo con Conway, la ›autonomía ecológica‹ de la región de Xochimilco se definió por el balance entre lo material y lo abstracto, siendo este el enorme bloque intelectual constituido por el cúmulo de conocimientos, técnicas y sistemas simbólicos necesarios para coexistir con el lago y transformarlo a la medida (16). Conway argumenta que, a pesar de los golpes demográficos y la presión por tributar de la capital y de gobernantes locales, la autonomía ecológica – sustentada en el conocimiento y gestión del lago – no lograría ser medrada por la presencia española durante la mayor parte del periodo colonial. La autonomía ecológica y continuidades en el paisaje les permitirían a los nahuas de la cuenca sur conservar su forma de vida *(heritage)* frente a los diversos altibajos del periodo colonial (343).

Como hemos mencionado, el argumento inicia con la explicación de la transformación del lago desde tiempos anteriores a la conquista y las transformaciones que enfrentó poco tiempo después de la guerra, a decir, la caída de la infraestructura mexica y la vuelta a la gestión del lago por cada pueblo ribereño. Al cambiar de forma política, el autor entonces dedica un capítulo (cap. 2) al estudio de la posesión de la tierra en la cuenca de México, ya que es esta la arena que el régimen colonial tenía para disputar todo tipo de cuestiones: de uso, jurisdicción, propiedad, posesión, por lo que resulta central para estudiar el uso de la tierra y la gestión del agua. El capítulo se pregunta quién poseyó y dispuso de los terrenos ribereños, quién poseía las riberas e incluso la superficie del lago; también se fija en patrones de herencia, peticiones de tierras vacantes, disputas por linderos entre pueblos vecinos y más tarde, para el XVIII, en el problema de la hacienda en expansión sobre las tierras de los pueblos nahuas del lago. Al lado de los desencuentros familiares o comunitarios que ofrecen las fuentes sobre tierras, se explican los grandes eventos ambientales (cap. 4 y 5): las grandes caídas demográficas de los siglos XVI y XVII debido a epidemias, que influyen determinantemente en la organización política y producción, además de las inundaciones y sequías, las funestas consecuencias de la llamada Little Ice Age que determinaron de gran manera los comportamientos climáticos de la cuenca.

Del análisis de estas dos caras – el medio y las relaciones humanas –, el libro logra narrar las formas de habitar y poseer tanto el lago como las tierras adyacentes, ya sea mediante el análisis de la ingeniería hidráulica, la tenencia de la tierra, la producción agrícola, el comercio y tránsito lacustre, temas siempre atravesados por las disputas por el uso y acceso dentro de los marcos normativos del régimen colonial. El libro se decanta por el estudio de las esferas jurídicas y económicas, más que por reconstruir los imaginarios construidos alrededor de la vida en el lago. Podría leerse como una historia social, casi cotidiana, donde es en el caso donde florece el argumento. Es de lo episódico de donde ha tomado forma la granularidad de la vida cotidiana que se relata. La narración se va encadenando entre descripciones y suposiciones sobre el medio (por ejemplo, la intensidad de la sequía en tal época) y episodios puramente ›humanos‹; ya sea el caso de la disputa por la gubernatura de Xochimilco o en algún pleito de tierras o la investi-

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

gación de un crimen. Aunque también se llega a citar cronistas de la época, es en los juicios, testamentos y otra variedad de documentos administrativos y jurídicos (de los que el autor se ha valido) donde se observa la discusión sobre los usos del lago. Se puede trazar una historia jurídico-ambiental si se plantea en términos heurísticos: en el estudio de las normatividades respecto a los usos de tierras, aguas presentes en los procesos y ordenanzas. Se trata en todo caso de discernir qué relaciones se establecían respecto a las cosas – sea el lago y la tierra, las embarcaciones – y a su gestión y uso, relaciones que necesariamente pasan por el ámbito de lo normativo.

La obra hace pensar que la clave para plantear una historia ambiental sobre sociedades de Antiguo Régimen está en incluir los factores ambientales que ejercieron presiones sobre las sociedades, pero también en concebir la idea de uso o gestión sobre el medio como acción o práctica y no necesariamente como sinónimo de la posesión de las cosas. Aunque esta historia muestra las enormes catástrofes que epidemias e inundaciones o sequías tuvieron en la cuenca, no limita lo ambiental al análisis de las presiones del medio sobre los grupos humanos, sino que muestra la enorme plasticidad de la historia ambiental para estudiar relaciones humanas y nos permite imaginarla en sintonía con una historia del derecho durante el periodo colonial.

■

Andrea Cicerchia

Giustizia divina e giustizia terrena*

Io mi creddo, che non si possa prohibire cotesta citazione
secondo le debite maniere, e ben intesa, come né anco
l'appellatione dal giudice inferiore al superiore;
che altro non è questa citazione […] che appellatione
dal giuditio humano al tribunale di Dio.

(G.B. Terzi, *Il rimedio sopremo*, Bergamo 1596, 140)

L'efficace brano riferito da Guido Dall'Olio nel suo recente studio sulla pratica delle citazioni *in valle Iosaphat* (136) – a comparire, cioè, dinanzi al supremo tribunale di Dio – ci permette di evidenziare come un canonico bergamasco di fine Cinquecento, Giovanni Battista Terzi, intendesse la relazione tra giustizia umana e giustizia divina, sarebbe a dire, secondo un senso giuridico legittimato dall'appello da un grado inferiore di giustizia (appunto quella umana) ad uno superiore. In tale grado, però, la percezione giuridica non poteva né doveva essere scissa dall'elemento teologico, che permetteva di considerare lecito tale appello, solo se presentato »secondo le debite maniere« (136).

D'altronde l'opera di Terzi appare strettamente collegata al *corpus* documentario su cui si basa e procede l'indagine di Dall'Olio: 26 citazioni – rinvenute presso l'archivio vescovile di Bergamo e datate tra il 1514 e dopo il 1574 – che terminologicamente si riferiscono alla pratica concreta della citazione »nella valle di Giosafat«, e la cui preziosa edizione in appendice (con un valido sistema di critica testuale e documentaria) è testimonianza di un lavoro di studio approfondito e minuzioso (Appendice I, 165–220).

Attraverso un percorso che dichiaratamente prende le mosse dai vasti affreschi storico-giuridici di Berman (*Law and Revolution*, 1983) e Prodi (*Una*

* Guido Dall'Olio, Nella valle di Giosafat. Giustizia di Dio e giustizia degli uomini nella prima età moderna, Roma: Carocci editore 2021, 254 p., ISBN 978-88-290-1140-7

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

storia della giustizia, 2000), Dall'Olio si riallaccia al fortunato filone dei rapporti tra concretezza giuridica e coscienza umana (Prosperi, *Tribunali della coscienza,* 1996; Brambilla, *Alle origini del Sant'Ufficio,* 2000), terminando per ricondurre efficacemente le proprie analisi entro due versanti storiografici strettamente interdipendenti: da un lato il complesso panorama giudiziario del tardo medioevo e della prima età moderna, venutosi a formare a partire dalla stretta simbiosi di religione e diritto all'ombra del papato medievale; dall'altro il vasto campo delle superstizioni, combattute dalle autorità civili ed ecclesiastiche, tra l'orizzonte postridentino e quello protestante.

Collocando l'indagine nel vasto campo del ricorso a Dio, quale giudice supremo, la pratica studiata in questo libro si richiama ad un luogo geografico preciso, la valle di Giosafat, situata presso Gerusalemme e indicata nel libro di Gioele (4, 1–2) come luogo in cui sarebbe avvenuto il giudizio delle nazioni contrapposte a Israele, poi trasformato dal paradigma cristiano in scenario del giudizio universale.

L'obiettivo dell'autore è chiaramente quello di esaminare tale pratica nella prospettiva permessa dalle fonti bergamasche, in quanto atti giudiziari intesi dall'autorità vescovile come pratica superstiziosa da estirpare. Tali documenti – scritti maggioritariamente in lingua latina (solo due sono redatti in lingua volgare) – rispecchiano una certa omogeneità di formule giuridiche, fonti scritturistiche e caratteri diplomatici, intrinseci ed estrinseci, che permettono una precisa identificazione sociale di coloro che se ne servivano, come soluzione per contese economiche o di proprietà (cap. I, 19–61). In definitiva si trattava – secondo le parole stesse dell'autore – di una pratica attestata documentariamente, la quale offriva »alle numerose persone che se ne servirono, uno strumento di persuasione nei confronti degli avversari contro i quali non si aveva la possibilità di combattere legalmente« (60).

Ad ogni modo, ciò appare come la punta di un *iceberg*, una di quelle tracce documentarie, sopravvissute alla dispersione del tempo, che invitano lo studioso a ricostruire un quadro più ampio, relazionato con citazioni al tribunale divino, dove l'elemento della maledizione del morente (ad esempio le citazioni proferite dai condannati alla pena capitale) e la minaccia di morte contro il giudice ingiusto, ne collocano la percezione all'interno di »storie esemplari« e dal tragico finale. Tratte dalla vasta raccolta pubblicata da Siegfried Hardung (*Die Vorladung*, 1934), e proficuamente confrontate con quelli di Bergamo, tali storie appaiono andare ben oltre la società minuta e le conflittualità economiche che animavano la popolazione bergamasca (cap. III, 109–146). Esempi circoscritti al medioevo, che coinvolgevano sacerdoti, cavalieri, prelati e sovrani, in seguito ripresi da teologi – quale il citato Terzi – e giuristi, che definendo due fronti contrapposti, cattolico e protestante, permisero una più chiara percezione e definizione del ricorso alla valle di Giosafat (elenco in Appendice II, 221–222). Questo sarebbe stato strettamente connesso ad un processo di ampliamento della percezione dell'aldilà, con luoghi specifici e terminologicamente identificabili, come il Purgatorio o il Limbo. Secondo l'Autore, infatti, »la comparsa della valle di Giosafat negli appelli al tribunale di Dio soltanto alle soglie dell'età moderna […] sembra corrispondere all'esigenza di concretezza nelle cose della religione così tipica degli uomini del tardo medioevo e che successivamente venne respinto ai margini dai riformatori cattolici e protestanti« (114).

L'esempio della Bergamo cinquecentesca tende così a sfumarsi nell'ampliarsi del quadro cronologico, che dal medioevo approda alla prima età moderna, sulla traccia della tradizione scritturistica e giuridica, relativamente al giudizio di Dio (cap. II), che appare tracciare l'intera storia umana. Con la rielaborazione cristiana dei primi secoli – dove istituti giuridici come la *ordalia*, la maledizione e la scomunica (91–108) si sarebbero intrecciati alle distinte concezioni del giudizio divino, particolare ed universale (87–91), l'apparire nella prima età moderna delle citazioni *in valle Iosaphat* avrebbe permesso di traghettare gli archetipi di tale pratica, lungo i secoli dell'età moderna ed oltre, sino all'elaborazione Otto-Novecentesca di fiabe e racconti folclorici, in un »epilogo« (147–164), in cui vivi e morti popolano uno spazio indefinito, in perenne confronto ed equilibrio, secondo il suggestivo richiamo dei benandanti di Ginzburg (*I benandanti*, 1966).

In definitiva, tale percorso d'indagine, seguendo una efficace metodologia di connessione di fonti tipologicamente differenti (atti giudiziari, testi narrativi, trattatistica) permette all'Autore di collocare la diffusione degli appelli alla giustizia divina all'intera Europa, ma geograficamente confinando quelle specifiche »alla valle di Giosafat« a cavaliere dell'arco alpino, tra Nord Italia, Svizzera e Germa-

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

nia meridionale, e tra i due ambiti confessionali, cattolico e protestante.

Quello propostoci con questo libro appare quindi un valido studio, che consente alla storiografia sulla giustizia e sulle superstizioni di avvalersi di uno sguardo originale, di un semplice tassello, ma ben documentato, che è in grado di gettare una luce rinnovata su di un vasto processo storico che, tra tardo medioevo ed età moderna, ridefinì i confini della giustizia, delle superstizioni e delle credenze popolari all'ombra dello scontro confessionale. Ma soprattutto, quello offertoci da Dall'Olio, è uno studio capace di interpretare l'eterna simbiosi di vita e morte, di storia terrena e aldilà, di archetipi ed eventi concreti, ben presenti nella dimensione religioso-giuridica, nelle sue interpretazioni e nelle sue applicazioni umane.

■

Lorenzo Maniscalco

Teoria e pratica giuridica nei *tractatus* e *consilia* di Francisco Suárez*

Gli studi intorno all'opera di Francisco Suárez e, più in generale, all'intero movimento della cosiddetta seconda scolastica, continuano a vivere un momento di particolare energia e slancio. Solo negli ultimissimi anni sono stati dati alle stampe *A Companion to the Spanish Scholastics* (Brill 2022), *Projections of Spanish Jesuit Scholasticism on British Thought* (Brill 2022) e *The School of Salamanca* (Brill 2021), insieme a pubblicazioni di più generale rilevanza per il tomismo come *The Oxford Handbook of the Reception of Aquinas* (OUP 2023), e *The New Cambridge Companion to Aquinas* (CUP 2022). Anche volendo concentrarsi solo sulla figura di Suárez, Dominique Bauer ricorda, nel saggio introduttivo a questa collettanea (cap. 1), ben cinque altri volumi sul gesuita pubblicati tra il 2010 e il 2019, ai quali possiamo oggi già aggiungere *Francisco Suárez*: *Metaphysics, Politics and Ethics* (Coimbra Univ. Press 2020), *Aristotelian Subjectivism*: *Francisco Suárez's Philosophy of Perception* (Springer 2021) e *Immanent Transcending*: *Francisco Suárez's Doctrine of Being* (Leuven Univ. Press 2022). All'interno di questa vasta mole di studi, *History, Casuistry and Custom in the Legal Thought of Francisco Suárez (1548–1617)*, a cura della stessa Bauer e Randall Lesaffer, si propone di usare il filtro del pensiero legale di Suárez per portare nuova luce sia su aspetti molto dibattuti del suo pensiero filosofico che sulla sua figura spesso sottovalutata di giurista pragmatico.

Il volume raccoglie le relazioni presentate ad una conferenza sul diritto consuetudinario nel pensiero di Suárez che si è tenuta a Bruges in occasione del quadricentenario dalla sua scomparsa il 24–25 novembre 2017. I contributi spaziano oltre il tema originario, e nella sua forma finale si possono identificare all'interno del volume due filoni principali. Il primo si concentra sul lato filosofico-teorico del pensiero di Suárez. I contributi ai capitoli 6–9 gravitano intorno al pensiero del gesuita sulla consuetudine nel *De legibus*, intersecando molti punti di ricerca attuali e intensamente dibattuti: la consuetudine è un argomento che mette particolarmente in risalto la complessità e la modernità del pensiero di Suárez, in particolare per le spinose difficoltà teoriche che pone per qualsiasi teoria giuridica di matrice volontaristica. A questi si aggiunge un lucido saggio di Daniel Schwartz sul valore morale della punizione nel pensiero di Suárez (cap. 2), particolarmente orien-

* Dominique Bauer, Randall C.H. Lesaffer (eds.), History, Casuistry and Custom in the Legal Thought of Francisco Suárez (1548–1617), Leiden: Brill 2021, VIII + 160 p., ISBN 978-90-04-46480-3

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

tato sul valore del suo pensiero per il dibattito filosofico contemporaneo. Ai capitoli 3–5 si trova invece una seconda vena, dove viene messa in discussione l'immagine di Suárez come »accademico etereo e altamente filosofico«[1] (Bauer, 3) per enfatizzarne invece il lato di pensatore pragmatico. Questi capitoli formano un nucleo a sé non solo per la natura del loro contenuto, ma anche per il tipo di fonti utilizzate e per i metodi d'indagine che adottano.

Per cominciare con il primo filone, tra i contributi sul pensiero teorico-giuridico di Suárez risultano particolarmente interessanti quelli che lo mettono a fuoco utilizzando come lente la storicità della consuetudine. Questa viene esaminata da diversi punti di vista. Bauer (cap. 8) pone l'enfasi sulla »a-storicità« del pensiero di Suárez per esaltare gli elementi scolastico-razionalistici della sua teoria del diritto. Come mostra la sua analisi, Suárez si allontana da quelle teorie medievali che ordinavano la priorità tra diritto scritto e non scritto dal punto di vista della loro antichità, adottando invece un modello basato sulla priorità concettuale dell'una o dell'altra forma. Da questo punto di vista la contingenza storica (se la consuetudine sia emersa prima o dopo in una determinata società) diventa indifferente, poiché quello scritto rimane in ogni caso per Suárez la forma paradigmatica di diritto, concettualmente precedente, così che »posteriorità e anteriorità sono formalizzate in stadi deduttivi e hanno perso la loro dimensione cronologica, così come il loro legame esplicito […] con le autorità esistenti« (133). Questa analisi non si limita a gettare una nuova luce sul razionalismo giuridico di Suárez, ma, come lo sottolinea Bauer, enfatizza l'importanza della sua eredità per i dibattiti filosofico-giuridici contemporanei.

Il rapporto tra consuetudine e storia assume un ruolo del tutto diverso nel saggio di Jean-Paul Coujou (cap. 7). Qui l'enfasi viene portata sul rapporto tra consuetudine e *jus gentium*. In questo contesto, Coujou sottolinea che la consuetudine viene trattata da Suárez come un fatto che »ha per origine una tradizione, per solco una memoria collettiva, e per motore l'uso costante e uniforme di un gruppo sociale« (113), così che il diritto delle nazioni ne derivi come un »processo storico e sociale di generalizzazione dell'uso e della consuetudine che è inseparabile dalla persistenza di una memoria collettiva« (122). Le osservazioni di Coujou in questo studio sono di interesse per tutto il più ampio dibattito storiografico che riguarda lo sviluppo dei concetti di consuetudine e *jus gentium* in età moderna e la loro mutuale influenza, tema recentemente rinvigorito dal profondo studio monografico che vi ha dedicato Francesca Iurlaro in *The Invention of Custom* (OUP 2021).

Il secondo filone che attraversa il volume è, come si è detto, di natura assai diversa, proponendosi di mettere in luce gli aspetti più strettamente giuridici e pragmatici del pensiero di Suárez, con particolare enfasi sulla sua esperienza sia come privatista che come consulente per la soluzione di problemi giuridico-teologici. Si riveleranno sicuramente preziosi per gli storici del diritto privato gli studi di Wim Decock e Luisa Brunori (cap. 4) e quello di Bart Wauters (cap. 5). Lo studio di Wauters è più specifico, concentrandosi in particolare sulla relazione tra *libertas* e *dominium* nel pensiero di Suárez, e riallacciandosi così al lavoro pionieristico che fece il compianto Paolo Grossi ormai 50 anni fa. Brunori e Decock, entrambi intimi conoscitori dello sviluppo del diritto privato nella seconda scolastica, si propongono di tracciare un profilo generale di Suárez come privatista pragmatico, e parte del loro studio in tema di *dominium* si sovrappone quindi al precedente. Gli studi sono metodologicamente vicini, ma il secondo tenta di comporre un'immagine più ampia, che abbracci *dominium*, teoria dei contratti e diversi altri aspetti degli interessi privatistici del *doctor eximius*, mettendo insieme idee altrimenti frammentariamente distribuite in tutta la sua opera. Entrambi gli studi fanno uso di una variegata collezione di fonti che comprende oltre al *De legibus*, le lezioni *De iustitia et iure*, il *De libertate divinae voluntatis*, il *De virtute et statu religionis*, il *De opere sex dierum*, e le sue *Disputationes de censuris*, fornendo al lettore l'immagine ad oggi più completa sul punto.

Tra le opere »minori« trattate in questi studi una menzione particolare va sicuramente ai *Conselhos e pareceres*. Si tratta di una raccolta di *consilia* e altre opinioni dello Suárez che, dalla sua pubblicazione tra il 1948 e il 1952, sta solo recentemente e gradualmente raccogliendo l'interesse degli studiosi, rimanendo tuttavia tra le fonti meno conosciute.

1 Traduzioni in italiano qui e in seguito da L.M.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

I *consilia* di Suárez svolgono un ruolo centrale sia nello studio di Brunori e Decock, che nell'interessante saggio di João Manuel Alexandrino Fernandes (cap. 3). L'uso differente di queste fonti che fanno i due contributi getta una luce importante sul loro valore multiforme per lo studio del pensiero suáreziano. Lo studio di Alexandrino Fernandes prende in esame un singolo esempio dai *consilia*, in cui Suárez deve esprimersi sul caso di un certo padre che voleva essere dispensato dai voti e sposarsi in seguito a una supposta rivelazione divina personale. Il ragionamento formulato da Suárez per giungere a una conclusione è un esempio estremamente illuminante dell'applicazione pratica della logica giuridica e della casuistica in termini di *dispensatio*, opinione probabile, necessità di ricorso al superiore, *magna inconvenientia* e *magna necessitate*. Un approccio diverso viene adottato da Decock e Brunori che menzionano questi *consilia* solo a larghe linee per tracciare un profilo generale della conoscenza e uso del diritto privato da parte di Suárez. Da questo quadro, seppur necessariamente meno dettagliato, emerge un giurista di notevole abilità nella soluzione di articolate questioni di diritto ereditario, un profondo conoscitore della realtà commerciale a lui contemporanea, ma anche un canonista capace di una buona dose di pragmatismo (se non di cinismo!) in cause familiari e matrimoniali. Da questa sezione del volume emerge un profilo meno familiare di Suárez, alquanto distante dall'etereo teologo degli scritti filosofici. È sicuramente auspicabile che da questi preziosi spunti prendano forma studi ulteriori di questo lato malnoto del *doctor eximius*.

■

Pilar Mejía

El arte sacro como agente de normatividad*

La capacidad que tiene el arte religioso de producir normatividades visuales es uno de los temas centrales que exploran estas dos publicaciones. Sus propuestas desde la historia del arte resultan bastante cercanas y estimulantes para las investigaciones que emprendemos desde la historia del derecho. Partiendo de un interés común por comprender la producción normativa en contextos globales imperiales durante la temprana edad moderna, ambas publicaciones se detienen en las reacciones locales y formas de traducción cultural propias de la expansión del cristianismo por territorios geográfica y culturalmente diferenciados. Los estudios desde la historia del arte sobre las normatividades visuales son muy ricos al observar con precisión la producción de nuevos estándares artísticos, así como los reencuadres y usos locales emergentes. Después de su lectura, no es posible seguir observando las imágenes sagradas como meros objetos de arte pasivos, sino más bien como agentes productores de normatividad.

El volumen dirigido por Chiara Franceschini (en el marco del proyecto ERC: Normativity of Sacred Images in Early Modern Europe, SACRIMA) ofrece un panorama de reacciones locales y normatividades visuales producidas por imágenes sagradas en diferentes contextos. Cada uno de los 14 estudios de caso allí recogidos toma como punto de partida conflictos y disputas. Estos son lugares privilegiados para analizar la tensión entre el objeto devocional, su representación visual y las normatividades que atraviesan cada producción artística. Franceschini destaca desde la introducción tres aspectos transversales en su compilación: normatividad visual, paisaje de normas disponibles y responsabilidad del artista.

* Chiara Franceschini (ed.), Sacred Images and Normativity: Contested Forms in Early Modern Art, Turnhout: Brepols 2021, 319 p., ISBN 978-2-503-58466-9; Giuseppe Capriotti, Sabina Pavone, Pierre-Antoine Fabre (eds.), Eloquent Images: Evangelisation, Conversion and Propaganda in the Early Modern Period, Leuven: Leuven University Press 2022, 345 p., ISBN 978-94-6270-327-8

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Como lo destaca en su introducción, bajo normatividad visual Franceschini propone comprender el poder del arte en la creación de nuevos estándares visuales, morales y de comportamientos sociales. Particularmente, analiza aquellas normas teológico-morales producidas y comunicadas por las imágenes mismas más que por los textos escritos. Su efectividad radica en su facultad de comunicación y demuestra la capacidad del arte para producir no solo sus propias reglas sino también »visiones normativas« sobre las cosas sagradas, algunas veces rompiendo estándares religiosos, ideológicos e incluso artísticos. Así, la »imagen normativa« es aquella que »tiene el potencial para destruir todas las imágenes previas, pero a la vez es capaz de establecer un nuevo régimen y es por lo tanto potencialmente normativa« (61).

En cuanto a la geografía o paisaje de normas en el que está inmerso el arte, el libro destaca la interacción de normas visuales con aquellas teológico-morales y jurídicas que se pueden observar desde la perspectiva local y desde el accionar de agentes concretos que las producen y usan. Ello es particularmente palpable en la forma en que artistas responden, adaptan, negocian y reinterpretan los estándares institucionales en lo local. El libro propone observar cómo interactúan las diferentes normatividades, mirando la orientación de los debates, así como la selección y escogencia entre regulaciones religiosas y reglas del arte. Los diferentes estudios de casos destacan la voz de múltiples actores que aparecen en los documentos de archivo, observando no solo la actuación de obispos y consultores en sus formas locales de controlar la imaginería religiosa, sino también el rol de devotos, fieles, religiosos, patrones y otros actores que participaban en la promoción, denuncia, eficiencia o límites mismos de las imágenes y su culto. Este eje trasversal busca mostrar como un determinado sistema de formas y esquemas visuales se vuelve normativo. Comparando algunos casos, la propuesta metodológica del libro busca poder mapear diferentes traducciones de modos estilísticos, registrar reacciones locales y reapropiaciones a nivel global, así como diferenciar geográfica e históricamente las maneras en que el arte es capaz de imponer nuevas visiones normativas de los objetos sagrados, que varían de lugar a lugar y que están creando permanentemente nuevos estándares. La compilación de Franceschini propone desde esta perspectiva entender la historia del arte como un fluido geográfico de normas visuales, imágenes con poder, autoridad y performancia.

El tercer eje temático busca destacar que, además de autoridades religiosas y civiles, teóricos de la imagen, obispos e inquisidores, es necesario estudiar los artistas y los objetos de arte mismos como agentes de cambio propensos a imponer sus propias reglas y estándares a través de la reiteración e innovación. En medio de tradiciones visuales establecidas, estilos, iconografías, materialidades y reproducciones, el artista era un actor central con relación a los conflictos entre normas estéticas, políticas, morales y religiosas que cambiaban de lugar a lugar. Para analizar la libertad y agencia del artista, el libro propone analizar no solo las trayectorias geográficas de ellos, sino también su soberanía y responsabilidad con relación a las reglas y el patrón, así como entre el estilo y el contenido.

Los capítulos fueron ordenados en cuatro tipos de casos: imágenes en procesos judiciales, retratos impugnados, copias adaptadas (grabados, réplicas y modelos) y profundidades materialidad y pictóricas. En la primera sección dedicada a los procesos judiciales, encontramos desde ceremonias de abjuración del cristianismo en Japón, donde los devotos eran obligados a pisar imágenes de bronce cristianas (Kojima), hasta la producción de nuevos estándares de crucifijos a través de la inquisición romana (Franceschini), pasando por la cultura visual-normativa detrás de los procesos de canonización de niños mártires (Cavero) y la expansión del culto fuera de Europa a los siete arcángeles que habían sido censurados en Roma (González). En la segunda sección dedicada a los retratos, se analizan retratos forenses usados para establecer identidades e imposturas (Biffis), retratos de beatos y santos usados como normas visuales sobre el decoro y la santidad (Niedermeier), la creación de estándares para retratos de nuevos santos y santos que no eran santos (Hall), así como la difusión de retratos de Ignacio de Loyola como generadores de comportamientos (Zierholz). En la tercera sección titulada »la norma y la copia«, se destaca la creatividad normativa de cada adaptación. Los grabados aparecen como formatos mediadores de un cambio normativo (Putzger), las réplicas arquitectónicas circulaban para satisfacer un culto regional (Giffin) y las pinturas encargadas en Roma adquieren nuevos significados en las iglesias hispanoamericanas (Baker-Bates). Por último, la cuarta sección del libro sobre materialidad y contenido teológico destaca las ambigüedades entre significado teoló-

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

gico y alcance pictográfico de la sangre y el cuerpo humano y divino de Cristo (Neil), así como el traspaso de la escultura a la pintura en el siglo XVII a partir de las reinterpretaciones de narraciones medievales (Stoenescu), y finalmente el surgimiento de la geología en la Contrarreforma en medio de los debates teológicos y geológicos sobre fuego y la piedra (Olson).

La segunda publicación que aquí reseñaremos se titula »Eloquent Images«. Este volumen dialoga con el anterior en cuanto explora nuevos caminos de análisis sobre el poder normativo de las imágenes sagradas. Esta compilación de 17 artículos dirigida por Giuseppe Capriotti, Sabina Pavone y Pierre-Antoine Fabre propone un dialogo entre la historia del arte, de la religión, la historia cultural y la iconología para analizar conflictos religiosos en perspectiva global. El libro se divide en tres grandes secciones: procesos de conversión, caminos de devoción y formas de propaganda a través de imágenes sagradas.

Las contribuciones sobre los procesos de conversión destacan una constelación de fenómenos: el rol de los grabados jesuitas en la producción y proliferación de imágenes para la evangelización después del Concilio de Trento (Fabre); los procesos de transculturación de las imágenes usadas en las misiones en China (Magnani), las imágenes de martirios que contribuyeron al proceso de canonización y engrandecimiento del jesuita Acquaviva en India (Ricci); el uso dos figuras marianas por parte de mercedarios y agustinos para la conversión de musulmanes en contextos de esclavitud mediterránea (Salis); el reiterado motivo de la destrucción de ídolos paganos y las imágenes cristianas de reemplazo (Borniotto); así como imágenes bautismales y triunfales usadas contra musulmanes y judíos durante la reconquista que fueron sirvieron para representar un sistema de inclusión y exclusión de la comunidad espiritual en el nuevo mundo (Spissu). La sección dedicada a la devoción analiza la efectividad de las imágenes según el uso de los dispositivos pictóricos y verbales, visibles e invisibles (Lieutaghi); el establecimiento de modelos y devociones populares a santos crucificados (Mostaccio); el rol de la imprenta holandesa en la circulación de la imagen del corazón de Jesús y su devoción en Nueva España (Oviedo); la producción jesuita de imágenes para una iglesia en Évora (Coutinho et al.); así como la devoción a las pinturas en piedras en el norte de la Italia renacentista (Ratto). En la última sección se analiza la propaganda a través de milicias de ángeles del imperio en el nuevo mundo (Le Cuff); la propaganda antimusulmana a través de la alegoría del triunfo de la iglesia y su representación histórica de conflictos religiosos (Sorce); la propaganda anti-otomana en los Balcanes a través de imágenes marianas (Notarfonso); la transformación del arcángel San Rafael, usado contra la »herejía« protestante, pero reinterpretado en contextos imperiales ibéricos como Amberes, Tlaxcala y Manila (Porras); la creación de un paradigma de martirio global a partir de la circulación de martirios en Japón, que poco tenía que ver con aquel representado en Italia (Palomo); y los relatos jesuitas sobre sus esfuerzos para evitar supersticiones en China en relación a fenómenos naturales (Catto).

En medio de este despliegue temático, el libro explora trasversalmente una serie de conceptos – tales como »imágenes pedagógicas«, »técnicas para creer«, »imágenes evangelizadoras«, »objetos nómadas«, »imágenes elocuentes« e »imágenes vivas« – y los utiliza para explicar las formas de crear sentimientos y emociones colectivas necesarias para la prédica, catequización, devoción y propaganda. Estas imágenes se construyen en sintonía con el público al que están dirigidas, preservando el rol del intermediario religioso, pero al mismo tiempo estableciendo una relación directa del devoto con lo divino por fuera del contexto litúrgico o mediación eclesiástica. La producción de imágenes en lo local, que busca acercar al devoto a lo divino, puede ser entendida a través del concepto de *imagines*. Este paradigma jesuita relaciona la imagen al mundo imaginario, aquel espacio de mediación de la imagen entre lo material y su contenido, ambos absorbidos por la variabilidad local. Por su parte, los »objetos nómadas« permiten visibilizan procesos de re-significación, hibridación y circulación a través de la geografía imperial. Dado que las imágenes tienen a su vez la capacidad de generar otras imágenes, las diferentes contribuciones destacan el rol de »los religiosos« como profesionales en el uso de ellas para producir y difundir »imágenes elocuentes« que garantizaran su discurso.

Ambas publicaciones subrayan el poder normativo del arte sacro. Un amplio rango de preguntas – desde ¿qué es una norma visual? hasta ¿cómo se producen los cambios de estándares visuales? – encuentra respuestas en los diversos casos, que apuntan a observar no tanto las reglas del arte

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

mismo como aquellas imágenes capaces de cambiar y producir nuevos estándares visuales y comportamientos. Ellas invitan también a observar la capacidad de agencia de las imágenes y de los sujetos que las hacen hablar. Así mismo, los editores proponen construir una mirada comparada entre los diversos usos y reacciones locales para establecer una geografía de las normas visuales propias de un catolicismo pluricéntrico y no uniforme.

Nos quedan, sin embargo, algunas inquietudes sobre la construcción de esta geografía de reacciones locales y normas visuales. Por un lado, si bien todos los casos se refieren a contextos globales multicéntricos, los puntos centrales parecerían fijarse en la Europa católica de la Contrarreforma, dejando los casos del Asia Ibérica, Iberoamérica y África lusófona en las periferias del mapa que se busca construir. Por otro lado, con respecto a la »geografía de normas« presente en cada conflicto, ambas publicaciones tienden a repartir por disciplinas el estudio de las normas de las religiones, por una parte, y de aquellas normas del arte, por otra, aun siendo conscientes de la necesidad de un trabajo interdisciplinario. De hecho, las relaciones entre historiadores del arte, de las religiones y de la cultura con historiadores del derecho canónico y de la teología moral son apenas tocadas, pero la confrontación entre estas diversas perspectivas puede ser abordada de manera más explícita y decidida. En efecto, el tipo de fuentes usadas en las dos compilaciones (tratados, manuales, material de archivo e iconografías) nos indica el necesario cruce de perspectivas para enriquecer el debate sobre la producción de normatividades en materias religiosas. Esto abre posibilidades de diálogo entre historia del arte e historia del derecho por ser aún más exploradas.

■

Manuel Bastias Saavedra

El imperio portugués y las raíces profundas de Goa*

La historia de los imperios se ha convertido en un importante campo de investigación en las últimas décadas, especialmente por su centralidad en los campos de la historia global y atlántica, la historia del conocimiento, la historia medioambiental y en la historia global del derecho. El mundo contemporáneo está sin duda constituido por los casi cinco siglos de imperialismo europeo, pero una serie de perspectivas nuevas y críticas, incluidas las perspectivas poscoloniales, subalternas y decoloniales, así como los enfoques microhistóricos, están reevaluando la experiencia imperial, oponiéndose a las tradicionales narrativas orientalistas y centradas en Europa. Son precisamente estos discursos los que están en el centro del libro *Religion and Empire in Portuguese India* de Ângela Barreto Xavier, el cual es una versión reducida y adaptada de su libro de 2008, *A Invenção de Goa*. El libro comienza presentando los escritos de António João Frias, párroco en Goa y súbdito indio de la Corona portuguesa, para mostrar cómo las poblaciones colonizadas se apropiaron y reforzaron los discursos coloniales e interiorizaron la idea de Occidente como »agente liberador y racionalizador en otras geografías« (1). Por desgracia, estos estereotipos no sólo reflejan los discursos coloniales del siglo XVII, sino que siguen siendo comunes en la investigación histórica, que frecuentemente entiende Europa como el principal agente en la difusión de la civilización y la modernidad.

* Ângela Barreto Xavier, Religion and Empire in Portuguese India. Conversion, Resistance, and the Making of Goa, Albany (NY): State University of New York Press 2022, XVIII + 407 p., ISBN 978-1-4384-8911-7

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Xavier no reproduce estas narrativas, sino que utiliza su aparición en el contexto histórico de la Goa portuguesa para señalar las tensiones inherentes al colonialismo y al proyecto imperial. Por un lado, sostiene que la interiorización de estas ideas por sujetos como Frías revela el éxito del proyecto imperial; por otro, la presencia de »tipos sociales« como Frías demuestra que la perdurabilidad de la presencia imperial portuguesa en Goa dependía precisamente de personas como él: poblaciones locales que consintieron e hicieron suya la causa imperial. La conversión fue crucial para lograr esta transformación. Pero, como sostiene Xavier, no fue tanto la conversión religiosa como la cultural que acompañó a la cristianización de los habitantes de Goa y las Antiguas Conquistas – »la transformación gradual de las formas de pensar, hacer y ser, y de concebir el tiempo y el espacio y el presente y el pasado en el marco del cristianismo« (9) – lo que explica la persistencia del dominio imperial portugués. El poder militar portugués por sí solo no habría logrado mantener el control sin la »colonización de la imaginación« o la »colonización de la conciencia«.

La tensión entre colonización e interiorización se desarrolla a lo largo de siete capítulos. Los capítulos 1 y 2 sientan las bases del diseño imperial y las estrategias de conversión. El capítulo 1 gira en torno a la cuestión de la confesionalización como parte del diseño intencional del rey Dom João III orientado hacia la centralización y la cohesión de la monarquía mediante la creación de poblaciones religiosamente homogéneas tanto en la metrópoli como en los territorios del imperio. Fue en este contexto en el que Goa se convirtió en la capital del *Estado da Índia*, un cambio de estatus que la vio convertirse en un centro imperial dotado de instituciones y privilegios reales. El capítulo 2 se centra en la conversión y en el marco institucional que apoyó los intentos de aplicar los planes de homogeneización cultural y religiosa de la Corona portuguesa en Goa. El capítulo detalla la estructura organizativa de la Iglesia, las diferentes ideologías seguidas por las órdenes (especialmente franciscanos y jesuitas), las políticas para destruir los templos e ídolos locales y borrar todos los marcadores visibles de las religiones no-cristianas, y los incentivos legales y sociales que se movilizaron para fomentar la conversión.

Mientras que, en cierto sentido, los dos primeros capítulos contemplan Goa desde las intenciones y los objetivos de las autoridades políticas y religiosas portuguesas, los capítulos siguientes se sumergen de lleno en los territorios de Goa. Aquí Xavier demuestra su impresionante dominio de las fuentes primarias y su atención al detalle. Los capítulos 3 y 4 revelan la importancia estructural de la alianza establecida entre la Corona portuguesa y la Iglesia, que permitió al imperio utilizar las redes eclesiásticas y monásticas para extender su alcance a lugares remotos. Estos capítulos muestran cómo el imperio echó raíces no sólo en la Goa urbana, sino también en lo más profundo de la Goa rural. En el capítulo 3 se analiza cómo el clero regular y secular se trasladó a las aldeas, fue dotado de poder jurisdiccional y pudo acumular poder económico mediante el control de tierras y aldeas. La presencia de los sacerdotes y las redes que establecieron no sólo resultaron eficaces para convertir a las poblaciones locales al cristianismo, sino que también trastocaron »las concepciones y percepciones del tiempo y el espacio, así como la forma en que estos sujetos se percibían a sí mismos, a su familia y a la sociedad« (135). La conversión de padres, hijos mayores, esposas e hijas trastocó casas y familias, interfiriendo »en la transmisión de la tierra y la herencia, cambiando las pautas de organización y jerarquía en dichas familias« (145). Con la conversión de los *gaunkares*, las élites locales de las aldeas, el tiempo religioso y las rutinas diarias se cristianizaron. Por ejemplo, el calendario cristiano se ajustó al calendario devocional precristiano, y las campanas de las iglesias empezaron a marcar la actividad diaria y a alterar las rutinas laborales. Aunque estos actos cambiaron el paisaje religioso del campo goes, el capítulo 4 se enfoca en »las herramientas de cristianización« orientadas a la internalización de la religión. Instrumentos religiosos, tales como »la prédica, confesión y comunión, además de escuelas para huérfanos, niños pequeños e instrucción para adultos« (155), así como el establecimiento de instituciones caritativas, cofradías y hospitales en las aldeas sirvieron como poderosas herramientas para moldear »la memoria, el entendimiento y la voluntad« (153).

Los capítulos 5, 6 y 7 cambian la perspectiva para revelar las profundas raíces de las comunidades de Goa. El relato es complejo y pretende mostrar la diversidad de las experiencias históricas sociales y religiosas locales, y cómo éstas moldearon la conversión. El capítulo 5 comienza con un análisis de los panteones de Chorão y Caraim para ilustrar »la complejidad religiosa de la isla y sus intersecciones con el poder, el uso de la tierra y los

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

grupos sociales que constituían la localidad« (213). Al destacar la diversidad de las experiencias históricas de la aldea, reconstruidas a través del culto a las divinidades locales (teniendo cada aldea panteones diversos), Xavier argumenta que la cristianización debe relativizarse dado que la concepción religiosa local podía integrar el cristianismo como una divinidad más dentro de un esquema de creencias que era integrativo, cumulativo y flexible. El cristianismo se convirtió así en una pieza más del mosaico ritual y religioso local que permitió su integración, aunque la atribución de significados y funciones probablemente difiriera entre los misioneros y las poblaciones locales.

El capítulo 6 gira alrededor de la resistencia de las poblaciones locales a la cristianización. Una vez más, la diversidad de las aldeas se pone de manifiesto, ya que el episodio central del capítulo está tomado de Cuncolim, una aldea alejada de la ciudad de Goa y situada en la frontera con el sultanato de Bijapur. El contraste entre el consentimiento mayoritariamente pacífico de Chorão y la resistencia de Cuncolim permite a Xavier nuevamente destacar la diversidad de las aldeas y el desarrollo de la experiencia imperial. Hubo, en definitiva, un patrón geográfico de resistencia contra los portugueses, siendo más común en Bardez y Salcete, que estaban situadas más cerca de Bijapur: »La cristianización del imaginario no sustituyó en muchos de estos pueblos la memoria colectiva del pasado. Permanecieron vivamente en contra de los portugueses« (275). Por último, el capítulo 7 se enfoca en la construcción de narrativas históricas por parte de las élites locales de Goa. La Corona mantuvo las diferencias entre los grupos sociales de Goa e incrementó la diferencia entre los portugueses peninsulares y goeses. Era una forma de asegurarse de que ninguno de los grupos acumulara un poder excesivo. Mientras los *casados* portugueses, colonos casados con mujeres locales y sus descendientes, intentaban demostrar su »antigua nobleza« para asegurar sus posiciones sociales, las élites locales apelaban a su propia condición de nobleza india para asegurar cargos de gobierno local para sus grupos. Xavier se centra en dos tratados para ilustrar cómo brahmanes y chardos adoptaron »el lenguaje imperial, adhiriéndose a los debates sobre la nobleza de las armas frente a la nobleza de las letras, de la nobleza cristiana frente a la nobleza civil, del linaje frente al hogar« (310). Los autores utilizaron esta gramática de la nobleza portuguesa para replantear la historia local dentro de los relatos bíblicos y cristianos. La interiorización de las narrativas cristianas y occidentales demuestra, según Xavier, hasta qué punto las élites locales se adhirieron y sostuvieron el orden imperial portugués, marcando la importancia que tuvo la dimensión confesional para sostener el dominio portugués en Goa.

En última instancia, *Religion and Empire in Portuguese India* trata menos sobre el imperio y la conversión como de la experiencia local del imperio y sus complejidades. Xavier no sólo se opone a las representaciones orientalistas de Goa y la India, sino que también muestra cómo la maquinaria del imperio era compleja, tenía múltiples niveles y estaba plagada de conflictos internos. Pero el corazón del relato está puesto en la sociedad de Goa, vista en toda su complejidad, atando los cabos entre pasado y presente, mundo urbano y rural, y dando protagonismo a las identidades grupales y las desigualdades sociales. Al mostrar las profundas raíces religiosas, sociales, y culturales de la sociedad goesa, *Religion and Empire in Portuguese India* muestra que la experiencia imperial fue necesariamente un proceso de *traducción* de la gramática cristiana y occidental a las condiciones locales. Es un libro importante para quienes se interesan por la relación entre imperio y derecho, pues muestra que a pesar de que la monarquía intenta ordenar e integrar poblaciones locales, éstas utilizan, reinterpretan e integran los códigos culturales de los colonizadores, atendiendo a las largas y ricas tradiciones históricas del lugar.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Paulien Broens

A Deep Dive into England's Early Africa Companies*

In the context of English trading companies, the historiography's principal focus has traditionally been on the East India Company and its role in the Indian Ocean trade, with little attention being paid to the earliest English Africa companies. Julie Mo Svalastog's book ›Mastering the Worst of Trades. England's Early Africa Companies and Their Traders, 1618–1672‹ seeks to remedy that, by offering a more nuanced history of England's early Africa trade, drawing attention to the legal agents who were part of these early companies and combining our conceptions of Indian Ocean trade and Atlantic trade into one commodity chain.

The Guinea Company (GC) was the first English Africa company with joint stock to be granted an official patent by King James I, which gave them complete and exclusive access to the West African coast in 1618. The first three chapters of this book focus on the company, its journeys and its members. The company initially started out as a small and limited structure that functioned on a *voyage-by-voyage* basis, importing assortments of goods from the West African coast into England, and with the hopes of obtaining – or finding a source of – gold. However, a large majority of the members left the company after several drawn-out court cases with superior traders and extensive financial difficulty had developed. The relaunch of the GC went hand in hand with new patent negotiations in the 1630s and 1640s. A trust-based system was created when the company became divided among four merchants who were tied together through close partnerships. Due to the flexibility they had obtained through processes of lending within this system of trust, profit (in the form of the coveted gold) was coming in more effectively. But overstretched funds, debt, political turmoil and both transnational competition and competing domestic private traders became a strain on the company. The volatility of this trade led to the diversification of their activities and the push towards plantation and slave trade. Problems persisted and eventually the East India Company (EIC) entered the picture. The GC ended up moving their trade over to the EIC in 1657/8 up until 1663/4. The EIC would purchase gold directly from the African states on the coast and transport it to their factories in India. However, their monopoly on the West African coast ended when a new patent was negotiated and the Company of Royal Adventurers Trading into Africa (RA) – the focus of the book's fourth and fifth chapters – took over. This patent, granted by the English state in 1663, explicitly stated that it was for the purpose of the slave trade, thus creating yet again a monopolized trade with formal company structure. As this trade was developing on a large credit basis, the growing debts proved to be entirely challenging. The costs started to consistently outweigh the benefits. Throughout all the financial strain as well as internal and external competition, all these companies acted as representatives of England; their patents stipulated that they had obligations to the Crown and had to serve the English drive for exploring and, eventually, managing the Empire's newly acquired realms.

The book is the result of a PhD conducted at Universiteit Leiden with the research project ›Fighting Monopolies‹ funded by the European Research Council. The project centres around providing comparative overviews of free agents and informal empires and their responses to each other, an approach which fits this book perfectly. At the forefront of the research project as well as the book is the role of the individual or the agent. Svalastog applies a *longue durée* perspective on both the companies and the private individuals that constructed and engaged with them, going against the construed and perceived dichotomy of private vs. corporate. A focus on these influential individuals – company men – helps us better understand these companies as institutions. The impact of the individual on the company is not unidirectional but flows both ways, with personal interest steering company interest and vice versa, and this is shown throughout the book.

* Julie Mo Svalastog, Mastering the Worst of Trades: England's Early Africa Companies and Their Traders, 1618–1672, Leiden / Boston: Brill 2021, X + 272 p., ISBN 978-90-04-44082-1

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Svalastog sets out to argue that the consistent tendency to perceive these companies (GC, EIC on the coast of Africa and early RA) as insignificant or irrelevant for further study due to their lack of profit is undeserved, saying that there is a need for deeper comprehension of and attention to them. The author manages to convince the reader of the benefit of bringing nuanced accounts by showing the extensive histories of these companies and their agents, and the foundation they provided for later profitable companies. However, her secondary goal is to change our usually negative assessment of these companies. This intention is felt throughout the entire work yet seems much less convincing. Svalastog attempts to move away from labelling the companies as failures because of their lack of profit; she wants the reader to perceive them for more than their profitability and tries to highlight the positive or beneficial actions taken by individuals within the respective companies as a reason not to see them as failures. Contextualisation with inclusion of stories by agents is important in order to better understand the start and the longer narrative of these companies – as the author does here – instead of perceiving the companies as irrelevant for the sole reason of lack of monetary profitability. This nuance does not take away from the fact that, nevertheless, these companies consistently failed to achieve success.

One cannot help but notice the lack of writing devoted to the interaction with local structures, considering that a work on agents in early Africa companies should not merely include British male merchants, but also the African agents they engaged with to establish their trade. But Svalastog points out that »the sources give us frustratingly little detail about transnational interactions between local structures and the GC at this early stage« (9), which addresses and explains this lack. Additionally, however, her choice of primary sources in a work on traders as agents raises some questions, since most of the primary sources are court, council and state documents from The National Archive in London. In an attempt to uncover the individual convictions, personal trade interests and benefits to the traders that caused them to undertake certain company decisions or have a lack of interest in the company's wellbeing, one would expect more correspondence, personal diaries or travel notes to have been consulted. There are references to the work by Makepeace ›English Traders on the Guinea Coast, 1657–1668: An Analysis of the East India Company Archive‹, who analysed some correspondence, but it might have been valuable for Svalastog to consult these correspondence pieces herself in a work so heavily centred around agency.

A clear and logical chronological structure is used throughout all five chapters, with an overall comprehensive writing style. It is a good read for anyone interested in early Africa companies and accounts on early trade, or for those interested in the individuals who interacted with corporations throughout history.

■

Winner Ijeoma

Rule of Law im kolonialen Afrika?*

Michael Lobban ist Professor für Rechtsgeschichte an der London School of Economics and Political Science und forscht insbesondere zum 18. und 19. Jahrhundert. Im zu besprechenden Band nimmt er sich eines besonderen Aspekts der Geschichte des britischen Empires an: den Inhaftierungen ohne vorausgehende Gerichtsverfahren in den afrikanischen Kolonien. Jede der behandelten Regionen wird ausführlich in den historischen und geografischen Kontext gestellt, was nicht nur Wissenschaftlern der afrikanischen Rechtsgeschichte ermöglicht, die Zusammenhän-

* Michael Lobban, Imperial Incarceration. Detention without Trial in the Making of British Colonial Africa, Cambridge: Cambridge University Press 2021, XII + 450 S., ISBN 978-1-316-51912-7

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

ge besser zu verstehen. Auch für Leser ohne juristischen oder historischen Hintergrund ist die Lektüre verständlich, da Lobbans Schreibstil eingängig und unkompliziert ist.

Im frühen 19. Jahrhundert, als Großbritannien begann, formelle Kolonien in afrikanischen Gebieten zu gründen, wurden afrikanische Führer, die sich den britischen Mächten widersetzten oder den Imperialismus anderweitig ablehnten, ohne Gerichtsverfahren inhaftiert. Die Kette von Ereignissen, die zu solchen Inhaftierungen führten, wird in diesem Buch detailliert dargestellt. Lobban untersucht, wie die Ausdehnung des britischen Empires durch eine Reihe von Rechtsinstanzen erreicht wurde, und welche Rolle der afrikanische Widerstand dabei spielte.

Vor dem Hintergrund der imperialen Expansion beschreibt der Autor, wie rechtliche Befugnisse in den britischen Kolonien die Inhaftierung ohne Gerichtsverfahren ermöglichten und regelten. Dabei befasst er sich mit den Missständen in den britischen Kolonien und ordnet die Inhaftierungen in den Zusammenhang mit der Geschichte der Protektorate, den imperialen Ambitionen, Aufständen und dem Kriegsrecht auf Grundlage von Archivalien ein.

Lobbans Analyse zeigt, dass die Inhaftierung afrikanischer Führer, die sich gegen das Empire auflehnten, eines von vielen imperialen Instrumenten war, mit denen die Briten das koloniale Projekt vorantrieben und die Hegemonie in Afrika erlangten. Seine Untersuchung zeigt die widersprüchliche Handlungsweise des Imperiums vom 19. bis zum frühen 20. Jahrhundert auf. Gleich zu Beginn geht er darauf ein, wie die Untertanen des Empire, denen eine politische Stimme verweigert wurde, gezwungen wurden, sich an das zu halten, was als »ein rationales, modernes und gleichberechtigtes Rechtssystem«[1] bezeichnet wurde. Die Rechtsstaatlichkeit und der Habeas Corpus Act wurden im britischen Empire theoretisch hochgehalten, doch der Autor kommt in seiner Analyse zu dem Schluss, dass sich die Briten in Bezug auf die afrikanischen Territorien nicht an diese Grundsätze hielten. Diese Thematik steht im Mittelpunkt des Buches, ebenso wie Unklarheiten in der Rechtsprechung, die Verstöße gegen die Rechtsstaatlichkeit in den Kolonien ermöglichten.

Lobbans neun Kapitel umfassende Analyse zeigt auf, wie die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit – im Sinne von A.V. Dicey – in den verschiedenen afrikanischen Regionen (nicht) umgesetzt wurden. Von Kapitel zu Kapitel wird deutlicher, dass diese Prinzipien aufgrund von »Rassenunterschieden« und geografischen Grenzen für die imperialen Untertanen nicht griffen. Einfach ausgedrückt: Der Schutz durch das Gewohnheitsrecht wurde vor allem den weißen Untertanen garantiert. Im Fall der Kapkolonie zum Beispiel, wo eine liberale politische und juristische Kultur herrschte, zeigt sich, dass die Strafverfolgung zwar in Form von adhominem-Haftgesetzen erfolgte, dass das Kriegsrechtsregime des Staates es aber dem imperialen Staat ermöglichte, auf Verfahren und Schutzmaßnahmen zu verzichten, die normalerweise in einem Prozess vorgesehen waren. Hauptgrund dafür war das Bestreben, die lokalen afrikanischen Führer zu entmachten und die britische Hegemonie aufrechtzuerhalten.

In anderen Teilen Afrikas, z. B. in Natal, sahen sich die Zulu-Häuptlinge mit einem weiteren Mechanismus der imperialen Kontrolle konfrontiert, nämlich der indirekten Herrschaft durch lokale, von den Briten ernannte Häuptlinge. Lobban arbeitet akribisch heraus, wie zugunsten der Kolonialbehörden eine Form des lokalen Gewohnheitsrechts erfunden und zur Durchsetzung der kolonialen Autorität über die Afrikaner eingesetzt wurde.

Er verfolgt dabei besonders die Frage, welche Rolle dem imperialen Gedanken bei der Umsetzung der Unterwerfungsmaßnahmen zukam. Dabei stellt er fest, dass die Angst vor dem Verlust von Macht und Hegemonie über afrikanische Gebiete den Kern der imperialen Überlegungen bildete, als die Kolonialmächte Methoden entwickelten, um den afrikanischen Widerstand gegen die Fremdherrschaft einzudämmen und die Untertanen daran zu hindern, ihre in der Magna Carta verbrieften Rechte in Anspruch zu nehmen. Lobban lenkt die Aufmerksamkeit des Lesers auch auf die Macht der Semantik, die zur Unterstützung der imperialen Expansion eingesetzt wurde. Die Bemühungen der afrikanischen Führer, die Souveränität über ihre Territorien zu bewahren oder sich von der Fremdherrschaft zu befreien, wurden als »rebel-

1 Übersetzungen ins Deutsche hier und im Folgenden von der Rezensentin.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

lisch« bezeichnet – ein Begriff mit negativer Konnotation.

In bestimmten Regionen, wie z. B. Natal, wo solche Bestrebungen nach dem damaligen Gewohnheitsrecht nicht als Verbrechen galten, fanden die Kolonialbehörden Mittel und Wege, diese Hürde zu umgehen, indem sie einheimische Tribunale zur Legalisierung ihrer Urteile gegenüber den Afrikanern einsetzten. In Lobbans Analyse zu Westafrika wird die britische imperialistische Agenda noch deutlicher. Selbst wenn eine Inhaftierung im Rahmen eines Habeas-Corpus-Antrags angefochten werden konnte, hing der Erfolg des Einspruchs vom Ansehen des Inhaftierten ab – also von den Werten der weißen Briten in der Metropole.

Ein zentrales Thema des Buchs ist das Muster der wiederkehrenden Verstöße gegen die Rechtsstaatlichkeit, selbst in Fällen, in denen die Inhaftierung ad hominem als Rechtfertigung genutzt wurde. Zugleich nahm das britische Außenministerium in Fällen der Verhaftung von afrikanischen Führern oder Personen, die sich ihren Befugnissen widersetzten, eine Laissez-faire-Haltung ein.

Es wäre interessant gewesen, wenn das Buch die kolonialen Hinterlassenschaften und die verschiedenen Versionen des Imperialismus, denen die behandelten Regionen ausgesetzt waren, näher beleuchtet hätte. Dies gilt insbesondere für die auch von Lobban untersuchten Regionen Süd- und Südostnigeria, eine der letzten kolonialen »Eroberungen« Europas. Die Briten kamen nicht unvorbereitet in die Region, sondern mit den Erfahrungen, die sie bei früheren Kolonialbesetzungen gesammelt hatten. Dieser Aspekt sowie das Streben der Briten nach wirtschaftlichem Monopol und ihre Vorstellungen von Recht und Ordnung, hinterließen in Westafrika ein Vermächtnis, das sowohl für die britischen Kolonisten als auch für die afrikanischen Akteure zu ausgeprägten Einschränkungen führte.

Lobban schließt seine so lesenswerte wie umfassende Darstellung der verschiedenen Regionen ab, indem er ein übergreifendes Element klar hervorhebt: nämlich dass die Durchsetzung der britischen Macht und die Beseitigung aller gegnerischen Strukturen oder Personen Vorrang vor der Einhaltung des Geistes des Common Law und der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit hatten.

■

Matilde Cazzola

Guardie, ladri e la giurisprudenza dell'anticipazione*

La portata della trasformazione che investì la polizia in Inghilterra nel passaggio tra il diciottesimo e il diciannovesimo secolo è ormai un assunto per gli studiosi di questo tema: precedentemente incaricata della preservazione del buon ordine municipale e della promozione dell'operosità e del benessere collettivo, fu alla fine del Settecento, e soprattutto con Patrick Colquhoun, che la *police* venne riorganizzata in attività cautelativa e anticrimine volta alla prevenzione dei reati. Il recente libro di Sal Nicolazzo completa e complica questo quadro, retrodatando la funzione della polizia come »anticipazione preventiva della minaccia« (210) alla prima modernità. Proiettata sullo sfondo del mondo anglo-atlantico sei- e settecentesco ed esaminata a partire da un vasto apparato documentario che include testi di legge, sentenze giudiziarie, trattati di storia ed economia politica ma anche trafiletti di quotidiano e fonti letterarie, la polizia raccontata da Nicolazzo non si riduce a un corpo

* Sal Nicolazzo, Vagrant Figures: Law, Literature, and the Origins of the Police, New Haven (CT): Yale University Press 2020, IX + 310 p., ISBN 978-0-300-24131-0

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

professionale ma si configura come un campo governamentale specificamente orientato ad anticipare e impedire potenziali sfide alla pace e alla sicurezza della società come bacino di accumulazione di proprietà privata (3).

L'orientamento al futuro della polizia è determinato dal nesso costitutivo che Nicolazzo intravvede tra *police* e *vagrancy*. Categoria giuridica di difficile traduzione in italiano, la *vagrancy* venne impiegata fin dal Medioevo per criminalizzare un gruppo vastissimo e disomogeneo di »vagabondi«: i poveri e i mendicanti privi di residenza in una parrocchia, i »pigri« e i disoccupati, i disertori, i fuggitivi e i rivoltosi, ma anche le prostitute e gli intrattenitori itineranti, gli ubriachi, gli stranieri e gli impostori (finti disabili, nomadi che si alteravano il colore del volto, donne in abiti maschili); una pletora di figure »disordinate«, insomma, accomunate da un presunto rifiuto di lavorare e percepite come immeritevoli di carità e assistenza, potenzialmente parassitarie sulle finanze parrocchiali e minacciose per la buona tenuta delle gerarchie sessuali e razziali e le dinamiche economico-politiche del mercato su cui l'ordine della società si fondava. A colpire della *vagrancy* è soprattutto l'elasticità dei suoi contorni: non solo il »vagabondaggio« così inteso era una categoria deliberatamente vaga e perciò capiente, disponibile ad abbracciare nuove identità sociali emerse via via come problematiche, ma trattava anche i propri oggetti come delinquenti per azioni che erano sospettati di poter perpetrare come se le avessero già commesse; si trattava, pertanto, di una nozione penale fondata su crimini non già compiuti ma soltanto intuiti e addebitati in via preventiva, che le *vagrancy laws* mai precisavano chiaramente per lasciarsi aperta la possibilità di includere reati imprevisti (4, 12). Questi reati, a loro volta, venivano puniti fuori dal raggio delle consuetudini giuridiche e processuali, che le leggi contro il vagabondaggio consentivano di eludere conferendo alle autorità locali (giudici di pace, supervisori parrocchiali, guardie e agenti) il potere sommario di punire con reclusione o espulsione chiunque finisse per trovarsi incluso nei loro termini (18).

Dall'indeterminatezza del gruppo dei *vagrants* dipende l'ampiezza del raggio di discrezione dell'autorità incaricata di prevederne le azioni e contenerne i movimenti, ovvero la polizia (26). Mostrando come i vagabondi abbiano funto da pretesto per la costruzione di un apparato repressivo specificamente inventato per fronteggiarli, Nicolazzo scava nella »preistoria« della *police* prima della sua istituzionalizzazione ottocentesca in un corpo professionista e centralizzato portandone alla luce le origini indissolubilmente intrecciate alle vicissitudini della *vagrancy*, la quale, di converso, viene presentata come categoria dotata di senso soltanto se pensata come »un rapporto di polizia« (70, 122). Nel libro, la nascita primo-moderna della *police* come interna alla storia della *vagrancy* viene ricostruita attraverso un andirivieni continuo tra diritto e letteratura, che illustra come la narrativa sia stata storicamente usata a supporto e integrazione dei testi di legge e delle sentenze giudiziarie, e come di converso personaggi letterari abbiano offerto il modello a partire dal quale giuridificare soggetti sociali. Il libro mostra altresì come l'invenzione del problema sociale del vagabondaggio e la sua risposta giuridica, la polizia, siano precocemente fuoriuscite dai confini locali della parrocchia per essere messe al servizio della conquista dei territori coloniali, della tratta schiavista e dell'emergere di nuove forme di lavoro coatto nella cornice globale dell'Impero (3–5). »Figure vagabonde« erano destinati a diventare, infatti, anche i servi a contratto deportati nelle colonie e gli schiavi brutalizzati nelle piantagioni nel momento in cui fuggivano dai rispettivi padroni o disobbedivano ai loro ordini. Fu proprio la flessibilità e capienza del vagabondaggio come forma imposta di identità sociale, osserva Nicolazzo, a consentire alle leggi volte a criminalizzarlo di riprodursi sorprendentemente uguali a sé stesse attraverso il tempo del capitalismo e lo spazio dell'Impero (6).

I capitoli del libro assemblano una galleria di ritratti individuali, rappresentativi della diversificata resa letteraria del gruppo eterogeneo dei *vagrants*. Il primo capitolo si concentra sul romanzo picaresco tardo-secentesco, mettendolo in dialogo con le coeve norme a criminalizzazione dei »malviventi« *(rogues)* e con gli inizi del sistema di deportazione coatta dei poveri inglesi oltreoceano. Il secondo capitolo analizza la produzione letteraria del teorico settecentesco della polizia Henry Fielding per approfondire il nesso esistente tra la *police* e l'ordine domestico come fondamento dell'ordine della società, e mostra come il reato di *vagrancy* comprendesse anche il rifiuto delle gerarchie sessuali, la trasgressione dalle convenzioni di genere e una condizione di marginalità rispetto al regime produttivo e riproduttivo della famiglia patriarcale. Il capitolo 3 proietta la poesia romantica e il personaggio lirico del girovago campestre

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

sullo sfondo dello spazio metropolitano che fornì il laboratorio per l'organizzazione delle prime forze di polizia professionale: il contesto urbano e portuale di Londra, vulnerabile ai furti e ai disordini e perciò precoce teatro di pattugliamenti polizieschi volti a mettere in sicurezza la circolazione di ricchezza commerciale di cui la capitale era ormai diventata uno snodo di rilevanza globale.

Nella *vagrancy* urbana di Londra si trovavano inclusi anche quei *black poor* (lealisti afroamericani fuggiti dal Nordamerica rivoluzionario e *lascars* indiani impiegati sulle navi della East India Company) destinati a diventare loro malgrado l'oggetto dei piani filantropici di deportazione in Sierra Leone. Ciò introduce il tema attorno a cui ruotano gli ultimi due capitoli: la razzializzazione del vagabondaggio a scapito dei colonizzati e degli schiavizzati di origine africana. Il capitolo 4 esamina lo scollamento, nel Nordamerica coloniale e postcoloniale, tra la criminalizzazione della fuga da schiavitù e servitù e della resistenza dei nativi contro l'abbandono forzato dei propri territori da un lato, e la mitizzazione della *vagrancy* quando riportata all'interno della narrazione eccezionalistica della mobilità dei coloni bianchi attraverso la frontiera dall'altro. Il quinto e ultimo capitolo, infine, fa luce sulle radici atlantiche e coloniali della *blackness* come condizione di vulnerabilità all'imprevedibilità della violenza poliziesca concentrandosi sul racconto autobiografico di Olaudah Equiano, in balia – a dispetto del suo stato formale di libertà e dei suoi continui appelli alla protezione della legge – del processo di risemantizzazione della mobilità dei neri (schiavi e liberi) come *vagrancy* in quanto sfida all'ordine razzializzato dello schiavismo.

L'affascinante storia transatlantica della polizia che Nicolazzo ricostruisce con rigore documentario e un avvincente stile argomentativo insiste dunque sulle forze globali – capitalismo, colonialismo, schiavismo – che ne hanno determinato le trasformazioni nel solco del suo legame a filo doppio col vagabondaggio (248). Mentre ciascun capitolo valorizza singole soggettività letterarie, nel suo complesso il libro invita a non dimenticare come la giurisprudenza poliziesca della *vagrancy* abbia storicamente rinnegato tanto l'individuo quanto il soggetto di diritto, plasmando non una tassonomia precisa e definita quanto piuttosto un elenco collettivo, spersonalizzato e programmaticamente in espansione di »figure«, uomini e donne senza padrone resi oggetto non di studio e conoscenza, bensì di sospetto e anticipazione.

■

Victoria Hooton

Pauper Agency and Negotiation Under the Old Poor Law*

Navigating the Old English Poor Law, by Peter Jones and Steven King, offers a compilation of valuable primary sources relating to the administration of the Old English Poor Law system in the early to mid-19th century. Jones and King have uncovered meticulously preserved correspondence, comprised of nearly 600 letters, between dependents of poor relief in the north of England and the overseer of the poor in Kirkby Lonsdale, a market town in Cumbria. The completeness of the Kirkby Lonsdale correspondence is what the editors refer to as »a matter of historical serendipity« (2) that is only possible due to the conscientious record-keeping of Stephen Garnett, Kirkby Lonsdale's officer for poor relief. The aim of this volume is to collate letters that provide a compre-

* Peter Jones, Steven King (eds.), Navigating the Old English Poor Law: The Kirkby Lonsdale Letters, 1809–1836, Oxford: Oxford University Press 2020, 400 p., ISBN 978-0-19-726681-6

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

hensive view of the life-cycle of welfare dependency during the later years of the Old Poor Law. They enable the reader to witness the establishment and development of longstanding, even lifelong, relationships between relief claimants and the administrators of poor relief. The volume demonstrates the intricacies of the system before it was ultimately reformed with the New Poor Law in 1834. The editors note (2) the rarity of preserved correspondence that allows such an impression of the lives of the poor, despite the existence of numerous collections of parish correspondence dating from the time of the Old Poor Law. Thus, the collection in this book provides something new and valuable to scholars interested in this area of legal and social history, as well as complementing existing volumes on pauper collections in Essex and Norfolk by Thomas Sokoll and Joseph Harley, respectively.

The editors' introduction explains the contents of the collection and presents overarching themes that can be gleaned from the collected letters. Maps are provided to visualise the geographical reach of the documents and the broader parish archive collections from which they originate. The book presents twenty sets of letters sent by relief claimants and their families (or a person writing on their behalf) to the Kirkby Lonsdale Parish. The correspondence also includes accounts submitted by the parishes hosting these families to the Kirkby Lonsdale poor relief office, denoting sums owed for poor relief granted by the former, and any notations made on the received letters by Stephen Garnett. The collected sources and the analysis offered by Jones and King in their thorough introduction offer four valuable insights for legal historians interested in the administration of poor relief in the period covered.

Firstly, the letters demonstrate the difference between the black letter Poor Law as it was constructed and the law as it was practiced on both sides of the relief system. The 1601 *Act for the Relief of the Poor* placed a legal obligation on parishes in England and Wales to care for their poor. In 1662, a reform of the Act created the system of settlement that would determine who belonged to which parish, and set out the scope of parochial responsibility for poor relief. Settlement was the legal gateway to relief, and those without it risked being sent back to their parish of settlement in the event that they required relief. Jones and King note that the administration of removal became inefficient as migration increased within England, and thus a system of »out-parish« relief emerged in the late 18th century, where the poor were provided for by their settlement parish but could remain in their parish of residence. The authors discuss various theories as to why settlement was not enforced, and show that decisions to grant out-parish relief were influenced by various factors. What the evidence presented in the book can demonstrate is the potential longevity of out-parish relief which could be negotiated by the poor, despite the potential for removal under the settlement system.

As well as non-enforcement of settlement, the letters demonstrate the negotiating skills of the poor, which they employed instead of formal routes of appeal. The obligations placed on the parish by the Old Poor Law were not prescriptive, so who received relief, and what they would receive, was left to poor relief officials to decide. Whilst the Old Poor Law allowed the poor to appeal to magistrates should a disagreement arise as to the provision of relief, this was not often relied upon. The editors point out, and the letters demonstrate, a preference for diplomacy and conflict avoidance among the poor, with threats of appeal or threats to come »home« and be fully dependent on the parish being used when more polite appeals had failed. According to Jones and King, that the formal appeal system was seldom utilised by the poor was not a result a lack of awareness among them, but due to their reliance on informal means to gain access to poor relief. However, the letters demonstrate a level of legal literacy about the appeal system that aided their informal requests. The quasi-discretionary nature of the old relief system, the realities of parish migration, and the avoidance of legal avenues of redress in favour of communication and negotiation revealed by the collected letters highlight the more nuanced workings of the Old Poor Law system that legal historians may miss without the aid of pauper correspondence.

Thirdly, the letters offer insights into the lived experience under the regime. Appeals for relief give the reader an insight into the reasons for hardship experienced by the poor. Old age, illness, accident, disability, work scarcity, and the paucity of parish relief already received are some of the reasons given for appealing to the Kirkby Lonsdale parish. The descriptions of hardship demonstrate the poor's understandings of the »yardsticks of deservingness« (14) under the parish relief system.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

The correspondence also illustrates a level of advocacy for the poor, or at least for the provision of relief to them, by officials from their parish of residence, doctors, or even landlords writing to collect rent from the Kirkby Lonsdale parish. Thus, this collection not only portrays the voices of the poor at this time, but also of others around them who were invested in their appeals for aid.

Finally, the editors demonstrate the agency of the poor in their requests for out-parish relief under the Old Poor Law system. Whilst remaining cautious about ascribing agency to the poor, Jones and King rightly assert that it is difficult to find powerlessness in their correspondence. The letters give an insight into the rhetorical devices utilised to gain access to poor relief, such as references to »nakedness«, »starvation« or the writer's belonging within their parish of residence, and the relative success of these devices. By mapping the use of rhetoric, friendliness and familiarity in appeals to the Kirkby Lonsdale Parish, Jones and King show that the poor were not just passive objects of the Poor Law system, but actually had a »formidable armoury of sentiment, linguistic sophistication and community support in their negotiations for relief« (3).

Overall, this collection provides thought-provoking insights into the workings of the Old Poor Law. Jones and King have curated an interesting and comprehensive set of primary sources that not only offers value to those studying the administration of the law, but also offers valuable evidence as to the agency, knowledge and experience of those seeking poor relief, and of the familiarity between those dependent on that relief and those administering it.

■

Emily Kadens

Commerce Between Law and Practice*

Legal scholars today talk about contracting in the »shadow of the law«. In other words, contracting parties know that they draw up their private rules against a background of default sales law and remedies that courts will reference and enforce. But in his magisterial study of English commerce and commercial law between 1830 and 1970, Ross Cranston demonstrates that during this formative period of modern commerce, the description needs to be reversed. Lawmaking through courts and legislation happened in the shadow of contract.

While this is a book about commercial law, it centers on the participants in trade. Lawyers and judges and legal doctrine play subsidiary roles serving commodities exchanges and contracting parties.

Cranston's main argument is that commercial law (in its broadest sense) was made through the private ordering of contracting parties and the exchanges that supported and to some extent lightly regulated them. In a legal, political, and cultural atmosphere privileging party autonomy, merchants, agents, producers, manufacturers, and retailers went about their business, developing customs and usages that regularized ordinary trade and innovating to meet new situations. Commodities exchanges eventually used that accumulated practice to draft standard form contracts. Most of this activity was done without reference to the formal law.

Lawyers acted as occasional advisors, whose advice was freely ignored if inconvenient. Courts provided guardrails addressing fraud, protecting vulnerable consumers, or sorting out risk of loss in the event of a party's insolvency. Otherwise, the period was characterized by a largely judicial *laissez*

* Ross Cranston, Making Commercial Law Through Practice, 1830–1970, Cambridge: Cambridge University Press 2021, 483 p., ISBN 978-1-107-19889-0

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

faire approach. On the whole, judicial decisions supported trade rather than forced commerce into channels set by legal doctrine.

But the courts were not irrelevant to commercial practice. Newly-decided cases – some of which the business community thought wrong – could lead transactors and exchanges to redraft their contracts to reflect or to contract around changes in legal doctrine. Professor Cranston describes this situation as »[c]ommercial practice first, law second«, but the story he tells creates a somewhat more nuanced sense of the development of commercial law as a push-pull between two unequal forces. Contract and commercial practice took precedence, but sometimes it had to respond to external stimuli introduced by the courts.

The structure of the chapters reinforces this push-pull relationship. Each chapter begins and ends with an overview, then discusses the on-the-ground working of trade or finance, often through case studies, before turning to the role of lawyers and courts and how business practice responded to the legal inputs. Thus, while he physically places practice first and law second in his text, he also demonstrates how law responded to practice and practice to law.

After an initial chapter that provides a high-level overview of the sweep of commercial development across the entire historical period he is discussing, Professor Cranston proceeds from institutions (trading organizations) to actors (agents) to sales (contracts) to money (banks). This order builds the story thematically starting with the people who do the deals, then turning to the contracts they use, and ending with their methods of financing those deals. It requires readers to keep the chronological big picture provided by Chapter 1 in mind throughout, and it results in a certain amount of deferring full understanding of practices introduced in earlier chapters until later in the book. With the caveat that the introductory chapter will not be easy reading for those without some pre-existing understanding of commerce and 19th- and 20th-century business history, the structure works well.

The first substantive chapter, Chapter 2, focuses on the mechanics behind the distribution of international commodities such as cotton, grain, sugar, tea, coffee, wool, and spices. It details the organization of and membership in the international commodity exchanges of London and Liverpool and the brokers who made them function, the outgrowth of futures markets from the exchanges, and the development of commodities clearing houses to offset contracting parties' claims and obligations. Consistent with Cranston's overall theme, the courts played little role in regulating the markets, even leaving most of the control of speculation and cornering to the exchanges and their membership contracts. In this, the English commodities and futures markets differed from those in the United States, which were more heavily regulated from the beginning.

Chapter 3 addresses the complex topic of contract intermediaries in international trade. These varied intermediaries were the connective tissue of the distribution networks, but they prove much more difficult to describe than the buyer and seller on either end of the sales contract. Contemporaries used the general term of agent, but agents could take many roles including those who bore the risk like principals, retailers in exclusive dealing arrangements with manufacturers, brokers, and the local actors such as the *comprador* in China or the *banyan* in India. A major theme of the chapter is the way commercial arrangements moved forward in response to the needs of trade regardless of the law's ability to keep up. Most of the time no disputes arose, and no one cared exactly how the intermediary was described. When matters did come before the courts – with Cranston often referencing colonial court decisions in the absence of English ones – the courts tended to respond pragmatically rather than insist on the underdeveloped and narrow common law of agency.

Chapters 4 and 5 concern sales contracts. Chapter 4 deals with the distribution of manufactured goods. The chapter first provides a fascinating discussion of the court imposition of implied warranties of fitness for purpose and merchantability and their subsequent incorporation into the Sale of Goods Act of 1893. Next, Cranston shows how businesses reacted by contracting around these default rules and instead writing contracts with detailed specifications. The remainder of the chapter contrasts how the law treated business-to-business relationships involving the leasing of rail cars and the market-controlling relationships between automobile manufacturers and retailers with the financing of consumer purchases of durables like automobiles, sewing machines, and furniture through hire purchase. While the courts interfered little in the business contracts, the state was more involved in protecting consumers from

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

abuse of the hire purchase system. County courts in particular criticized hire purchase in the 1930s, and they actively enforced the Hire Purchase Act of 1938, which limited the hirers' ability to snatch back goods for minor defaults.

Chapter 5 sits at the heart of Cranston's thesis that commercial practice dictated the direction of commercial law. The chapter focuses on the drafting of standard form contracts by the exchange markets for the sale of commodities in international trade. According to Cranston, the contractual language came from the exchange committees themselves with only the occasional involvement of lawyers (certain clauses, such as arbitration clauses, excepted). As commerce changed, the exchanges modified existing forms and added new ones. Because disputes were arbitrated by privately-selected arbitrators, with appeal to exchange-provided appeal committees, the courts rarely got involved. But when they did, and the courts' interpretation of the form contracts disagreed with what the exchange members wanted, the exchanges responded by redrafting their forms to contract around the court decisions.

The book may somewhat underestimate the role of solicitors in the development of the standard form contracts. Cranston describes the forms as coming from the traders and observes that some associations based their new forms on those of existing trading houses. This does not obviate the possibility that the trading house had used lawyers or legal form books in drafting their initial contracts. The absence of lawyers may also be an artefact of archival survival – not only are solicitors' archives less common and less accessible, but lawyers may also have given advice orally, and evidence of that would be captured only capriciously.

Regardless of who drafted the contracts, however, one of their signal characteristics was certainty and formality. Professor Cranston describes discussions about proposed individual clauses in which open-ended or discretionary language was rejected. This offers a counterpoint to the approach of the drafters of Article 2 (on sales law) of the Uniform Commercial Code in the United States. Although the work on Article 2 took place between 1945 and 1952 – thus during the period covered by Cranston's book – it rejected formalism and instead gave preference to a flexible standard of commercial reasonableness. Yet as Professor Lisa Bernstein at the University of Chicago has argued,[1] and as Professor Cranston's book demonstrates, commercial parties have shown a preference for formal rules. We might, consequently, ask whether Article 2 represented the way of the future, or a mistaken blip trying to alter a formalist constant of commerce. It is also ironic that just as the drafters of Article 2 were giving precedence to trade usage as a source of governing contract law, in England, »by the 1950s, if not earlier, custom and usage had become a spent force in transposing commercial practices into law« (47).

Chapters 2, 4 and 5 should give advocates of private ordering food for thought. Yes, Cranston portrays what appears to be largely self-regulating markets, and English trade and manufacturing was certainly very successful on an international stage through most of Cranston's period. But those markets were also firmly embedded in social and institutional structures: the commodity exchanges and banks run by and for men of a certain race, social class, and cultural upbringing, supported by lawyers and judges sharing those characteristics, and underpinned by a power structure favoring the merchants in England at the expense of producers, agents, and importers elsewhere. The mostly successful private ordering of 19th- and early 20th-century England may not be replicable under the entirely different conditions prevailing today, and even the close-knit networks of that time did not prevent fraud or abuse of market power.

Finally, Chapter 6 looks at how banks financed trade and industry. Trade finance depended primarily on bills of exchange. These sat atop a common law foundation that was several centuries in the making, and ultimately upon the codification and simplification of the law in the 1882 Bills of Exchange Act. In non-trade finance, by contrast, regulation was absent and the courts as usual

1 Lisa Bernstein, Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms, in: University of Pennsylvania Law Review 144 (1996) 1765–1821; ead., Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions, in: Michigan Law Review 99 (2001) 1724–1790.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

followed the lead of the actors and institutions by enforcing the innovative practices structured through contracts.

This is an ambitious, dense book that is obviously the culmination of a lifetime of scholarship and research. Cranston knows and references the secondary literature and the judicial decisions, but it is his use of archival material that is truly exciting. Trade association and company directors' minute books, solicitors' opinions, standard form contracts, contract books, agency agreements, and more provide an in-depth and on-the-ground view. For the study of commercial practice this is incomparably superior to the distorted picture provided by confining oneself to reported decisions and normative legal or commercial treatises. As Professor Cranston points out, a lot of trade occurs without resort to the courts, so that a »case-centred approach neglects […] the types of commercial transaction which have been rarely litigated« (1).

Of course, the book has certain self-imposed limits. It is a study of the sale of goods and trade finance with a focus on commodities. It skips over contracts of carriage, the history of corporations, and most consumer sales. Cranston does not engage with underlying economic conditions beyond mentioning the impact of major wars and the Great Depression. His book takes for granted England's imperial position, but he leaves the study of the interplay between imperial politics and economics and trade to others.

As with any work of history, the story begins at a certain arbitrary point, and the phenomena discussed in the book are sometimes implied to be new. They were not always new, however. Trade associations, agency, long-distance foreign trade, commodities exchanges, bills of exchange, letters of credit, and banks had existed for centuries by the time Professor Cranston picks up his story. Yet by the 19th century, these institutions and practices seem to have grown into quite different things from their earlier permutations. The novelty of legal doctrines addressing many of these practices during the period Cranston discusses raises questions about how they interacted with the law in earlier periods and how the practices themselves changed in the early 19th century. Cranston's book has now told the end of the story, providing a basis from which other historians can work backwards to study the earlier periods.

A final note to the publisher: a large, well-sourced book like this truly needs a bibliography!

■

Uponita Mukherjee

Insanity, Crime and Responsibility Cases: A View of Common Law from the British Empire*

Catherine Evans' monograph, *Unsound Empire: Civilization and Madness in Late-Victorian Law*, teems with tales of horrific and tragic killings mined from across four archival sites of the British Empire in the 19th century – England, Canada, Australia and India. At the center of the narrative are the men and women apprehended for these criminals acts. Evans tracks them as they were moved in and out of courtrooms and asylums, rendered into objects of legal briefs and medical records, while their psychic status prior to, during, and after they killed their victims, remained uncertain from the perspective of both medical diagnosis and legal deliberation. She narrates their life stories from the perspective of the judges, lawyers, physicians, and social scientists who grappled with

* Catherine L. Evans, Unsound Empire: Civilization and Madness in Late-Victorian Law, New Haven (CT) / London: Yale University Press 2021, 290 p., ISBN 978-0-300-24274-4

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

the problem that these prisoners repeatedly posed to Victorian criminal justice: Could a person be convicted for a crime if it was unclear whether they could be held sufficiently responsible for the act?

The question of »criminal responsibility« or *mens rea* was, and continues to be, a central preoccupation of criminal law and justice. *Unsound Empire* explores how »responsibility cases«, a shorthand Evans uses to identify »cases in which a defendant's sanity was at issue« (4), put into the sharpest relief the uncertainties about human agency and mental capacity that troubled legal assessment of criminal culpability in Victorian murder trials. The lack of moral scruple and self-control that the prisoners displayed in these cases, particularly when they showed no visible signs of cognitive impairment, also confounded Victorian alienists, pushing them to devise new and protean diagnostic categories that articulated unevenly with legal definitions of insanity. While law searched for clearly defined, stable, and enforceable parameters for sifting a sane person from an insane person and thus the guilty from the innocent, new developments in the Victorian mental and evolutionary sciences thoroughly thwarted this search, proposing insanity variously as a heritable, social, or civilizational malaise, rather than a disease afflicting individuals. Evans masterfully traces how as the 19th century drew to a close, the law and the (mental and social) sciences spoke more and more at cross purposes as British justice teetered between two perilous pitfalls: inadvertently punishing the innocent and/or letting the guilty off the hook.

Evans explores the ramifications of Victorian medico-legal responsibility controversies on an imperial canvas. In the introduction, she situates her book within post-imperial studies, a growing field of critical revisionist scholarship less inclined to ask (and even less to lament) why the once mighty British empire collapsed, than to wonder at the resilience of an enterprise that bristled throughout its course with internal contradictions. If the legal history framework distinguishes the book from studies of mental diseases undertaken by historians of science and medicine, the imperial scale at which Evans has pursued her research questions sets *Unsound Empire* apart from existing accounts of legal responsibility. Within Britain's expansive empire, whose »external frontiers« drew together disparate cultures, peoples and social mores – often deemed less evolved and thus less legally responsible than the white male Briton – »[t]he mind«, Evans contends in her crisp and evocative prose, »emerged as the Victorian Empire's vast internal frontier« (3). At the limits of sanity, the twin pillars of law and science on which the vaunted civilizing mission of Britain's imperial ambitions rested, tottered.

The book chapters demonstrate how »the bare assertion that a person was a British subject could not answer the question of his or her mental competence« (3). At one end of the spectrum, in the Victorian metropole, widely accepted popular stereotypes about gender and class diluted legal parameters for determining mental capacity in murder trials – Evans' exploration of infanticide by women, especially mothers (chapter 5) deserves appreciation for nuance here. At the other end, as the discussions on infanticide in British India (chapter 6) and the so-called ›wendigo psychosis‹ in colonial Canada (chapter 8) show, in Britain's colonies, the difficulties of investigating instances of homicide that seem to interweave with cultural practices of the colonized people increasingly pushed colonial legal and medical authorities to double down on the language of »cultural pathology«. The strongest and most compelling chapters, which does justice to the imperial scale of Evans' research, weaves together stories from the metropole and multiple imperial jurisdictions (chapter 3). The chapters that showcase a single imperial jurisdiction (chapters 2 and 6), however, tend to delve too deeply into fleshing out the institutional (colonial judiciary and judicial services) and discursive (emergence of medical jurisprudence) context, often at the expense of advancing the central argument of the book; they stoke but do not quite satisfy curiosities about »the robust circulation of legal concepts in the empire« (4).

Although framed as a critical history of empire, *Unsound Empire* is most riveting when readers get to see Evans flexing her analytical muscles as a socio-legal historian. Her central contention, similar to the arguments of many historians who have studied the intersections of law and colonialism, is that English law served at once as the »premier organizing instrument«, the »ideological core« (4) and »moral heart« (7) of British imperialism, and a site where the vulnerabilities and anxieties of the British imperial enterprise also ultimately became visible. But this is not an analysis of imperial ideology that takes law as merely a backdrop. Evans builds her arguments about the interlocution of

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

law and empire by attending closely to the inner workings of common law, showcasing both the diversity and unity of legal norms, institutions, and practices across different colonial settings.

The British legal historian A. W. Simpson, whose work Evans cites in her introduction, maintained that in common law »the relationship between judicial decision, free will, and abstract doctrine, has long been the subject of a theoretical dispute which shows no sign of ending«.[1] *Unsound Empire* is an elegant examination of these abiding internal tensions and torsions of common law, using the leading case method, which Simpson adapted from law school pedagogy for legal historical analysis, to its full effect. While the 1843 M'Naghten rule – that serves till date as the most authoritative articulation of a common law legal definition of insanity – forms the spine around which the monograph is built, a series of individual cases – some precedent-setting by effect, and some, by design, propped to test legal rules – provide its flesh and bones. Borrowing tools from scholars who take the law-in-action approach to study law, Evans' analysis, too, proceeds by playing one (stable legal rules) against the other (dynamic litigation). And finally, invoking the methodological commitment of sociolegal analysis, she brings into the narrative all the relevant contemporary scientific debates on mental disabilities to reckon law »as an arena of conflict within which alternative social visions contended, bargained, and survived.«[2] This dynamic comes through most effectively in chapter 4, which tracks the Irish-born, Melbourne-based lawyer Marshall Lyle, who picked a series of test cases from a colony, and corresponded with the leading 19th-century criminologist Cesare Lombroso, in his mission to challenge the M'Naghten rule at the Privy Council in London. Students of legal history have much to learn from this book, although it would have been useful to have a note from the author, perhaps in the introduction, on the rationale that guided her selection of cases. Quibbles aside, at its best, Evans' examination of the changing nature of insanity defenses in Victorian courts is an instructive account of how common law legal institutions (colonial and imperial court systems), culture (trans-imperial networks of lawyers and judges), and procedure (the sequence of appeals and use of legal precedent) can be made to do double duty in historical analysis, as both contextual information and methodological tools.

The blurb of the book lays out the stakes that responsibility controversies had for some of the (most powerful and prominent) historical actors in *Unsound Empire*, especially the Victorian empire builders: »Could British civilization survive if killers avoided the noose?« The book offers an astute and critical historical perspective on questions about Britain's imperial legacy that have regained political currency post-Brexit. However, Evans hints at a story of survival that is far more interesting: not that of »British civilization« at all, but of English common law. Analyzing the remarkable resilience of common law institutions that continue to thrive even now in a host of former British colonies, long after the end of empire, is not the central concern of this book: the title makes it clear that Evans is interested in »late-Victorian law«. But by showcasing a crucial historical juncture when the principles of English common law gradually traveled out of a tiny North Sea island to find home (and even to thrive) in far-flung places across multiple continents, the book throws up questions about the nature of common law as an imperial, rather than a parochial English, institution that give historians of law and empire much to think about. ›Victorian law‹, after all is a species of the genus ›common law‹.

■

1 A. W. Brian Simpson, Leading Cases in the Common Law, Oxford 1996, 1.

2 Hendrik Hartog, Pigs and Positivism, in: Wisconsin Law Review (1985) 899–935, 930.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Fabian Klose

Zur Ambivalenz humanitären Handelns im British Empire*

Die Geschichte des Humanitarismus bildet zweifellos eines der Forschungsfelder, das in den letzten Jahren – gerade auch im Bereich der internationalen Geschichte – intensiv und mit großem Ertrag bearbeitet wurde. Zahlreiche Studien sind entstanden, die sich mit den verschiedenen Motiven für und Formen von humanitärem Handeln sowohl im 19. als auch im 20. Jahrhundert auseinandersetzen. Ein besonderes Augenmerk richtet sich dabei verstärkt auf den kolonialen und imperialen Raum, in dem paternalistisch-zivilisierende und humanitäre Ziele häufig zu einer wirkmächtigen Einheit verschmolzen, mit weitreichenden Folgen für die nationale wie internationale Politik. Die 2021 in der Reihe *Critical Perspectives on Empire* bei Cambridge University Press erschienene Monographie »Protecting the Empire's Humanity: Thomas Hodgkin and British Colonial Activism 1830–1870« von Zoë Laidlaw lässt sich in dieser prosperierenden Forschungslandschaft verorten. Die australische Historikerin, die an der University of Melbourne britische Geschichte lehrt, widmet sich in ihrem Buch der Rolle von Thomas Hodgkin und der von ihm mitgegründeten Aborigines' Protection Society beim Schutz indigener Bevölkerungen in den britischen Kolonien in Australien, Kanada, Neuseeland und Südafrika um die Mitte des 19. Jahrhunderts. Die koloniale Siedlerexpansion in den 1830er und 1840er Jahren bedeutete für die indigene Bevölkerung gerade in diesen Teilen des Empire eine massive Bedrohung, was Hodgkin und seine Mitstreiter*innen dazu veranlasste, sich für die Belange und Rechte der indigenen Untertanen des britischen Kolonialreichs aktiv einzusetzen.

Als Hauptquellenbestand dient der Autorin der in der Wellcome Library in London aufbewahrte persönliche Nachlass von Hodgkin. Als Mitglied der Religionsgemeinschaft der Quäker, als renommierter Arzt und Wissenschaftler sowie als prominenter humanitärer Aktivist verfügte er über ein beachtliches Netzwerk, das mit entsprechend reichhaltiger Korrespondenz zu verschiedensten Akteur*innen im Empire und darüber hinaus einherging (3–9). Den äußerst ambivalenten Charakter seines humanitären Handelns im kolonialen Kontext macht Laidlaw gleich zu Beginn ihrer Einleitung deutlich:

> »Via Thomas Hodgkin and the Aborigines' Protection Society, I offer a new perspective on those critical decades, examining both the extent to which British campaigners had any success in defending indigenous rights and the degree to which their construction of a ›civilized‹ indigenous subject actually contributed to indigenous dispossession and disintegration.« (2)

Diese Form des humanitären Aktivismus kritisierte somit die unerwünschten Auswüchse des britischen Kolonialismus, während sie gleichzeitig die paternalistische Zivilisierungsmission des viktorianischen Großbritanniens befürwortete bzw. förderte. Methodisch bedient sich die Autorin also eines biographischen Zugriffs, um mit Hilfe der zentralen Figur Hodgkins kritisch auszuleuchten, wie sich ein »imperial humanitarianism« (2) herausbildete. Auf diese Weise sollen, so die Autorin, miteinander verwobene Diskurse über britische Vorstellungen von Humanität, Zivilisation, Religion, Kolonisation und der Gewährung von indigenen Rechten offengelegt werden (8).

Das Buch, bestehend aus insgesamt zehn Kapiteln, gliedert sich in zwei ausgewogene Hauptteile. Der erste trägt den Titel »Mapping Humanitarianism« (29–172) und zielt darauf ab, die britischen Kampagnen unter Führung von Hodgkin und der Aborigines' Protection Society im größeren Kon-

* Zoë Laidlaw, Protecting the Empire's Humanity: Thomas Hodgkin and British Colonial Activism 1830–1870, Cambridge: Cambridge University Press 2021, XIII + 374 S., ISBN 978-1-108-16465-8

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

text eines entstehenden britischen »imperial humanitarianism« zu kontextualisieren. Laidlaw betont die besondere Bedeutung des von 1835 bis 1837 vom Unterhaus eingerichteten Select Committee on Aborigines, das entscheidend dazu beitrug, die britischen Eliten gegenüber den Belangen indigener Untertanen zu sensibilisieren. Letztlich führte dies unter anderem zur Gründung der Aborigines' Protection Society unter maßgeblicher Federführung von Hodgkin im Jahr 1837 (31–60). In diesem Zusammenhang betont die Verfasserin die Bedeutung des Wirkens Hodgkins als Arzt und Wissenschaftler für seine Rolle als Aktivist, denn gerade seine wissenschaftliche Beschäftigung mit Fragen der Geographie, Ethnologie und Medizin hätten ihn bezüglich humanitärer Belange ganz wesentlich geprägt (61–98). Zudem kann die Autorin überzeugend zeigen, wie stark sich Hodgkin insgesamt für zentrale humanitäre Fragen seiner Zeit interessierte und engagierte, wie z. B. im Rahmen der von britischen und US-amerikanischen Abolitionisten forcierten Projekte, um befreite Sklaven zu Kolonialisierung Westafrikas dort anzusiedeln (99–136).

Im zweiten Hauptteil mit dem Titel »Humanitarianism and Settler Colonialism« (173–323) setzt sich Laidlaw dann mit den Kampagnen von Hodgkin und der Aborigines' Protection Society im Zeitraum von 1837 bis 1866 konkret auseinander, mit denen sie versuchten, die Rechte der indigenen Bevölkerung in verschiedenen Teilen des British Empire zu fördern und zu schützen. Auch hier spielten die weitverzweigten persönlichen Netzwerke von Hodgkin eine zentrale Rolle, wie die umfangreiche Korrespondenz deutlich macht. Die Autorin diskutiert ausführlich, wie die Aktivist*innen Konzepte von »civilization«, »amalgamation«, »protection«, und »rights« verstanden und für ihre Ziele einsetzten. Sie schildert zunächst, wie der expandierende Siedlerkolonialismus in den 1830er und 1840er Jahren zu einer existentiellen Bedrohung für indigene Bevölkerungen wurde und sich die Aborigines' Protection Society dieses Problems im gesamten Empire anzunehmen begann (175–205). In den folgenden Kapiteln geht Laidlaw dann detailliert auf die Arbeit der Aborigines' Protection Society anhand der Fallbeispiele in den britischen Kolonien Australien, Kanada, Neuseeland und Südafrika ein (206–323). Es gelingt ihr dabei anschaulich die Widersprüchlichkeit der Organisation offen zu legen, die einerseits für die Rechte der Indigenen eintrat, sich anderseits aber mit dem Siedlungskolonialismus arrangierte und vermeintliche Zivilisierungsvorhaben dezidiert unterstützte.

In ihrem Buch diskutiert Laidlaw sehr kenntnisreich mit Hilfe der Person Hodgkin eine ganze Reihe relevanter Fragen zum Verhältnis von Kolonialismus, Imperialismus und Humanitarismus im British Empire um die Mitte des 19. Jahrhunderts. So facettenreich und aufschlussreich die Person Hodgkin und sein persönlicher Nachlass auch sein mögen, grundsätzlich hätte sich der Leser doch eine kritische Reflexion über die methodischen Herausforderungen einer sehr stark biographisch ausgerichteten Herangehensweise gewünscht. Stellenweise irritiert auch die fehlende kritische Distanz der Autorin zu ihrem Untersuchungsgegenstand: Abschließend schreibt Laidlaw gar von einer »proximity« zu ihrer Hauptfigur (325). Das Buch dreht sich so stark um diese Person und ist so deutlich und ausschließlich im britischen Kontext verortet, dass unweigerlich die Frage aufkommt, welche Initiativen und Vorstellungen zum Schutz indigener Bevölkerung es jenseits von Hodgkin und dem Empire gab. Eine erweiterte internationale Perspektive über den Tellerrand der Person Hodgkin und dem Empire hinaus – und sei es nur in Ansätzen – hätte der Aussagekraft des Buches zu einem wichtigen Thema in der Geschichte des Humanitarismus mehr Gewicht verliehen. Trotz dieser kritischen Einwände ist »Protecting the Empire's Humanity« ein wichtiger Beitrag zur Erforschung des »imperial humanitarianism« im Kontext des britischen Kolonialreichs im 19. Jahrhundert. Die Studie verdeutlicht erneut, wie eng Kolonialismus, Imperialismus und Humanitarismus letztlich zusammenhingen bzw. dass sie eine unheilvolle Allianz bildeten.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Erica Kim Ollikainen-Read

Exploring the Power of Victorian Narratives*

A fundamental question for scholars of colonial legal history is what role the law played in disguising the oppression of the coloniser. Writing from the juncture of the fields of law and literature, colonial Indian history and postcolonialism, Leila Neti demonstrates the link between the decisions of the Judicial Committee of the Privy Council (JCPC) – the final court of appeal for the colonies – and the legal and social narratives which were both reflected in and shaped by Victorian fiction. The JCPC was the setting for the meeting of colonial subjects with the power of the sovereign. By presenting three legal cases heard before the JCPC between 1836 and 1872 alongside prominent Victorian novels of the same era, Neti reveals fascinating insights into the relationship between the concepts of self, subjecthood and sovereignty, and how these were presented as colonial legal narratives.

Building on the work of Radhika Singha, amongst others, Neti demonstrates how »modes of narrativity« (1) were essential tools used by the colonial legal system to represent itself as »embodying a direct relationship to the sovereign on the one hand, and the colonial subject on the other« (6). Because the »objective rationality of colonial law« could not be based on »any [Indian] collective national or cultural interest« (9), Neti demonstrates the way in which Victorian »fictions of nationalism and selfhood« (8) were transferred between the metropole and India to create a sense of legitimacy for the colonial legal system. Thus, both law and Victorian literature had an important role to play in »imagining political subjectivity, of both subject and sovereign, into being« (9). Three themes – criminality, temporality and inheritance – are chosen as the framework for her arguments.

Neti sets out her analysis in a thematic rather than chronological order. The themes are discussed over three sections, each comprising two chapters, which examine cases and novels in turn, allowing for a comparative reading of the legal and social narratives in both the case law and the fictional works. Under the theme of criminality, chapter 1 considers the case of *The Queen v. Eduljee Byramjee* (1846), in which the JCPC was asked to consider whether a right of appeal to the Privy Council for criminal convictions existed. In particular, Neti considers the exercise of sovereignty and the importance of the narrative of fear during the course of the case, in the context of fear as a means of biopolitical control. In chapter 2, the narratives of Indian criminality which emerged from cases such as *Eduljee Byramjee* are juxtaposed against those which appear in two novels of the *Bildungsroman*-genre: Charles Dickens' *Great Expectations* and Philip Meadows Taylor's *Confessions of a Thug*, which centre upon an English and an Indian criminal's story respectively, framed »within a normative teleology« (94). The development of a man's character through fatherhood, and questions of social versus individual responsibility are presented in each novel in a starkly different light.

Chapters 3 and 4 turn to the interactions between Indian religious notions of temporality and the temporality of the English court system. The case of *Ramaswamy Aiyan v. Venkata Achari* (1863) concerned two competing groups of Brahmins who disputed rights of access to a Hindu temple, as well as the distribution of profits with regard to the performance of certain priestly services for visiting pilgrims to the temple. This case is presented as a conflict between Hindu and English understandings of hereditary rights, and the legal question concerned the evidence which was required to prove these rights. Neti argues that, because the members of the JCPC lacked an understanding of the Indian legal traditions in which they were asked to operate, in order to reach their decision they recast the concepts of caste and temporality into a narrative which suited the colonial model. Whilst both parties referred to the »ancient hereditary origins of their rights« concerning the temple, Neti demonstrates how the Privy

* Leila Neti, Colonial Law in India and the Victorian Imagination, Cambridge: Cambridge University Press 2021, 302 p., ISBN: 978-1-108-83748-4

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Council reframed the debate in terms of »›documentary proof‹ established over a recorded length of modern history« (110). In this way, Neti identifies the centrality of teleological narratives and systematised order in British attempts to interpret and streamline the »unwieldy pre-colonial legal system« of religious law which preceded them (100). The »biopolitics of bureaucracy« (107) and the development of the primacy of »British legal historicity« (120) as a linear history created by precedent are key themes in this analysis.

In chapter 4, the *Ramaswamy* case is explored as an example of teleological temporality and how the Victorian notion of »progress« was developed by the law. This case is then compared to the narratives in Wilkie Collins' detective novel *The Moonstone*, which centres on the theft of an allegedly cursed Indian diamond from a young English woman – a diamond which had itself first been stolen by East India Company men during the plunder of a Hindu temple. Our attention is drawn to the obvious parallels to this fictional diamond and the history of the *Koh-i-noor* diamond. Neti carefully traces the novel's »two narrative temporalities« (133) which run parallel to each other: firstly, the mystery of uncovering the perpetrator, which »places evidence and individual agency at the centre of understanding and narrating events« (123), and secondly, the historical narrative of the diamond itself. Neti argues that, in a similar fashion to the *Ramaswamy* case, the novel relies on characterisations of Indian history as »cyclical« and the Hindu past as »stagnant« when at the end of the novel the diamond is reclaimed by three Brahmins and returned to its original home in the temple.

Finally, the laws surrounding inheritance, private property and adoption are examined in the context of narratives of the »relationship between individualism and sovereignty« (149). Chapter 5 focuses on the case of *Troup v. East India Company* (1857), which concerned the complex story of the estate of the Begum Sumroo and her ultimately unsuccessful efforts to protect her land from being annexed by the East India Company upon her death by transferring them to her adopted son. Here, Neti argues that colonial law was able to claim »rational intentionality« by functioning as »a metaphor for the Crown« (149). The Begum's case is an example of a wider project of the British Raj to undermine forms of sovereignty which »were not exclusively individual«. This included refusing to recognise »forms of kinship and affection that were more collective and less centred on biological reproduction« (150). Family politics and adoption are examined alongside those of *quid pro quo* relations between the Indian gentry and the East India Company, as evidenced in treaties.

In chapter 6, the ways in which English laws of property and inheritance were used as a tool of colonial expansion in the Begum's case are read alongside the role of adoption and its social connotations in Britain through two of George Eliot's novels, *Silas Marner* and *Daniel Deronda*. Both feature main characters who actively refuse to comply with certain legal and social norms regarding adoption. A comparative reading therefore reveals that whilst adoption in England at the time emphasised individualism, Indian narratives were »consigned to the collective« (182). This is reflective of the broader Victorian narratives of Indian people and their culture.

A minor criticism which might be levied against this work from a legal history perspective is that although the Sepoy Rebellion of 1857 and the subsequent transfer of colonial authority from the East India Company to the Crown in 1858 is alluded to at several points as a historical turning point, there is no in-depth analysis of how this might have changed the legal narratives. This omission is particularly noticeable when we consider the role of Queen Victoria as the personification of English legal ideals in India, which made appeals to the Privy Council appeals to the Queen herself as the »fountain of justice«. Similarly, the concept of the rule of law in a narrative context remains unexplored.

In all, by shining a light on the similarities between legal narratives in Victorian literature and culture and the case law of the JCPC, Neti is successful in her stated aim to add new dimensions to existing scholarship by illuminating new ways in which to view both the legal archive and works of fiction. Her work provides a useful framework for legal historians, and in particular for historians of legal transfer, to explore the extent to which popular social narratives of the Victorian era influenced the development the colonial judicial process in India.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Karla L. Escobar H.

Desentrañando el poder colonial: emociones, sentimientos y resistencia para una nueva historia del derecho*

Dissaffected: Emotion, Sedition, and Colonial Law in the Anglosphere es el último trabajo de la literata Tanya Agathacleous, profesora de la Universidad de Nueva York (CUNY). La especialista en literatura victoriana y en teoría poscolonial nos trae un trabajo juicioso, crítico, provocador y, por lo mismo, de gran interés para la comunidad académica. El trabajo hace parte de la colección *Corpus Juris* de la Universidad de Cornell, la cual centra su mirada en el papel de las humanidades en la política y en el derecho, incluidas allí la historia, la crítica literaria, la antropología, la filosofía, los estudios religiosos y la teoría política. Esta aproximación interdisciplinar para aproximarse al reto de entender el derecho y la política es precisamente lo que hace de este libro un referente clave para los interesados en analizar nuevas aproximaciones metodológicas a la historia del derecho.

La obra examina los efectos de la ley antisedición en las esferas públicas de la India y Gran Bretaña, las cuales son analizadas por la autora a partir de su permanente interdependencia. Si bien, la narrativa inicia en 1857 cuando el gobierno británico empieza a censurar la prensa en la India, el escrito se centra en la Sección 124a aprobada en 1870, la cual utilizaba el término »desafección« como categoría central para vigilar los escritos de prensa considerados amenazadores para el dominio imperial. Agathocleous analiza cuatro estrategias de crítica usada por los periodistas y editores en la India que surgieron en este nuevo contexto normativo y su relación con la prensa británica. Cada capítulo está dedicado a analizar estas tácticas, las cuales nombra como: el fingimiento, la parodia, las reseñas y los sincretismos. Así pues, la autora muestra cómo los periodistas indios, si bien adoptaron modos de escritura similares a los británicos, el uso de estas prácticas les permitió navegar las regulaciones que buscaban identificar la desafección de los ciudadanos frente al régimen, sin dejar de hacer lecturas críticas sobre el sistema.

Después de una introducción centrada en la relevancia teórica de reflexionar sobre el papel del afecto en la esfera política a partir de una mirada histórica, la autora entra a analizar cada uno de los casos propuestos. En el primer capítulo, Agathocleous examina la relación entre los juicios en contra de Oscar Wilde y el juicio en contra del diario *Bangavasi*, donde primero se usa la categoría de »desafecto« como forma de control disciplinar. Allí se muestra cómo en ambos casos se buscó desentrañar, a partir del uso de la crítica literaria como creadora de pruebas legales, las retóricas ficticias que enmascaraban los sentimientos (verdaderos) de los juzgados.

El capítulo dos, dedicado a la parodia, analiza las estrategias del *Hindi Punch*, diario ilustrado que establecía un diálogo explícito con el británico *Punch,* así como aquellas usadas por el diario anglo-indio *Indian Charivari.* En este caso, la autora hace un análisis centrado en fuentes ilustradas y muestra los usos hechos en cada caso de la mímica y la parodia – tanto en formas visuales como verbales –, y muestra el peso que tuvo la Sección 124a para la modelación de estas estrategias retóricas usadas para hacer contra-narrativas políticas. Seguidamente, la autora pasa a analizar el papel de los diarios de reseñas como lo eran el diario británico *Review of Reviews* y su homólogo indio el *Indian World.* Ambos periódicos se encargaban de recolectar y comentar las notas que circulaban en otros diarios del imperio y, mediante este ejercicio, la autora muestra cómo crearon una esfera pública imperial estructurada a partir de una división racial

* Tanya Agathocleous, Disaffected: Emotion, Sedition, and Colonial Law in the Anglosphere, Ithaca (NY) / London: Cornell University Press 2021, XVII + 211 p., ISBN 978-1-5017-5387-9

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

cada vez más estricta. A pesar de que ambos diarios ejercieron prácticas similares (en tanto mímicas) y sus editores establecían diálogos entre sí, ambos adoptaron móviles políticos disímiles. El *Indian World*, por ejemplo, servirá como difusor del nacionalismo indio en este espacio imperial.

El análisis de estas divisiones que empiezan a ser más evidentes en la prensa marca la discusión del capítulo final, el cual se centra en la idea del sincretismo como aspecto valorativo de la relación Este-Oeste. Este análisis final se enfoca precisamente en la lectura del diario indio *East and West*, así como en el trabajo de escritores británicos como E. M. Forster y Rudyard Kipling, y en la reivindicación que en estas producciones se hace de los intercambios culturales. Según Agathocleous, estos trabajos valoran el sincretismo como una forma de redención del potencial afectivo entre colonizador y colonizado, a partir de una idea romantizada de la unión intercultural. No obstante, la autora también muestra cómo esta idea presenta una tensión dialéctica entre el afecto y la desafección como marca característica de la relación imperial. Ella muestra así cómo estas tensiones empiezan a evidenciarse en la literatura y a tener peso en movimientos anti-coloniales. Para comprender esto, analiza el Congreso Universal de las Razas que tiene lugar en Londres en 1911 y las diferentes formas en las que esta tensión se manifiesta allí. Finalmente, el libro concluye con el análisis del juicio a Gandhi por desafección en 1922 como consecuencia de sus artículos publicados en el periódico *Young India*. En el juicio, la autora muestra cómo Gandhi usa la ocasión para apropiarse del discurso de la desafección para configurar, desde allí, la base de la resistencia.

Si bien, el trabajo de Agathocleous se centra en el caso de la India, este es de alta relevancia para los que trabajamos la historia del derecho latinoamericano, ya que brinda luces teórico-metodológicas interesantes para pensar nuestros propios contextos. Quiero destacar, en primer lugar, la delimitación espacio-temporal que rige la idea de la »angloesfera« en tanto esfera pública imperial con diferentes facetas y relaciones de interdependencia entre colonia y metrópoli. La selección de las fuentes y la lectura que hace de ellas, le permite a Agathocleous identificar diálogos entre fuentes homólogas y analizar las relaciones contextuales que podían ser rastreables, tanto a nivel social como a nivel legal, en ambos tipos de fuentes. Más que analizar la forma en la que se traduce o adapta la información de un mundo a otro, la autora busca demarcar un nuevo espacio que logra dar cuenta tanto de las complejidades locales como de la condición colonial. Creo que esta mirada puede enriquecer las lecturas de aquellos interesados en las llamadas traducciones culturales del derecho y a quienes buscan combinar diferentes escalas observacionales en donde se combinan lo global y lo local en contextos coloniales. Esta forma de concebir el problema y el espacio en el que la problemática estudiada se ubica, permite también hacer lecturas variadas sobre la dominación colonial, su naturaleza y sus formas. Y es que la pregunta por las formas de construcción de este espacio conceptual, que es analizable de forma simultánea en dimensiones imperiales como locales, abre las puertas a comprender las múltiples formas en las que la relación imperial se construye en el día a día y los medios diversos a través de los cuales circulan y se transforman los conocimientos normativos.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, el trabajo de Agathocleous hace un aporte teórico y metodológico relevante al indagar sobre la colonialidad a partir de los afectos y las complejidades que se tejen entre las estructuras emotivas que sostienen los regímenes políticos y las estructuras legales que le dan forma a los mismos. Esta cuestión, como bien lo señala la autora, no sólo da cuenta de un vacío historiográfico que hay que seguir llenando, sino que además es una problemática muy actual, no sólo en el caso de la India, donde la Sección 124a todavía se utiliza para sofocar la disidencia política, sino también en muy diferentes partes del mundo. Pienso, por ejemplo, en los debates sobre la memoria histórica que se reavivan cada año, tanto en España como en América, cada vez que se aproxima el 12 de octubre; o en los debates sobre la reconstrucción de memorias colectivas en procesos de justicia transicional; o en aquellos que se producen al pensar en las nuevas y viejas colonialidades. Al indagar por lo afectivo en el ejercicio del poder, la obra también nos invita a pensar el asunto en otros contextos: en las relaciones de género, raciales, migratorias, partidistas, étnicas y un largo etcétera, todas ellas sostenidas por órdenes normativos diversos y estructuras afectivas variadas.

El trabajo Agathocleous deleita además a quienes estamos interesados en comprender la multimedialidad a través de la cual se comunican conocimientos normativos concretos en diferentes con-

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

textos. Las fuentes usadas por la autora (leyes, procesos judiciales, caricatura e ilustraciones, literatura y prensa) dan cuenta de la relevancia de mirar este tipo de fuentes con el propósito de comprender mejor la forma en la que circula el derecho estatal, el papel performativo que este tiene y los espacios informales en donde se gestan los cambios legales. Espero que los próximos trabajos de la colección *Corpus Juris* sean tan inspiradores como éste.

■

José M. Portillo

La modernidad política en el Otro Occidente*

Este libro de María Teresa Calderón es el producto de una larga gestación que comenzó como investigación doctoral, y eso se hace notable en su estructura. Plantea de inicio una hipótesis muy sugerente para la comprensión historiográfica del siglo XIX en América Latina: la crisis de la monarquía española conllevó un intenso proceso de politización que, lejos de contenerse en instituciones centrales como el gobierno o el parlamento, se diseminó por los circuitos de la política local. Esta municipalización de la política, a su vez, conllevó una actividad política muy característica de la que forman parte principal pronunciamientos, elecciones locales y peticiones. Finalmente, la tesis de Calderón sostiene que los efectos de ese particular modo de solución a la crisis imperial implicaron una tensión evidente entre república y pueblos, cuya gestión conocerá distintas modulaciones en el siglo XIX. Una de ellas, consistió en un federalismo de cuño muy particular, que en el libro acertadamente se denomina »federalismo municipalista«.

Los capítulos del libro se orientan a la demostración de las distintas partes de la hipótesis de partida basculando siempre, a mi juicio, sobre un doble eje. En primer lugar, el que vendría articulado entre el pueblo y los pueblos, es decir, entre el nuevo cuerpo político resultante de la crisis de la monarquía (el pueblo en tanto que nación) y los cuerpos municipales que tradicionalmente habían estructurado la monarquía junto al rey (los pueblos). El segundo eje del cual este libro está siempre pendiente podría decirse que se conforma por lo viejo y por lo nuevo, es decir, por la cultura jurídico-política tradicional con la que mayormente tuvieron que articularse respuestas para nuevos escenarios. Pueblo / pueblos y viejo / nuevo derecho serían, por tanto, dos ejes que sostienen en todo momento el argumento central de la autora.

Con ese andamiaje, el libro se centra en el período 1821–1832, es decir, desde la formalización constitucional de la independencia de Colombia, hasta su crisis y disolución. Este momento se considera siempre con un ojo en la crisis previa, la que había puesto final a la monarquía española en la América continental. Esta mirada más amplia permite advertir una diferencia notable entre ambas crisis: en la crisis que se abrió en 1826 existía ya una constitución y, con ella, una referencia de comunidad política aún inexistente en 1808. La constitución de 1821 era obra de »los representantes de los pueblos de Colombia, reunidos en congreso general« y produjo un nuevo cuerpo político, como lo expresó su primer artículo (»La nación colombiana es para siempre e irrevocablemente libre e independiente de la monarquía española y de cualquier otra potencia o dominación extranjera; y no es, ni será nunca patrimonio de ninguna familia ni persona.«). Es por ello que la crisis que analiza Calderón se asemeja a la crisis previa de la monarquía en el hecho de activar el principio de necesidad para salvar a los pueblos, pero difiere en que se da por hecho que la finalidad de tal cosa no era otra que salvar también la república, es decir, el cuerpo político de la nación colombiana.

* María Teresa Calderón, Aquella república necesaria e imposible. Colombia 1821–1832, Bogotá: Siglo XXI 2021, 425 pp., ISBN 978-958-42-9895-9

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

La autora presta especial atención a una legislación que se produjo a renglón seguido de la constitución, el 2 de octubre de 1821, que reguló la estructura básica del gobierno territorial de la república: *Ley sobre la organización y régimen político de los departamentos, provincias y cantones en que se divide la República*. Como bien ve Calderón, se trata de una legislación sumamente interesante porque refleja perfectamente los mencionados ejes en los que se mueve el libro. Por un lado, recoge la tensión entre el todo, el pueblo de Colombia y su gobierno republicano, y las partes, los pueblos que conforman la república. Por otro lado, se trata de una ley que se deriva de los preceptos constitucionales recién aprobados pero que no duda en rescatar una pieza de la legislación monárquica tan significativa como la ordenanza para los intendentes de la Nueva España de 1786.

Considero este último aspecto doblemente interesante, porque si bien, por un lado, efectivamente tiene ese componente que tanto interesa a este libro de verter vino viejo en odres nuevos, por otro lado, la ordenanza de intendentes no es una pieza legal cualquiera: los legisladores colombianos no se refirieron a la versión edulcorada y poco eficaz que adquirió a comienzos del siglo XIX, sino a la más »estatalista« de México de 1786. Es decir, que el Congreso colombiano no dudó en adoptar una legislación procedente de la monarquía, pero apuntó claramente a la que de manera más eficaz podía contribuir a domesticar precisamente a los pueblos. Como ocurrió con la propia ordenanza de referencia, otra cosa es que lo consiguiera.

Es ahí donde, a mi entender, adquiere todo su espesor el planteamiento de María Teresa Calderón. Si entre crisis de la monarquía y crisis de Colombia (1808–1826) lo que se va asentando es precisamente la capacidad política de los pueblos, ello significa que ese proyecto de Estado que se apuntaba en la ley de 1821 no solo no se consolidó sino que evolucionó en un sentido opuesto. Esto puede observarse muy bien desde la atalaya de los pronunciamientos. El análisis que se realiza aquí es especialmente esclarecedor porque aporta nuevas e interesantes vertientes de esta práctica política tan propia del espacio hispano en el siglo XIX. En primer lugar, su uso nada extraordinario sino, a juzgar por el número de casos analizados, bastante corriente. En segundo lugar, su uso no solamente con ánimo disruptivo respecto del gobierno en ejercicio sino también como manifestación de apoyo al mismo o usado, incluso, para proponer medidas (como la dictadura) que implicaran una eventual y limitada suspensión constitucional.

En el estudio del pronunciamiento y de las diferentes manifestaciones de la opinión política en el ámbito local, se muestra con más claridad la compleja relación entre lo viejo y lo nuevo que recorre este libro. En rigor, ambas cosas eran nuevas en las primeras décadas del siglo XIX. Los pueblos ciertamente hacían oír su voz en el sistema monárquico a través de mecanismos como la representación, el recurso o la súplica, pero no lo hacían para emitir una opinión política, que es lo novedoso que trajo consigo la crisis de la monarquía y el arranque del constitucionalismo. Tampoco cabía el pronunciamiento, pues es solo en el siglo XIX cuando este término adquiere el sentido de alzamiento con fines políticos. Más cercano a las prácticas tradicionales estaba el derecho de petición que recogió aquel constitucionalismo temprano, pero con la prevención creciente de impedir su generalización en nombre del pueblo. Esa había sido, de hecho, su función tradicional: comunicar particularmente al rey o a sus representantes con cada una de las corporaciones del reino, pero sin que el reino en sí conformara un cuerpo político. En las primeras décadas del siglo XIX, sin embargo, ese cuerpo político general sí apareció, en forma de nación.

La novedad que aporta el surgimiento del constitucionalismo, como bien explica con detenimiento este libro, fue justamente la socialización de la política, es decir, convertir la política en un cometido que no se circunscribía ya al rey y su gobierno. Esta apertura social de la política, sin embargo, conllevó complejas operaciones de acomodo entre esa novedad y los viejos mecanismos que daban voz a los pueblos. Como muestra Calderón, las peculiaridades hispanoamericanas de ese tránsito a la modernidad estuvieron precisamente en que no se siguió un patrón de ruptura sino más bien de utilización de antiguos mecanismos con nuevos propósitos. El siglo XIX en Colombia y en el mundo hispano nació, así, preñado de consecuencias que serán motivo de debate y contienda política e intelectual. Con ese arranque potente de los pueblos junto a la república tienen que ver fenómenos derivados tales como el federalismo y las resistencias a la domesticación estatal de pueblos y corporaciones, pero también la apertura, desde los años treinta del siglo XIX, de un prolongado debate sobre el significado de la modernidad en este otro occidente.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Nina Cozzi

The Drafting of the Post-War Constitutions in France and Italy. Differences and Similarities*

The process of drafting constitutions can be an interesting subject of study not only for scholars of constitutional law but also for anyone interested in politics and economics. In fact, this complex and multifaceted process lies at the intersection of many disciplines and is strongly linked to the historical and social environment in which it takes place. As a result, the text of any constitution provides a fairly detailed picture of a specific social, historical and cultural context. This is particularly true of the drafting of the post-war Italian and French constitutions. Indeed, the historical events that preceded the enactment of the French constitution of 1946 and the Italian one two years later provide insights into the respective drafting processes, which were different but also share some similarities. Guerrieri's research questions derive from these considerations about the embeddedness of constitutions in specific historical circumstances. In the eight essays that make up the volume, he carefully traces various aspects of the historical and political events that preceded the two constitutions, focusing on both the elements that unite the two constitutional experiences and the aspects that make them different.

For his comparison of the drafting processes in France and Italy, the author draws on both archival sources and secondary literature to produce a comprehensive legal-historical account. The volume's first essay analyses the development and functioning of the French parliament during the two world wars. In order to understand the role of the parliament in shaping the dynamics of the constitutional drafting process, Guerrieri first shows that it established itself as a decisive body during the First World War, when its influence actually increased (15). At the same time, there was a constant effort on the part of the government to assert itself vis-à-vis the legislative, and despite the succession of no less than five different prime ministers between 1914–1918, the executive managed to increase its *force de gouverner* (20). From the end of the First World War onwards, the influence of parliament began to weaken, a process which reached its peak with the formation of the government led by Édouard Daladier in April 1938 (26).

While the first essay sets the historical stage, in the second Guerrieri focuses on the politics behind the realisation of the 1946 French constitution. Specifically, in this part of the book he provides a detailed picture of the political scene just after the Second World War. The first postwar Constituent Assembly was dominated by three mass parties: whereas the right had collapsed in the polls, there was a large Christian Democratic political force in the centre, with the Communist and Socialist parties holding the absolute majority on the left (38). This political polarisation was reflected in the Assembly's draft of the constitution, which, however, subsequently failed to find a majority.

After the failure of the first National Constituent Assembly to agree on a draft constitution, a second was elected in June 1946. The three mass parties again won 75 per cent of the vote, although the balance of power was significantly altered: this time, the socialists and communists did not win an absolute majority (48). The second Assembly's work produced the following results: Regarding the parliament, the three parties agreed to return to a bicameral system, and in terms of the government formation process, a compromise was reached in the form of a ›double investiture‹ of the Prime Minister: in contrast to the previous draft of the constitution, the President of the Council would not be elected by parliament but instead appointed by the head of state. However, before forming the government, he would also have to be invested by the National Assembly, in

* Sandro Guerrieri, Costituzioni allo specchio. La rinascita democratica in Francia e in Italia dopo la liberazione, Bologna: Società Editrice Il Mulino 2021, 216 p., ISBN 978-88-15-29227-8

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

the form of an absolute majority vote of its members. Only after these two ›investitures‹ would the government he formed be subject to a vote of confidence by the assembly. However, during the final phase of the debate in the Chamber, this second passage was suppressed and it was decided to leave only the investiture vote to the President of the Council. In addition, a rule on the procedure of constitutional review was included in the text (50–53). The essay shows that the French Fourth Republic was born on the basis of a limited consensus: in fact, the constitution was only approved by 53.2 % of the Assembly's members, with 32.4 % abstaining. Because of these figures and a series of problems linked to this period (the »industrial weakness«, the succession of unstable governments and the Algerian crisis), the Fourth Republic was in later years referred to as *mal-aimée* (58).

The final essay in this part of the book focuses on French colonialism, a topic often omitted in discussions of the French constitution. Guerrieri shows that the colonies were given fairly broad representation during the constitutional drafting process, with a significant number of representatives of the colonised territories in the Constitutent Assembly; half of these 64 deputies represented the colonists, the other half the indigenous peoples (96). However, while the constitution of the Fourth Republic established equal rights and duties for everyone in the French empire (111), the emphasis was still on the leading role of France: the presidency of the Union was exercised by the French head of state (112). The essay concludes that the drafting process did not erase many of the traditional features of French colonialism (116).

After these initial essays on the French experience, Guerrieri focuses on exploring whether the French constitution had any influence or impact on the Italian drafting process. The first question that post-war Italian voters had to answer was whether their new state was to be a monarchy or a republic. A referendum on this matter was held in June 1946, leading to the victory of the republican form. Italy began work on its constitution when the French text had already been drafted and promulgated, and, drawing on several reports of the Italian Constituent Assembly *(Assemblea Costituente)*, Guerrieri shows how the French experience was certainly taken into account in Italy. Of particular interest is that, while there were undoubtedly many Italian politicians who admired the French constitution and tried to reproduce some of its principles and rules, there was no shortage of those who stressed the need to distance themselves from it: »It is remarkable, but it is not a masterpiece; it is not superior to the one we are making«, were phrases uttered in reference to the purely consultative Council (154–155).

Nevertheless, the primary sources clearly show how members of the *Assemblea Costituente* took inspiration from the French constitution. This was particularly the case in the area of fundamental rights and principles (135). In addition, the Italian constitution contains two articles which repeat several provisions of the constitution of the Fourth Republic, namely Article 40, on the right to strike, and Article 139, which prohibited a change away from a republican state form (147). The *Assemblea Costituente* was also influenced by the final text of the French constitution in the area of the rules governing the relationship between the state and the international order. This can be seen in Article 10, on the Italian legal system conforming to the generally recognised principles of international law, and in Article 11, on the rejection of war as a means to settle international disputes (148). Guerrieri concludes by noting that the drafting process of the French constitution actually acted as a cautionary tale to the Italian Constituent Assembly. Italian politicians took it as a warning of the serious risks of delegitimising constitutional work.

After this analysis of the French influence on the drafting of the Italian constitution, the last part of the book is devoted, first, to the differences between the French and Italian processes, and, second, to the role played by the Italian Communist Party in the drafting process. In Italy, as in France, the main architects of the constitutional text were the three mass parties that had emerged after Liberation, namely the Christian Democratic Party, the Socialist Party and the Communist Party (161). One of the main differences between the constitutional projects of the two countries was the extent of the powers exercised by the Constituent Assembly. While the Italian *Assemblea Costituente* was fully sovereign in the constitutional field but had only very limited legislative power, its French equivalent also enjoyed full legislative power. Moreover, the strong desire in Italy to limit the legislative powers of the Constituent Assembly was motivated precisely by the wish to avoid the monochamberalism of the French Revolution (166–167). Finally, the volume's last essay compares the strategies of the communist parties in the

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

two countries during the drafting of the constitutions. It finds that both established themselves as mass parties after the Second World War, and both framed their constitutional strategy as aimed at creating a progressive or new form of democracy that differed from the Soviet path (202). However, the author also highlights that, while it is certainly important to note the similarities between the two, it should be remembered that the Italian communists had the greater role of distancing themselves from fascism: we always need to bear in mind the two countries' different historical experiences.

In conclusion, the volume is clearly a valuable tool for better understanding constitutionalism in Europe in the 20th century. However, after delving so deeply into the French case, one feels short-changed by the cursory way in which the Italian one is examined. The book clearly focuses on French constitutional development and examines the Italian experience only insofar as it was influenced by the former. One would have liked to have seen as detailed an examination of the historical context and the political choices of the Italian constitution as the author has undertaken for the French.

■

Bernardo Sordi

Il diritto internazionale visto dal problematico *State building* della penisola italiana*

Non sono molto frequenti le occasioni di riflessione interna delle singole discipline giuridiche sul proprio percorso storico. Questa ricerca collettiva va quindi salutata con soddisfazione perché, promossa in larga misura da internazionalisti, offre alla genealogia storica uno spazio significativo.

Il focus del volume converge sul periodo intercorrente tra l'unificazione politica del Regno, nel 1861, e il secondo dopoguerra. Qui si concentra l'articolata griglia dei saggi, in grado di offrire un apporto conoscitivo importante: sull'evoluzione della disciplina; sui protagonisti; sugli indirizzi metodici; ma anche sulle riviste e gli strumenti di principale divulgazione scientifica; intrecciando all'esame endodisciplinare una verifica degli snodi principali della politica estera italiana del tempo, dal passaggio dal Piemonte subalpino al Regno d'Italia (Marchisio, 285 e ss.), alla Questione romana e alla controversa personalità giuridica internazionale della Santa Sede (Di Ruzza, 310 e ss.); sino all'avventura coloniale (Scovazzi, 334 e ss.) e alla prima guerra mondiale (Bartolini, 359 e ss.), severissimo banco di prova degli equilibri europei, apertosi con la denuncia del trattato della Triplice alleanza e conclusosi con la problematica posizione italiana nella conferenza di pace e la ricerca di un nuovo ordine internazionale dopo il conflitto.

Il lettore trova quindi, con profitto, ritratti problematici e approfonditi dei principali protagonisti. A partire da Pasquale Stanislao Mancini (1817–1888), notevole personaggio della stagione risorgimentale, padre del fortunato principio di nazionalità come base della stessa legittimazione della soggettività internazionale, espresso in una celebre prolusione torinese del gennaio 1851 destinata a far scuola (anche in alcune norme chiave del primo codice civile unitario del 1865 sulla posizione dello straniero); uomo politico tra i più illustri dell'Italia liberale e caposcuola dei primi indirizzi della disciplina nel periodo immediatamente successivo all'unificazione (Greppi, 79 e ss.; Mura, 109 e ss.).

Sino al monumentale rilievo di Dionisio Anzilotti (1867–1950), il vero demiurgo dell'interna-

* Giulio Bartolini (ed.), A History of International Law in Italy, Oxford: Oxford University Press 2020, 491 p., ISBN 978-0-19-884293-4

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

zionalistica italiana, in grado di far decollare la disciplina verso una precisa dimensione europea. Nel volume (Bartolini, 127 e ss.) se ne indagano i collegamenti con la scienza giuridica tedesca e con Heinrich Triepel in particolare; la tesi dualistica nei rapporti tra diritto interno e internazionale; la conseguente impronta statualistica; la inclinazione formalistica, sia pur sempre moderata da una notevole attenzione alla prassi internazionale e da un persistente dialogo con impostazioni di taglio metodico diverso.

Come nei settori del diritto costituzionale e del diritto amministravo già sono all'opera Vittorio Emanuele Orlando e Santi Romano, anche nel diritto internazionale occorre realizzare una piena scientificizzazione della materia, costruendo teorie giuridiche e rendendo ogni branca del diritto pubblico »un sistema scientificamente autonomo« (Orlando, 1889).

Questa scientificizzazione paga lo scotto del formalismo, ma gli algidi purismi sono ancora lontani. E lo stesso Anzilotti, che pure – come scrive Paolo Grossi in *Scienza giuridica italiana* (83) – »manda definitivamente in soffitta la vecchia dominanza giusnaturalistica«, separando »i principii ideali di giustizia« dalle »norme giuridiche positive«, mantiene forte il filo rosso del collegamento con la realtà internazionale e con lo stesso percorso storico, come dimostra il fitto dialogo con Romano, nel 1911, in occasione del primo cinquantenario dell'unificazione, su *I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia.*

Occorre riconoscere che il volume non si ferma ai due padri storici, Mancini e Anzilotti. E si sofferma sia su alcuni altri grandi protagonisti, da Cavaglieri a Fedozzi, da Donati a Perassi e ai suoi primi dialoghi con il normativismo kelseniano, sino allo stesso Romano, nel volume attentamente valorizzato anche nei suoi apporti internazionalistici e nella convincente indagine, a base istituzionistica, della comunità internazionale (Bartolini, 149–155), sia sui tanti personaggi minori.

Una realtà disciplinare che si ingrossa quindi tra '800 e '900, nonostante la penisola sia un soggetto di diritto internazionale solo recentemente ammesso al ristretto club delle nazioni civili. Vicende che non spiegano soltanto la intrinseca limitatezza della politica estera del giovane Stato unitario, ma che incidono naturalmente anche sul prestigio accademico della disciplina.

L'irrompere del fascismo non sembra causare, almeno nei primi anni del regime, gravi scossoni. A differenza di altre esperienze totalitarie, non ci sarà né uno Schmitt italiano, né un Pashukanis (Bartolini, 165). Lo stesso asse Roma-Berlino sarà tenuto in piedi da personaggi di seconda fila o affidato ai poligrafi del regime, come Carlo Costamagna, esterni alla disciplina. E nondimeno il fascismo ne impatta pesantemente le sorti; personalmente e drammaticamente con le leggi razziali, che colpiscono diversi internazionalisti di razza ebraica (Catellani, Ottolenghi, Sereni, Cino Vitta e il figlio Edoardo …); ma anche sterilizzando i temi scientifici trattati, con l'espunzione sistematica delle questioni invise al regime, specialmente dopo la guerra d'Etiopia e il varo delle sanzioni, o la guerra civile spagnola, quando si moltiplicano gli scritti propagandistici a difesa dell'aggressiva politica estera italiana degli anni Trenta e contro la Società delle nazioni (Bartolini, 375–382); infine, con il disastro della guerra, sino a costringere, di fatto, l'organo principe della disciplina, la *Rivista di diritto internazionale,* ad un lungo silenzio che si protrae per l'intero decennio 1943–1953.

Un silenzio, pur parzialmente compensato dalla nascita di altri fogli internazionalistici (Ingravallo, 206–208), tanto più assordante perché contemporaneo al momento costituente e alle scelte univocamente ispirate al primato del diritto internazionale fatte proprie dalla carta repubblicana del 1948 (artt. 10 e 11) e al notevole impegno degli internazionalisti nei lavori preparatori: Roberto Ago e Gaetano Morelli nella Commissione Forti; Tomaso Perassi nella Commissione dei 75 (Virzo, 390–399).

Nonostante il ribollire del nuovo contesto internazionale, da Yalta all'atomica, da Norimberga a Tokyo, dalla Carta delle Nazioni Unite alla Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo, sino ai primi passi del progetto europeo, poco però ancora filtra nella dimensione pacificata della disciplina.

Il ›disgelo‹ dall'imperante formalismo, del resto comune anche ad altri ambiti disciplinari, inizierà ad arrivare solo dalla fine degli anni Cinquanta, ben testimoniato, da un lato dal diffondersi di indirizzi teorici improntati all'indagine realistica dei fatti sociali, da Rolando Quadri a Mario Giuliano, sino a Roberto Ago (Tancredi, 173 ss.); dall'altro, dalla crescente attenzione alla grande novità dell'ordine giuridico europeo, che inizia a calamitare l'attenzione, prima di Riccardo Monaco (anche per la sua posizione al ministero degli esteri come capo dell'Ufficio Trattati e poi del Contenzioso diplomatico) e quindi di Gaetano Morelli, Giuseppe Sperduti, Nicolò Catalano (Milano,

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

425–429). Indirizzi, più recentemente confluiti verso una sempre più solida attenzione alla realtà internazionale e alla prassi diplomatica e giurisprudenziale, anche in funzione di una crescente ›liberalizzazione‹ del tradizionale sistema delle fonti del diritto internazionale, nell'ottica di un ›positivismo illuminato‹ (Palchetti, 473) frutto di un equilibrato dosaggio tra teoria giuridica e osservazione critica dell'intrinseca fattualità delle relazioni internazionali, in sintonia con il variegato dibattito metodologico, europeo ed extraeuropeo.

Il volume offre, dunque, con ottima leggibilità e accurati apparati informativi, un ritratto convincente della internazionalistica italiana nell'ottica, suggerita da Martti Koskenniemi, di studiare il diritto internazionale, non solo nella sua naturale dimensione universale, ma a partire dalle tante e plurali declinazioni nazionali.

E' semmai sulla prospettiva della lunga durata che la ricerca dovrà in futuro svilupparsi. Il volume, coraggiosamente si era spinto anche in questa direzione, aprendosi con un bellissimo saggio di Claudia Storti (19–47) dedicato alla dottrina di diritto comune dello *ius gentium*, in grado di portare con mano il lettore nella specificità della *interpretatio* dei giuristi medievali, svelando la eccezionale capacità di quei *sapientes* di dare un senso ordinante, sulla base dei soli testi autoritativi ereditati dalla classicità, ad una realtà fatta di città nascenti, con i loro potenti sistemi urbani posti negli snodi di collegamento della civiltà della mercatura, e di poteri universali, marcatamene declinanti, almeno dall'inizio del Trecento, sino alla crescente istituzionalizzazione di assetti federativi, ancora in larga misura prestatuali, di convergenza istituzionale.

Passato questo momento aureo, il racconto, alle prese con la frammentata storia d'Italia, non solo viene a scontrarsi con la difficoltà epistemologica del nesso sempre indaginoso tra *ius gentium*, *ius publicum universale* e diritto internazionale, ma deve calarsi in un contesto a lentissima unificazione e tagliato fuori dalle politiche di potenza delle grandi monarchie nazionali, nel quale la stessa declinazione pubblicistica del diritto sconta significativi ritardi di emersione rispetto agli altri percorsi continentali.

L'impressione è che non sia sufficiente limitarsi a prestare la doverosa attenzione – come pure correttamente nel volume si fa con buone pagine (Rech, 48 e ss.) – alle grandi eccellenze italiane, da Alberico Gentili a Giambattista Vico, da Paolo Sarpi a Giovanni Maria Lampredi, se si vuole evitare che questo percorso per grandi esempi finisca per ricadere nel racconto, ormai datato, che dall'eccellenza medievale, imbocca in modo inesorabile, all'indomani delle guerre d'Italia, la strada della decadenza, per approdare infine fortunosamente al glorioso revirement del Risorgimento. Condannando in tal modo all'oscurità non solo i secoli della prima modernità, e dell'antico regime maturo, nei quali le stesse compagini statuali si erano costruite nella penisola in gran parte attraverso patti federativi delle dominanti con le città soggette; ma anche l'impatto italiano con la Rivoluzione e quindi con le non poche novità introdotte dalla dominazione napoleonica.

Per questo lungo arco secolare, solo una piena collaborazione tra storici e giuristi potrà restituire profondità ad una preistoria, tutta italiana, del diritto internazionale, altrimenti ristretto al solo breve spazio della piena emersione, necessariamente tardiva, dello Stato nazionale e di una politica estera finalmente nazionale.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Karl Härter

Limitierte positivistische Kriminologie und Herausforderungen der Strafrechtsreform*

Die internationale Forschung zur Strafrechtsgeschichte hat in den letzten Jahren die positivistische Kriminologie (wieder-)entdeckt, was nicht zuletzt auch Michele Pifferi, dem Herausgeber der *Limits of Criminological Positivism* zu verdanken ist. In einer exzellenten Einleitung erläutert er Zielsetzung, wesentliche Fragestellungen und inhaltliche Themen des kohärenten Sammelbandes und nimmt auch eine vergleichende Einordnung der Einzelbeiträge vor. Diese untersuchen die Limitierungen der positivistischen Kriminologie seit ihrer Etablierung im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts hinsichtlich der Wirkungen zentraler Ideen auf die Modernisierung des Strafrechts, wobei Gesetzgebung und partiell auch Justizpraxis und Strafvollzug einbezogen werden. Exemplarisch behandelt werden Konzepte wie Begründung und Zwecke des Strafens zwischen Vergeltung und *social defense*, die Konzeptualisierung des Verbrechers zwischen biologischem Determinismus und freiem Willen und dessen *criminal responsibility* (Zurechnungsfähigkeit)[1] und *dangerousness* (Gemeingefährlichkeit), Jugendkriminalität bzw. Jugendstrafrecht sowie Individualisierung der Strafe, unbestimmtes Strafmaß und die Kriminalstrafen substituierenden oder ergänzenden Sicherheitsmaßnahmen. Die Frage nach den *limits* zielt auch auf Gegenpositionen und Widerstand von Strafrechtswissenschaft, Rechtspraxis und Legislative. Von diesem konzisen Themen- und Frageraster ausgehend präsentieren elf ausgewiesene Expertinnen und Experten Einflüsse, Diskurse und Limitierungen der positivistischen Kriminologie, wobei die Beiträge mit einer Ausnahme als exemplarische Länderstudien angelegt sind.

Marco Nicola Miletti behandelt anhand der Reform des Strafverfahrens in Italien Kritik und Widerstände der klassischen Schule gegen die Forderungen der *scuola positiva* der 1880er Jahre, die keinen Einfluss auf Reform- und Kodifikationsvorhaben gewinnen konnte. Die Strafrechtsreform im deutschen Kaiserreich untersucht Richard F. Wetzell hinsichtlich der Einflüsse und Mitwirkung insbesondere des prominentesten Vertreters der positivistischen Kriminologie, Franz von Liszt. Dessen weiterreichende Vorschläge wurden zwar von Ministerialbürokratie und klassischer Jurisprudenz abgelehnt, da er und andere Kriminologen aber zu Kompromissen bereit waren, konnten sie z. B. hinsichtlich der Etablierung eines zweigleisigen Systems von Kriminalstrafen und Sicherheitsverwahrung einen limitierten Einfluss gewinnen.

Am Fallbeispiel des positivistischen Autors Raymond Saleilles thematisiert James M. Donovan das Problem der Individualisierung des Strafens in Frankreich. Klassische Jurisprudenz und religiös-katholische Prägung dominierten die am freien Willen festhaltenden Reformkonzepte, die letztlich positivistische Einflüsse abwehrten. Ausgehend von einem ausgezeichneten Überblick über die positivistische Kriminologie und Strafrechtsreform in Belgien zeigt Yves Cartuyvels, dass die auch international intensiv diskutierten kriminologischen Konzepte der *social defense* und *dangerousness* in ihren biologistisch-deterministischen Ausprägungen zwar abgelehnt wurden. Dennoch entfalteten sie über strategische Kompromisse Wirkung und beeinflussten die Kriminalpolitik und eine spezifisch gegen gefährliche Gruppen / Klassen gerichtete »Sondergesetzgebung« (*social defense laws*), weil es ein mit den positivistischen Ideen übereinstimmendes allgemeines gesellschaftliches Interesse an der »sozialen Verteidigung« gegen »gemeingefährliche Kriminelle« gab. Solche allgemeinen Wirkungen erkennt auch Heikki Pihlajamäki in Finnland, das aufgrund seiner territorialen Situation und des dominanten Einflusses der deutschen Jurisprudenz freilich keinen Resonanzraum

* Michele Pifferi (ed.), The Limits of Criminological Positivism. The Movement for Criminal Law Reform in the West, 1870–1940, London / New York: Routledge 2022, 285 S., ISBN 978-0-367-34059-9

1 Übersetzungen ins Deutsche hier und im Folgenden vom Rezensenten.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

für den positivistisch-kriminologischen Diskurs bot. Insofern waren direkte Wirkungen positivistischer Kriminologie deutlich begrenzt, für enger begrenzte pragmatische Reformvorhaben (bedingte Verurteilung und Strafen von unbedingter Dauer für gefährliche rückfällige Straftäter) und im Jugendstrafrecht kann Pihlajamäki durchaus Einflüsse nachweisen, die mit dem allgemeinen kriminalpolitischen Diskurs korrespondierten.

Enrique Roldán Cañizares gibt einen eher klassisch orientierten Überblick über den dogmatisch-juristischen Diskurs der beiden wichtigsten »Schulen« in Spanien, die katholische Jurisprudenz und den philosophischen *Krausismo*. Deren Widerstand verhinderte eine weiterreichende Etablierung positivistischer Kriminologie, die im Grunde nur einen Vertreter hatte. Katholizismus und klassische Jurisprudenz, die an der dogmatischen Dominanz des freien Willens festhielten, markieren folglich die Grenzen positivistischer Kriminologie. Eines ihrer wesentlichen Anliegen war die Reform des Jugendstrafrechts, die Paul Garfinkel anhand des römischen Jugendstrafgerichts im faschistischen Italien untersucht. Insofern geht er über den kriminologischen Diskurs hinaus und bezieht die Justizpraxis exemplarisch mit ein. Dadurch kann er das bisherige Bild des Einflusses der *scuola positiva* relativieren, denn die Praxis der Jugendstrafgerichtsbarkeit war kaum durch deren Konzepte beeinflusst, sondern folgte den zeitlich weiter zurückreichenden Ideen des Mainstreams der Strafrechtsreformer. Die zunehmende Bedeutung kriminologischer statistischer Daten für die Debatten um Kriminalitätskonzepte und Kriminalitätspolitik in England zeigt Lindsay Farmer auf. Freilich findet sich in diesen kaum eine Akzeptanz der empirischen Kriminologie. Insofern fungierten Kriminalstatistiken nicht als wissenschaftliche Basis für Strafrechtsreformen, sondern deren Nutzung folgte den Trends der Kriminalpolitik und ihnen kam eine verstärkende Funktion z. B. hinsichtlich des Vorgehens gegen habituelle, professionelle oder jugendliche Kriminelle zu. Pragmatisch-rechtspositivistische Ausrichtung und Funktion des Strafrechts als Regierungsinstrument markieren folglich in England die *limits* positivistischer Kriminologie.

Susanna L. Blumenthal bietet eine detaillierte biographische Fallstudie des »Amateur-Kriminologen« MacDonald, eine Art amerikanischer Lombroso. Obwohl er in Fachzeitschriften publizierte, ausgedehnt korrespondierte und auch legislative Institutionen adressierte, wurde er als Pseudowissenschaftler ausgegrenzt. Insofern kann Blumenthal aufzeigen, wie sich die Strafrechtswissenschaft disziplinär gegen die empirische Kriminalanthropologie abgrenzte, die folglich auch im progressiven Amerika keine Bedeutung gewinnen konnte. In Brasilien wurde die italienische *scuola positiva* dagegen im strafrechtlich-kriminologischen Diskurs und der Kriminalpolitik weitgehend adaptiert, wie Ana Lucia Sabadell und Dimitri Dimoulis demonstrieren. Anhand der Konzepte Gemeingefährlichkeit, individualisierte Bestrafung und Sicherheitsverwahrung loten sie exemplarisch die Limitierungen des kriminologischen Einflusses auf die Strafrechtskodifikationen von 1890 und 1940 und in der Justizpraxis aus. Die Ideen der positivistischen Kriminologie gewannen vor allem eine symbolisch-kommunikative und kriminalpolitische Funktion, um Modernität zu demonstrieren und die soziale Kontrolle als gefährlich etikettierter Minderheiten und Randgruppen auszuweiten, während das Strafrecht auf seinen etablierten »klassischen« Prinzipien beharrte.

Als einziger bietet der Herausgeber Michele Pifferi eine länderübergreifende thematisch angelegte Studie, die den Wandel des kriminologischen Konzepts der *social dangerousness* in Wechselwirkung mit dem Prinzip der *individual criminal responsibility* transnational vergleichend analysiert, und zwar für den internationalen Diskurs wie für Gesetzgebungsvorhaben in europäischen und lateinamerikanischen Ländern. Zwar konnte die *social dangerousness* aufgrund der Beibehaltung des Gleichheits- und Legalitätsprinzips und der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit weder im Strafrecht noch in der Rechtspraxis implementiert werden. Dennoch entfaltete das Narrativ gemeingefährlicher Verbrecherklassen begrenzte Wirkungen hinsichtlich der Zurechnung und Strafzumessung sowie der Einführung präventiver Sicherheitsmaßnahmen. Letztere unterlagen freilich auch in dem entstehenden zweigleisigen System weiterhin der Rechtsbindung und schlossen keine lediglich auf die subjektive Gefährlichkeit des einzelnen Täters begründete unbegrenzte Strafe bzw. Sicherheitsverwahrung ein.

Die gut geschriebenen, klar strukturierten Beiträge behandeln folglich alle für jeweils länderspezifisches Strafrecht, Jurisprudenz und Reformbestrebungen die zentrale Ausgangsfrage nach den Limitierungen positivistischer Kriminologie. Dies gilt auch weitgehend für die als biographische Fall-

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

studien konzipierten Beiträge, die durch ihre Methodik freilich stärker limitiert sind und Kriminalitätspolitik wie Justizpraxis kaum thematisieren. Die meisten Beiträge sind allerdings breiter angelegt und beziehen auch Kriminalpolitik sowie zumindest teilweise religiöse, politische und rechtskulturelle Kontexte mit ein. Dennoch stellt sich die Frage der Vergleichbarkeit der Länderstudien und der ableitbaren allgemeinen Ergebnisse der *Limits of Criminological Positivism*, die Pifferi in der Einleitung systematisiert und synthetisiert.

Erwartbar ist, dass wesentliche Widerstände von der »klassischen« Jurisprudenz ausgingen, die den etablierten dogmatischen Konzepten und Prinzipien weiterhin Geltung verschaffte und Gegenpositionen zudem mit der Erhaltung durch Rechts- und Verfassungsstaat gewährter Freiheitsrechte begründen konnte. Allerdings überwindet der Band ältere dichotomische Modelle, die die kriminologischen Diskurse auf die *scuola positiva* und die Auseinandersetzung mit der »klassischen Schule« reduzieren. Eine wesentliche Limitierung positivistischer Kriminologie bestand vielmehr in der Stabilität des Strafrechts, das sich nur begrenzt empirischen Wissenschaften öffnete und seine juridischen Eigenlogiken und rechtspositivistischen Prinzipien beibehielt. Zudem konnten die Kriminologen ihren eigenen Anspruch auf empirisch-wissenschaftliche Fundierung von Reformvorhaben kaum einlösen. Insofern erwiesen sich gerade die Strafrechtskodifikationen einschließlich der Reformentwürfe, in denen die Kriminologen das eigentliche Vehikel einer Modernisierung erblickten, eher als »Bollwerke« gegen Veränderungen. Einflüsse auf die Gesetzgebung entfalteten sich aber dennoch in Form von Kompromissen und »Sondergesetzen«, die im Übergangsbereich zwischen Strafrecht, Kriminalpolitik und formaler Sozialkontrolle angesiedelt waren und insbesondere Jugendkriminalität und habituelle Kriminelle betrafen. Für diese belegen die meisten Beiträge die stärksten Einflüsse kriminologischer Konzepte wie *social defense*, *social dangerousness* und daraus resultierend ein zweigleisiges System von gesetzlich fixierten Kriminalstrafen und juridisch kontrollierten Sicherheitsmaßnahmen. Die geringsten Limitierungen und stärksten Einflüsse lassen sich folglich außerhalb des engeren Bereichs von Strafrecht und Jurisprudenz verorten, wobei der positivistisch-kriminologische Diskurs kaum neue empirische sozialwissenschaftliche Erkenntnisse einspeiste, sondern auch Narrative der kriminalpolitischen Diskurse und Praktiken sozialer Kontrolle transportierte. Insofern können nicht nur die Limitierungen positivistischer Kriminologie innerhalb des Strafrechts, sondern auch deren Interdependenzen mit Kriminalpolitik, Sozialkontrolle und anderen Diskursen als zentrales Ergebnis hervorgehoben werden. In dieser Perspektive bietet der Band über die engere Geschichte der empirischen Kriminologie hinaus auch für die allgemeine Rechtgeschichte wichtige methodisch-konzeptionelle Anregungen, um beispielsweise historische Normativitätsregime hinsichtlich disziplinübergreifender und transnationaler Limitierungen und Interdependenzen zu erforschen.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Christoph Resch

Rätsellösende Rechtsvergleicher*innen?*

Balázs Fekete erzählt mit seinem Werk *eine* Geschichte der Rechtsvergleichung in Europa von der Mitte des 19. bis ins 21. Jahrhundert durch die Brille der von Thomas S. Kuhn entwickelten Theorie der Paradigmenwechsel. Das Buch hat eine Entstehungsgeschichte von fast 20 Jahren und beruht auf einer ursprünglich 2009 fertiggestellten und 2011 in Ungarn publizierten Dissertation.

Fekete wählt für seine Darstellung bewusst eine mittlere (*mezzo*) Perspektive, zwischen bereits existierenden Universalgeschichten und sehr detaillierten Studien, die sich beispielsweise auf einzelne Autoren beschränken. Ein generelles Defizit attestiert er der vorhandenen Literatur in Bezug auf deren Festhalten an linear progressiven Erzählungen (2). Dem sucht er eine neue Perspektive entgegenzusetzen, indem er die von Kuhn entwickelte Geschichtstheorie auf die Rechtsvergleichung anpasst, um dadurch eine qualitativ andere Erzählung der Geschichte der Rechtsvergleichung zu ermöglichen (10). Er sieht – wie Kuhn – die Wissenschaftsgeschichte durch revolutionäre Brüche und darauf folgende Perioden der Ausdifferenzierung durch die Wissenschaftscommunity, der Normalwissenschaft, gekennzeichnet (14–15). Fekete passt das Kuhn'sche Vokabular auf die Rechtsvergleichung an. So fasst er etwa das Paradigma als institutionalisierte akademische Community, die eine starke Präferenz für eine bestimmte Methode habe (27). »Krise« beschreibt dann einen Zustand, in dem Anomalien nicht mehr innerhalb des bestehenden Paradigmas zufriedenstellend erklärt werden können, was zu einem Paradigmenwechsel (zumindest in Teilen der Community) führt (29).

Fekete sieht das erste Paradigma in der historischen und vergleichenden Rechtswissenschaft. Er geht zunächst auch auf die sog. vorparadigmatische Zeit ein. Seit dem 17. Jahrhundert hätten sich etwa Leibniz, Montesquieu, Vico und später Feuerbach vergleichender Methoden bedient. Dennoch könne aufgrund der Heterogenität der Vorgehensweisen nicht von einem Paradigma gesprochen werden (31–39). Henry Sumner Maine habe in seinem Werk *Ancient Law* die historische mit der vergleichenden Methode verschmolzen, um die Entwicklung des Rechts aus dessen Geschichte zu verstehen. Er habe, vom Positivismus beeinflusst, die Rechtswissenschaft zu einer »wirklichen Wissenschaft« machen wollen, womit die Ablehnung aller *a priori* konstruierten Naturrechtssätze einhergegangen sei (44–46). Sein Nachfolger an der Universität Oxford, Sir Frederick Pollock, habe Maines Methode schließlich weiter ausdifferenziert und das erste Paradigma als solches formuliert. Er habe gezeigt, dass die historische und die vergleichende Methode, da beide induktiv und positivistisch, nicht vollständig voneinander zu trennen seien. Als (empirische) Wissenschaften könnten sie jedoch sauber von der Philosophie abgegrenzt werden (47–48). In Deutschland sieht Fekete Joseph Kohler als Hauptvertreter des ersten Paradigmas (55–59). Der Pariser Kongress von 1900 kennzeichne den Paradigmenwechsel hin zum sog. *droit comparé*. Raymond Saleilles Vortrag habe die Defizite der Privatrechtswissenschaft bzgl. ihrer Anschlussfähigkeit an die Sozialwissenschaften offengelegt. Er habe vorgeschlagen, mehr Rechtsvergleichung zu betreiben (69), deren Rolle es als autonomes Forschungsfeld sei, relative Idealtypen rechtlicher Institutionen *(droit idéal relatif)* zu definieren (72–73). Edouard Lambert sei dafür eingetreten, die Rechtsvergleichung auf das kontinentaleuropäische Privatrecht zu beschränken, um die temporären Unterschiede zwischen bereits sehr ähnlichen Rechtsordnungen durch ein *droit commun législatif* zu überwinden (75–77). Das zweite Paradigma könne so beschrieben werden, dass Rechtsvergleichung praktische und brauchbare Antworten auf Unterschiede der einzelnen Rechtsordnungen geben (und diese überwinden helfen) solle (79). Fekete sieht Ernst Rabel mit dessen funktionaler Methode als Hauptvertreter dieses Paradigmas auf deutscher Seite, während er in England Harold Coke Gutteridge diese Rolle zuschreibt (85–93).

Der sich nach dem Zweiten Weltkrieg abzeichnende Blockgegensatz und das Aufkommen von

* Balázs Fekete, Paradigms in Modern European Comparative Law – A History, Oxford: Hart 2021, XIV + 203 S., ISBN 978-1-5099-4692-1

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Rechtsordnungen sozialistischer und sowjetischer Prägung hätten das Paradigma des *droit comparé* in eine Krise gestürzt. Diese Rechtsordnungen hätten sich nämlich mit dem vorhandenen Methodenbesteck, welches auf die Konvergenz ähnlicher Rechtsordnungen ausgerichtet war, nicht handhaben lassen (97–99, 137–138). Als Folge sieht Fekete die daran anschließende Diskussion über die Taxonomien verschiedener Rechtsfamilien bzw. -traditionen (99–115) und geht im Weiteren auf die (Weiter-)Entwicklung der funktionalen Methode durch Konrad Zweigert ein (116–127). Die Untersuchung schließt mit einer Diskussion, ob die Rechtsvergleichung bereits einen weiteren Paradigmenwechsel erlebt habe bzw. ein solcher durch die Betonung von *legal cultures* in der neueren Forschung bevorstünde, was Fekete verneint (161–163).

Fekete möchte mit seinem Buch nicht nur die Geschichte der modernen Rechtsvergleichung in Europa erzählen, sondern auch zeigen, dass diese Geschichte aus der Perspektive der (durch ihn modifizierten) Kuhn'schen Theorie besser verstanden werden kann. Die historische Darstellung ist sehr informativ und anschaulich. Besonders ansprechend ist die Zeit von der Mitte des 19. Jahrhunderts bis nach dem Zweiten Weltkrieg geschildert. In der Folgezeit geht der Autor sehr selektiv vor und arbeitet sich etwa durch die Einzelheiten verschiedener Taxonomien. Dies passt sich jedoch gut in sein Gesamtkonzept ein. Die Geschichte der Rechtsvergleichung mit Hilfe der von Kuhn entwickelten Theorie der *paradigm shifts* zu erzählen, eröffnet eine neue Perspektive auf die Materie. Fekete wendet die von ihm modifizierte Kuhn'sche Theorie folgerichtig an. Sein Anspruch war es jedoch auch, in Anlehnung an Kuhn zu zeigen, dass Wissenschaft auch in der Rechtsvergleichung als Normalwissenschaft durch die Wissenschaftscommunity und nicht nur durch wenige berühmte Vertreter der Zunft vorangetrieben wird. Auf diese *puzzle-solving research* oder das Lösen von Rätseln kommt Fekete zwar hin und wieder zu sprechen. Nach den rätsellösenden Rechtsvergleicher*innen sucht man jedoch zum Teil vergeblich. Fekete hängt den Begriff der *puzzle-solving research* weitestgehend an den großen Namen der Rechtsvergleichung wie etwa Lambert oder Zweigert auf. Interessant wäre es gewesen, anhand von Beispielen aufzuzeigen, inwieweit die Wissenschaftscommunity mit konkreten Fragestellungen innerhalb der einzelnen Paradigmen unterschiedlich umgegangen ist.

Insgesamt eine überzeugende Darstellung der Geschichte der modernen europäischen Rechtsvergleichung, vor allem, wenn man eine Abhandlung sucht, deren Schwerpunkt auf der Geschichte der Methoden bzw. Konzepte der Rechtsvergleichung liegt. Des Weiteren eignet sich das Buch hervorragend, um ein Anwendungsbeispiel einer modifizierten Kuhn'schen Theorie auf eine Geisteswissenschaft zu studieren und die Fallstricke kennenzulernen, die sich dabei stellen.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Marietta Auer

Der Mann ohne Eigenschaften*

Seit drei Jahren ist die monumentale Kelsen-Biographie Thomas Olechowskis nun in der Welt. Die erste Auflage von 2020 war bald vergriffen. Der vorliegenden Besprechung liegt die durchgesehene zweite Auflage von 2021 zugrunde. Änderungen beschränken sich laut Vorwort »auf die Ausbesserung von Fehlern sowie auf Nachträge der zwischenzeitlich erschienenen Literatur […]. Zu größeren Änderungen fand ich allerdings auch keinen Anlass, weil die bis jetzt erschienenen Buchbesprechungen sowie die zahlreichen persönlichen Rückmeldungen, die ich erhielt, in der Summe äußerst positiv waren« (Vorwort zur Zweiten Auflage, X).

Was soll man zu einem Buch noch sagen, das ausweislich der Homepage des Autors seit seiner Veröffentlichung Gegenstand von sagenhaften 42 Rezensionen aus dem In- und Ausland war, einschließlich der Besprechung als »Juristisches Buch des Jahres 2021«, wobei zwei öffentliche Interviews des Autors in Wiener Bibliotheken über sein Werk noch gar nicht mitgezählt sind?[1] Dieses Buch ist – und das ist auch für das Verständnis seines Sujets relevant – in Österreich, der ehemaligen Heimat Hans Kelsens, eine Staatsaffäre und ein Medienereignis gewesen. Es handelt sich um ein kuratiertes Werk, das seine Nähe zur Kelsen-Schule nicht verbergen will. Entstanden ist es seit 2003 auf Anregung der damaligen Vorsitzenden des Hans Kelsen-Instituts an der Universität Wien, Robert Walter sowie Clemens Jabloner, ersterer Kelsen-Enkelschüler, »anlässlich der – damals in Vorbereitung befindlichen – Edition der ›Hans Kelsen Werke‹« (Vorwort, VII). Für letztere ist, in Zusammenarbeit mit selbigem Institut, die Freiburger Hans-Kelsen-Forschungsstelle unter Matthias Jestaedt zuständig. Geplant ist unter dem Dach der Mainzer Akademie der Wissenschaften eine Gesamtedition von knapp 18 000 publizierten Werkseiten sowie sämtlichen nicht publizierten Werken aus Kelsens Nachlass. Das Projekt ist auf 32 Bände angelegt und soll bis Ende 2042 abgeschlossen sein. Bislang sind acht Bände erschienen.[2]

Es musste also – und die Assoziation mit Robert Musil ist an dieser Stelle einfach zu naheliegend, als dass sie dieser Rezensentin als erster aufgefallen wäre – eine »Parallelaktion« her, um der zu erwartenden »Kanonisierung« und »Monumentalisierung« Kelsens den angemessenen biographischen Rahmen zu verleihen.[3] Mit Blick auf diesen staatstragenden Anspruch lässt das rezensierte Werk kaum einen Wunsch offen. Es handelt sich, wie bereits zahlreiche Rezensenten in vielfachen Varianten bemerkt haben, um eine akribische Forschungsarbeit, die dem »jahrzehntelangen Forschungsdesiderat« einer großen, umfassenden Kelsen-Biographie Rechnung trägt.[4] Verarbeitet ist eine »stupende Materialfülle«, die »neben der Berücksichtigung gedruckter Quellen vor allem auf minutiösen Archivrecherchen in einer Vielzahl von Ländern und auf ›oral history‹« beruht.[5] Das Werk verfährt übersichtlich chronologisch. Es erzählt Kelsens Lebensgeschichte von der Wiege bis zur Bahre und gliedert diese in aussagekräftige vier Teile, überschrieben »In der Habsburgermonarchie«, »Als Professor an der Universität Wien«,

* Thomas Olechowski, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers, unter Mitarbeit von Jürgen Busch, Tamara Ehs, Miriam Gassner und Stefan Wedrac, 2., durchges. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck 2021, XXIII + 1029 S., ISBN 978-3-16-160205-4

1 https://rechtsgeschichte.univie.ac.at/team/thomas-olechowski/publikationen/monographien/ (abgerufen 15.04.2023); Reinhard Zimmermann, Juristische Bücher des Jahres – Eine Leseempfehlung, in: JuristenZeitung 76 (2021) 991–997, 993 f.

2 https://www.adwmainz.de/projekte/hans-kelsen-werke/informationen.html; https://kelsen.online/informationen/das-projekt; https://www.mohrsiebeck.com/mehrbaendiges-werk/hans-kelsen-werke-493900000?no_cache=1 (jeweils abgerufen 15.04.2023). Dazu unverblümt Reinhard Mehring, »Viel Papier beschrieben / und im Irrtum geblieben« ? Thomas Olechowskis kolossale Kelsen-Biographie, in: Der Staat 59 (2020) 451–462, 462: »Die Masse der Bände wird den durchschnittlichen Leser […] geradezu erschlagen und die Komplexität des Werkkosmos droht für den Nachwuchs zum Dissertationsgrab und zur akademischen Sackgasse zu werden.«

3 Robert Musil, Der Mann ohne Eigenschaften I, hg. v. Adolf Frisé, 27. Aufl., Hamburg 2012; dazu bereits Mehring (Fn. 2), 451 f.

4 Exemplarisch Martin P. Schennach, in: Juristische Blätter 144 (2022) 130–132, 130.

5 Schennach (Fn. 4), 130.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

»Köln – Genf – Prag« sowie »Amerika und die Welt« (25–208; 209–478; 479–671; 673–917).

Und so verfolgt der Leser den 1881 in Prag geborenen »Jahrhundertjuristen«[6] auf seinem durchaus schlafwandlerischen Pfad durch fast ein Jahrhundert Weltgeschichte. Dieses reicht vom *fin-de-siècle*-Wien (42 ff.), wo das gesamte Romanpersonal der Wiener Moderne vom bereits erwähnten Musil über dessen »Diotima« Eugenie Schwarzwald und dem »Wiener Kreis« bis zum legendären Professor Freud irgendwie auch mit Kelsen zu tun hat oder dessen Weg kreuzt, über dessen geschickten Aufstieg durch die Wirren des ersten Weltkriegs (195 ff.) zum »Architekten« der Österreichischen Bundesverfassung und Richter am Verfassungsgerichtshof (255 ff.), den späteren »Sturz« aus dieser Position (437 ff.), die Wander- und Exiljahre von Köln über Genf und Prag nach Harvard ab 1930 (481 ff.) bis zur Ankunft in der neuen Heimat Berkeley (761 ff.), wo Kelsen 1973 nach zahlreichen Einladungen zu Vorträgen und Preisverleihungen auf der ganzen Welt hochbetagt und hochgeehrt stirbt. Wohin auch immer der Protagonist der Erzählung sich wendet, begegnet dem Leser das führende Personal des 20. Jahrhunderts: die Spitzen der Wiener und Weimarer Staatsrechtswissenschaft, an deren Stelle nach Kelsens Vertreibung durch die Nationalsozialisten nahtlos die führenden Köpfe Amerikas und der weiten Welt treten. All das liest sich trotz der großen Stoffmenge flüssig, ja süffig und vermittelt das Kolorit der beschriebenen Milieus mit großer Anschaulichkeit. Wenn es dabei manchmal etwas bunt zugeht – so etwa bei den gleichsam touristischen Stadtvignetten, die allen Schauplätzen vorangestellt sind und denen man etwa Informationen über die Höhe des Kölner Doms (496), die Bedeutung des Boston Symphony Orchestra (680) oder den Skandal über das Fresko Diego Riveras in der Lobby des Rockefeller Center (677) entnehmen kann,[7] für das sich Kelsen gar nicht interessiert haben dürfte (s. u.) –, so schadet dies nicht, weil bei alledem immer auch ein dichtes Netz an historiographisch relevanter Information eingewebt wird, etwa zur Bedeutung des Wiener Heimatrechts für die große Zahl von bildungs- und aufstiegswilligen Juden aus Galizien und der Bukowina, die in den Jahrzehnten vor der Jahrhundertwende in die Reichshauptstadt Wien strömten und zu denen auch Kelsens Eltern gehörten (44 f.).

Was tut nun Kelsen an all diesen Orten? Er hält sich dort nicht einfach auf, sondern publiziert von früher akademischer Jugend an am laufenden Band. So arg konnten die äußeren Umstände gar nicht sein, dass er nicht noch Zeit fand, im Monatsrhythmus zwei oder drei oder noch mehr Aufsätze, Bücher oder Gutachten zu den am Aufenthaltsort jeweils aktuellen Problemen des Staats- und Völkerrechts zu verfassen und »Angriffe« von »Gegnern« der Reinen Rechtslehre zu parieren. Die Grundzüge dieser Lehre lagen indessen bereits seit der Habilitation 1911 fest und wurden in späteren Jahren und Jahrzehnten nurmehr modifiziert und ergänzt. Neuen Forschungsthemen wandte sich Kelsen nur auf Druck äußerer Umstände zu. Das Lebenswerk dieses Gelehrten bestand also darin, einem zu einem sehr frühen Zeitpunkt feststehenden System von einigen wenigen rechtswissenschaftlichen und staatsrechtlichen Dogmen – Trennung von Sein und Sollen, Trennung von Rechtswissenschaft und Politik, Rechtswissenschaft als Normwissenschaft, Wertrelativismus, Identität von Staat und Recht, Recht als Zwangsordnung, Stufenbau der Rechtsordnung, Grundnormtheorie, völkerrechtlicher Monismus – immer wieder neue Anwendungsfelder in geltenden staats- und völkerrechtlichen Problemen zu erschließen, dabei ihre »Gültigkeit« zu erproben, Gegner zu »erledigen« (332 f.) und so zu einem immer geschlosseneren und unangreifbareren System der Wissenschaft vom positiven Recht zu gelangen.[8] Von dieser Hegemonie der Reinen Rechtslehre im

6 Vgl. Manfred H. Wiegandt, Der Jahrhundertjurist. Thomas Olechowskis monumentale Kelsen-Biographie, in: Recht und Politik 57 (2021) 104–121.

7 Manchmal lohnt eine Nachrecherche. Diego Riveras Fresko »Man at the Crossroads« (1933) war auf Veranlassung des damaligen Direktors des Rockefeller Center, Nelson (nicht John D. Jr.) Rockefeller, noch vor der Enthüllung wieder zerstört worden, weil es in einem versteckten Bildausschnitt eine Szene mit Lenin zeigte, der die Hände von Arbeitern zusammenführt. Im rezensierten Werk wird dies wie folgt kommentiert (677): »John D. Rockefeller Jr. war ein Philanthrop, aber kein Sozialist und schon gar kein Idiot.« Zur doch etwas tieferen Bedeutung der Sache bis hin zu aktuellen Debatten um Kunstfreiheit und Bildzensur Marlene Grunert, Urheber versus Eigentümer. Amerika streitet über zwei Wandgemälde, die sich kritisch mit der Sklaverei befassen, in: FAZ Nr. 87 v. 14.04.2023, 13.

8 Übersichtlich dazu jüngst Horst Dreier, Hans Kelsen. Zur Einführung, Hamburg 2023, 99–134.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Werk Kelsens gibt es nur eine einzige größere Ausnahme: Unter dem Titel »Vergeltung und Kausalität« spekulierte Kelsen seit Ende der 1930er Jahre gleichsam von der Außenseite her über die moralgeschichtliche Evolution des Menschen von einem »normativen« zu einem »kausalen« Verständnis von Naturgesetzen, die mit der Evolution von »Naturvölkern« – mit Kelsen: »Primitiven«[9] – zu »Kulturvölkern« einhergegangen sei (645 ff.). Erst der moderne Kulturmensch verstehe es, Natur und Kultur säuberlich zu trennen und aus ersterer keine Normen mehr herleiten zu wollen, so dass man im Ergebnis doch wieder bei der Reinen Rechtslehre herauskommt. All dies wird in Olechowskis Biographie in eingestreuten Werkzusammenfassungen anschaulich referiert und auf die theoretischen Kernelemente zurückgeführt. Aber geht daraus wirklich hervor, was Kelsens Rechtstheorie leistet und was dabei analytisch unterbelichtet bleibt, weil es dem charakteristischen Reduktionismus des Kelsenschen Rechtsbegriffs zum Opfer fällt?

Eine kritische Auseinandersetzung mit Kelsens Rechtstheorie ist indessen ausdrücklich nicht Ziel der vorgelegten Biographie, die »keine rechtsphilosophische oder rechtstheoretische Auseinandersetzung mit Hans Kelsen« bieten, sondern sich auf eine Untersuchung »rechtshistorischer Natur« beschränken will: Das Buch soll »das Tun und Wirken Kelsens als historisches Faktum betrachten und erklären« (19). Freilich relativiert der Autor diese Aussage sogleich selbst wieder. Wer das Leben Kelsens verstehen wolle, der müsse »auch den Sinn seiner wissenschaftlichen Arbeiten erfassen, muss seine Gedankengänge nachvollziehen, muss tief in alle Wissenschaften, mit denen sich Kelsen beschäftigte – Rechtstheorie, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Rechtsdogmatik und vieles andere mehr – hineintauchen« (20). Und so folgt auf den knapp 900 Seiten der biographischen Abhandlung dann doch eine Gesamtwürdigung von Person und Werk, die sich freilich nicht immer der nachvollziehbaren Neigung entziehen kann, ihren Gegenstand zu idealisieren.[10] So »mag der Ausdruck ›Genie‹ für Kelsen sicherlich zutreffend sein« (120); jedenfalls gelte er als »einer der bedeutendsten, wenn nicht der bedeutendste Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts« (928). Natürlich waren seine Vorstellungen »visionär« (574), seine Mahnungen »Kassandrarufe« (641), seine Privatbibliothek »riesig« (668), seine Gutachten »hochpolitisch« (852), sein Start in Harvard »fulminant« (704) und sein lateinamerikanisches Publikum zu Recht auf »das Kommen des Meisters« gespannt (808). »Kelsen sprengte in Wirklichkeit also auch hier alle Vorgaben« (766). Musil:

> »Es hatte damals schon die Zeit begonnen, wo man von Genies des Fußballrasens oder des Boxrings zu sprechen anhub, aber auf mindestens zehn geniale Entdecker, Tenöre oder Schriftsteller entfiel in den Zeitungsberichten noch nicht mehr als höchstens ein genialer Centrehalf oder großer Taktiker des Tennissports. Der neue Geist fühlte sich noch nicht ganz sicher. Aber gerade da las Ulrich irgendwo, wie eine vorverwehte Sommerreife, plötzlich das Wort ›das geniale Rennpferd‹.«[11]

Kelsen tut man mit derlei hagiographischer Ornamentik indessen keinen Gefallen. Bereits an anderer Stelle wurde eine gewisse Ratlosigkeit darüber ausgedrückt, dass die vorliegende Biographie angesichts der konstatierten Singularität Kelsens auch von der Singularität der ihr gestellten Aufgabe ausgeht: »Eigentliche Vorbilder besitzt die vorliegende Biographie nicht« (21).[12] Wie sich die Gefahren des Biographismus und der idealisierenden Verwendung von Schüler- und Ego-Dokumenten auswirken, hätte man etwa am Beispiel Sigmund Freuds studieren können, dessen Leben und Werk sich weit mehr noch als dasjenige Kelsens als exemplarischer Brennpunkt der Ideen- und Katastrophengeschichte des 20. Jahrhunderts eignet. Um Freuds Leben und Werk rankten sich bereits zu Lebzeiten die Legenden, die es den zahllosen Biographien und Fiktionalisierungen, die seit Freuds Tod erschienen sind, bereits im Ausgangspunkt unmöglich machten, zur wahren Persönlichkeit des »Meisters« vorzudringen. Freud war sich dessen bewusst und vernichtete schon in jungen Jahren autobiographische Quellen, um es, wie er seiner Braut Martha Bernays berichtete, seinen künftigen Biographen möglichst zu erschweren,

9 Noch unschönere Begriffe finden sich etwas verschämt in einer Fußnote (647 Fn. 882). Immerhin werden sie nicht verschwiegen.

10 Ähnlich Schennach (Fn. 4), 131: »natürliche Komplizenschaft«.

11 Musil (Fn. 3), 44.

12 Kritisch unter Verweis auf die Debatte über wissenschaftliche Biographik auch Schennach (Fn. 4), 131.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

eine Fiktion seiner Persönlichkeit aus Papier zu errichten: »Das Zeug legt sich um einen herum wie der Flugsand um die Sphinx, bald wären nur mehr meine Nasenlöcher herausgeragt; ich kann nicht reifen und sterben ohne die Sorge, wer mir in die alten Papiere kommt.«[13]

Nun mangelt es auch im Fall Kelsens an autobiographischen Quellen (21 f.), ohne dass sich dieser ebenso wie Freud gezielt um deren Vernichtung bemüht hätte. Umso mehr stellt sich die Frage, wer eigentlich die Persönlichkeit hinter dem paradigmatischen Lebensweg eines exilierten Gelehrten des 20. Jahrhunderts einerseits und den zahlreichen hier minutiös zusammengetragenen Anekdoten von banaler Alltäglichkeit andererseits war, und eine Antwort wird nicht recht erkennbar. Kelsen war – was hier mitgeteilt, aber sogleich durch Spekulationen über unerkannte Hochbegabung beiseitegeschoben wird – ein in jeder Hinsicht durchschnittlicher Schüler und Student, der bis zur Promotion niemandem durch besondere Begabung aufgefallen war (46 ff., 57 ff., 88 ff.). Ein Mann des populären Geschmacks, der »in den Supermarkets von Berkeleys […] mit Kennerblick sowohl die einladenden Aufschriften der Konservenbüchsen wie die Kurven der Verkäuferinnen studiert« und »mindestens einmal die Woche […] ins Kino [geht], um sich zu entspannen; je anspruchsloser der Film […], desto besser« (859). Ein Freund derber Scherze, der einem ihm lästigen lateinamerikanischen Gastgeber sinngemäß das f-Wort auf Französisch anempfiehlt: »Eh bien, mon vieux, va faire l'amour!« (811), der seinen 1933 bei erster Gelegenheit zu den Braunen übergelaufenen Kölner Ex-Assistenten Friedrich August Freiherr v. d. Heydte zum »deutschen Gruß« vor der Kulisse der San Francisco Bay auffordert (866) und der H. L. A. Hart bei einer Podiumsdiskussion in Berkeley derart den Satz »Norm is norm!« ins Gesicht schreit, dass dieser mit seinem Sessel hintenüberkippt (891). Musil:

> »Denn wenn sich im Lauf der Zeit die gewöhnlichen und unpersönlichen Einfälle ganz von selbst verstärken und die ungewöhnlichen verlieren, so daß fast jeder mit der Sicherheit, die ein mechanischer Zusammenhang hat, immer mittelmäßiger wird, so erklärt das ja, warum trotz der tausendfältigen Möglichkeiten, die wir vor uns hätten, der gewöhnliche Mensch nun einmal der gewöhnliche ist! Und es erklärt auch, daß es selbst unter den bevorzugten Menschen, die sich durchsetzen und zu Anerkennung kommen, eine gewisse Mischung gibt, die ungefähr 51% Tiefe und 49% Seichtheit hat und den meisten Erfolg findet.«[14]

Ein »Held« war Kelsen übrigens nicht, wie er selbst immer wieder betont (547, 776). 1933 hatte er nichts dagegen, in Köln die Hakenkreuzflagge herauszuhängen, »da es schließlich jedermann mache« (547); seinen alten österreichischen Dienstrevolver warf er aus Angst vor Entdeckung »in eine Bananenschale eingewickelt in den Rhein« (547). Mit der Emigration in die USA wartete er buchstäblich bis zur letzten Sekunde (668), während sein Hauptaugenmerk in den verschiedenen breit referierten Korrespondenzen mit Köln, Genf, Prag und den USA stets der hartnäckig verhandelten Besoldung und vor allem den »Ruhegenüssen« galt (486 ff., 564 f., 574 ff., 612 f., 814 ff.). Politik interessierte ihn nicht (684); gleichwohl war er unter der Prämisse einer »sauberen Trennung von Recht und Politik« (790) laufend gutachterlich für die jeweils aktuellen politischen Interessen des internationalen Rechts tätig (593 ff., 732 ff., 745 ff., 798 ff., 852 ff.). Eine Verleihung der Ehrendoktorwürde der Universität Salamanca neben Francisco Franco lehnte er ab, wollte die Urkunde dann aber doch gerne per Post zugeschickt bekommen (865 f.). Die entscheidende Frage bei alledem lautet: Wo war Kelsen originell und wo war er nur exemplarisch? Wo war er Pionier, der durch seine Ideen die Rechtstheorie und Weltpolitik voranbrachte, wo dagegen nur kongenialer Exponent des Zeitgeists, Medium des 20. Jahrhunderts und Souffleur des modernen Rechtsbegriffs, der zur richtigen Zeit am richtigen Ort erschien, um das metaphysisch

13 Sigmund Freud, Martha Bernays, Spuren von unserer komplizierten Existenz. Die Brautbriefe, Bd. 4, hg. v. Gerhard Fichtner, Ilse Grubrich-Simitis, Albrecht Hirschmüller, Frankfurt am Main 2019, 361. An derselben Stelle macht sich Freud über seine künftigen Biographen lustig: »Wir wollen's ihnen nicht zu leicht machen. Jeder soll mit seinen Ansichten über die ›Entwicklung des Helden‹ recht behalten, ich freue mich schon, wie die sich irren werden.« Zum Ganzen Andreas Mayer, Wie schreibt man keine Freud-Biographie?, in: Zeitschrift für Ideengeschichte XIV (2020) 68–84.

14 Musil (Fn. 3), 117.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

depravierte Gerüst des technokratischen Rechtspositivismus zu errichten, dessen die Zeit bedurfte? Musil:

> »Es ist eine Welt von Eigenschaften ohne Mann entstanden, von Erlebnissen ohne den, der sie erlebt, und es sieht beinahe aus, als ob im Idealfall der Mensch überhaupt nichts mehr privat erleben werde und die freundliche Schwere der persönlichen Verantwortung sich in ein Formelsystem von möglichen Bedeutungen auflösen solle.«[15]

Die vorliegende Biographie erweckt den Eindruck, dass Kelsen immer und überall der Erste und Originellste war, der maßgebliche Akteur auf allen wissenschaftlichen und politischen Bühnen, die er betrat; immer derjenige, um den sich alles drehte. So werden die zahlreichen polemischen Auseinandersetzungen, die er zeitlebens mit wissenschaftlichen Kontrahenten führte, paradigmatisch etwa diejenige mit seinem Schüler Fritz Sander (321 ff.), durchweg so geschildert, dass Kelsen von Anfang an im Recht war und am Ende obsiegte, wodurch sein Ruhm und Großmut mit den unterlegenen Abtrünnigen beständig wuchs, während diejenigen, die es dann immer noch nicht glauben wollten, zur Strafe gänzlich in der Bedeutungslosigkeit versanken. Bezeichnend ist, dass viele dieser Auseinandersetzungen, wiederum paradigmatisch diejenige mit Sander, Prioritätsfragen zum Gegenstand hatten. Dabei muss man Kelsen gar keinen Plagiarismus unterstellen, um zu konstatieren, dass er mit vielen Begriffsschöpfungen – etwa mit der Unterscheidung zwischen »Rechtsnorm« und »Rechtssatz« (695)[16] – eben nicht der erste war, sondern nur besonderes Geschick darin besaß, zeitgenössischen Topoi vor dem reduktionistischen Hintergrund der Reinen Rechtslehre besonders klare, anscheinend wertneutrale und »wissenschaftliche« Bedeutungen zu verleihen. Im 20. Jahrhundert reichte das aus, um ein Paradigma der Rechtswissenschaft zu begründen.

Wo die Grenzen der Leistungsfähigkeit desselben liegen, zeigt sich indessen deutlich an der angloamerikanischen Rechtstheorie, die sich von der Reinen Rechtslehre nie recht überzeugen lassen wollte und es bis heute lieber mit dem vom Sessel gefallenen H. L. A. Hart hält (892). Die Gründe dafür werden in Olechowskis Biographie so dargestellt, als seien sie ganz und gar unverständlich – »diese Kritik war nur selten substantiiert« (702) – und gewissermaßen eine geschmäcklerische Laune des amerikanischen Publikums, dem Kelsens Theorie »einfach […] zu europäisch, zu theorielastig, zu kantianisch« war (702). Dabei liegt hier der entscheidende blinde Fleck des Paradigmas der Reinen Rechtslehre: Selbstverständlich ist diese insoweit »zu kantianisch«, als sich die »großen« Dualismen zwischen Sein und Sollen, Natur und Kultur, Recht und Moral, zwischen der straff hierarchisierten Innenseite des Rechts und seiner in die imaginierte Grundnorm verdrängten Außenseite wie ein Webfaden durch all ihre konzeptionellen Emanationen ziehen. Wenn die Theoriegeschichte des 20. Jahrhunderts eines gezeigt haben dürfte, dann dies: Keine dieser »großen« Trennungen lässt sich durchhalten, und wo sie als epistemische oder praktische Dogmen verabsolutiert werden, richten sie mehr Schaden als Nutzen an.[17] Warum sollte es etwa so sein müssen, dass Rechtsordnungen ihre Geltung nur in der hierarchisch strukturierten Form eines »Stufenbaus« beglaubigen können? Aus dem Blick gerät dadurch der *Nomos* der kulturellen Ordnungen, ohne den das Recht nicht wie ein Fisch im normativen Wasser schwimmen könnte,[18] die Horizontalität rechtspluralistischen Denkens und ganz generell die Möglichkeit eines nichthierarchischen, nicht-obrigkeitlichen, nicht-imperialistischen Ver-

15 Musil (Fn. 3), 150.

16 Grundlegend zur Unterscheidung zwischen »Rechtsnorm« und »Rechtssatz« bereits Eugen Ehrlich in seiner erstmals 1913 erschienenen »Grundlegung der Soziologie des Rechts«; vgl. Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 5. Aufl., Berlin 2022, 61. In seinem polemischen Verriss der Erstauflage dieses Werks (dazu im rezensierten Band 165 ff.) konnte Kelsen mit der später von ihm adaptierten Unterscheidung noch nicht viel anfangen: »Eine Differenzierung zwischen ›Rechtssatz‹ und ›Rechtsnorm‹ ist zwar nicht rätlich, kommt aber dennoch vor«; Hans Kelsen, Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 39 (1914/15) 839–876, 846.

17 Statt aller Fabian Steinhauer, Die Größe der Trennung, in: Unter dem Gesetz. Zettelkasten, Schaufenster und Schirm, https://fabianstein hauer.tumblr.com, dort zu finden durch Eingabe der Suchtermini »Größe der Trennung« und scrollen bis zum Ende der Seite (abgerufen 15.04.2023).

18 Grundlegend Robert M. Cover, The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative, in: Harvard Law Review 97 (1983) 4–68.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

ständnisses von Recht, Staat, Völkerrecht und Zwischenstaatlichkeit.[19] Warum soll andererseits die Geltung einer unäquivok etatistischen Rechtsordnung mit ihrer sehr realen Zwangsgewalt am Nadelöhr einer imaginierten »Grundnorm« hängen, nur damit zwischen Recht und Realität um der Reinheit der Theorie willen keine Befleckung entstehe? So könnte man lange fortfahren. Es genügt festzuhalten, dass gerade letzteres der rechtsrealistisch imprägnierten amerikanischen Rechtstheorie nicht vermittelbar war – im Gegensatz zur Lehre H. L. A. Harts, die derlei Umstände vermeidet.[20]

Nun sei Olechowskis großes Werk gerade um solcher Einsichten willen allen Lesern ans Herz gelegt, die sich für Rechtstheorie, Rechtsgeschichte und politische Geschichte des 20. Jahrhunderts interessieren – die »unreine« Untrennbarkeit aller drei Arenen lässt sich an Kelsens Leben und Werk exemplarisch studieren. Was kann uns Kelsen heute noch sein? 1939 verfasste W. H. Auden anlässlich des Todes von Sigmund Freud einen poetischen Nachruf, in dem er den verstorbenen Schöpfer der Psychoanalyse nicht als Person, sondern als »Meinungsklima« würdigte, das sich längst vom Individuum gelöst hatte und buchstäblich zu einer Lebensbedingung der Nachgeborenen geworden war wie das Wetter, über dessen Diktat zu schimpfen bekanntlich auch ganz sinnlos ist:

»If some traces of the autocratic pose,
the paternal strictness he distrusted, still
clung to his utterance and features,
it was a protective coloration
for one who'd lived among enemies so long:
if often he was wrong and, at times, absurd,
to us he is no more a person
now but a whole climate of opinion
under whom we conduct our different lives:
Like weather he can only hinder or help«[21]

Kelsen, der Freud den wesentlich größeren Ruhm nicht gönnte (370),[22] hätte dies vermutlich nicht als Kompliment empfunden. Es ist aber eines, das zum 20. Jahrhundert passt.

■

19 Grundlegend Andreas Engelmann, Rechtsgeltung als institutionelles Projekt. Zur kulturellen Verortung eines rechtswissenschaftlichen Begriffs, Weilerswist 2020, 43–53.

20 H. L. A. Hart hat keinerlei Probleme damit, für die Gesamtgeltung der Rechtsordnung auf die Akzeptanz durch die Rechtsunterworfenen und damit auf ein faktisches Geltungskriterium abzustellen; vgl. H. L. A. Hart, The Concept of Law, 2. Aufl., Oxford 1994, 116 f.

21 W. H. Auden, In Memory of Sigmund Freud, 1939, in: ders., Collected Poems, ed. by Edward Mendelson, New York 1991, 273–276, 275 (Strophenform weggelassen); vgl. auch Mayer (Fn. 13), 68.

22 Kelsen über Freud 1953, zitiert im rezensierten Band (370): »Der Freud war ja nicht Professor, Freud war ja Privatdozent. Er hatte nur später den Titel eines Professors bekommen, und das ist in akademischen Kreisen ein himmelweiter Unterschied zwischen einem Professor und einem nur mit dem Titel bekleideten Privatdozent.«

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Matthew H. Kramer

Hohfeld and Some Missed Opportunities*

Although this book contains some commendable essays, the volume overall misses opportunities for greater engagement between legal theory and other areas of philosophy. Notwithstanding that the American legal philosopher Wesley Hohfeld died at the age of 39 in 1918 and was therefore able to publish only a small body of work, his schema of legal positions (entitlements and their correlates) has been immensely influential not only in legal theory but also in moral and political philosophy and even in logic and computing science. Thus, a proper celebration of his work more than a century after his death would have brought together philosophers and legal theorists in roughly equal proportions with the aim of encouraging synergistic interaction between the members of those two broad groups. In that respect, the volume under review largely falls short. It is predominantly a collection of essays written by law professors (mostly American law professors) for law professors. To be sure, four of the eighteen chapters – or twenty-one chapters, if the initial three substantive portions of the volume are counted – are assigned to a part entitled »Philosophy of Jural Relations«. Moreover, several of the other chapters are written by scholars who are philosophically quite sophisticated. Nevertheless, a clear majority of the essays in the collection are addressed to issues that are of interest primarily to legal scholars. Most of those essays engage very little if at all with the philosophical literature on Hohfeld's analysis of legal positions. Of course, my complaint here is not that the issues of interest primarily to legal scholars are tackled prominently and sustainedly in a volume that pays tribute to the work of Hohfeld. Those issues are of great intrinsic interest and are important for philosophers as well as for legal scholars, and they were certainly central to Hohfeld's concerns. My complaint instead is about the lop-sidedness of the collection. I fear that the book may incline some legal scholars – and perhaps some philosophers as well – to neglect the philosophical profundity of Hohfeld's analytical framework and the philosophical complexities of it that have yet to be investigated adequately.

Indeed, even in the short opening essay in the »Philosophy of Jural Relations« section, the inattentiveness to the philosophical literature on Hohfeld is striking. Frederick Schauer there ignores that literature altogether, as his only gesture toward the commentaries on Hohfeld is a handful of citations to lawyerly treatments of Hohfeld's work from the mid-1960s or earlier. Particularly startling is that one of the very few publications on Hohfeld cited in Schauer's essay is a 1963 *Minnesota Law Review* article by Roy Stone, one of the worst such publications ever to appear.

In this short review, I have space to engage with only one essay in the collection. I will concentrate on a piece in tort-law theory that is written by two of the philosophically knowledgeable contributors to the volume: John Goldberg and Benjamin Zipursky. Goldberg and Zipursky strongly support the proposition that no one is ever legally entitled to a legal remedy without having held a relevant legal claim-right that has been contravened. I too have argued sustainedly elsewhere in favor of that proposition, which I have designated as the »No Wrongs Without Claim-Rights Proposition«. Moreover, I concur with Goldberg and Zipursky that it is a substantive principle rather than a logical tenet, and I further agree with them that it is not a corollary of Hohfeld's schema of jural relations even though it is very smoothly consistent with that schema. However, Goldberg and Zipursky go astray by purporting to come up with a judgment from the Anglo-American law of negligence that deviates from the No Wrongs Without Claim-Rights Proposition. They condemn the reasoning by the California Supreme Court in the 1968 case of *Rowland v Christian*, as they declare that »the Court in *Rowland* scrapped entirely the

* Shyamkrishna Balganesh, Ted Sichelman, Henry Smith (eds.), Wesley Hohfeld a Century Later, Cambridge: Cambridge University Press 2022, XX + 532 p., ISBN 978-1-107-19288-1

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

idea that the power to obtain damages, in tort, is predicated on the plaintiff having a claim right [vis-à-vis] the defendant, and the defendant owing a relational duty to the plaintiff« (380). In *Rowland*, so Goldberg and Zipursky assert, »the power to recover damages is detached from claim rights and corresponding duties« (383). Such contentions by Goldberg and Zipursky are unsustainable, for the California Supreme Court in fact affirmed that a legal duty of care is owed by a proprietor or an occupier to anyone who might enter the proprietor's or occupier's premises. Far from suggesting that no legal duty of care is owed, the Court averred that such a duty is owed to *every*one on the premises; the owing of the duty of care to someone is not dependent on his or her status as a licensee or an invitee rather than a trespasser. Hence, the judgment of the Court is fully consistent with the No Wrongs Without Claim-Rights Proposition, and indeed the judgment takes that proposition for granted. Goldberg and Zipursky have gone amiss on this matter because they incorrectly think that the duty of care articulated by the Court is non-relational. They write that the Court »rejected the idea that tort law contains rules that specify relational duties of conduct and corresponding rights. Instead, [the Court] deemed tort law's primary or substantive duties to be nonrelational – to be owed ›to the world‹« (380). Goldberg and Zipursky are doubly in error when they suggest that the legal duties of care incumbent on proprietors and occupiers in California are nonrelational. In the first place, those duties of care can be explicated in line with Hohfeld's analysis of duties owed »to the world«. According to his analysis, applied to this context, every legal duty of care borne by a proprietor or an occupier in California is owed in tandem with an indefinitely expansive array of cognate legal duties of care also borne by that proprietor or occupier. Each of those parallel duties of care is correlated with a claim-right held by a party to whom each duty is respectively owed. In short, each such duty is relational rather than non-relational. Furthermore, such a conclusion is also warranted by my alternative explication of duties owed »to the world« that has been presented in my book *Rights and Right-Holding*. As I there recount, any such duty is owed through distributive universal quantification to every one of an indefinitely expansive array of parties. In other words, a proposition that ascribes such a duty to some party P contains a logical quantifier that picks out everybody else in the relevant jurisdiction as a holder of a claim-right correlative to that duty. To each one of those parties the specified duty is separately owed, for a proposition ascribing a claim-right to each party is entailed by the proposition that ascribes the duty to P. Hence, both under Hohfeld's account of legal duties owed »to the world« and under my account thereof, every duty of care in California is relational rather than non-relational. Goldberg and Zipursky stumble when they declare otherwise, and they therefore stumble further when they contend that the California Supreme Court in *Rowland v Christian* abandoned the No Wrongs Without Claim-Rights Proposition.[1] Contrary to what they suggest, the Anglo-American law of negligence has always been firmly in accordance with that proposition.

Despite my reservations in the opening paragraph of this quick review, I recommend *Wesley Hohfeld a Century Later* to moral and political and legal philosophers (as well as to legal theorists and historians). Philosophers will find much of value on which to ruminate in the volume, even though it could profitably have addressed more of the matters that are especially of interest to them.

■

1 Of course, nothing said here is an endorsement of the Court's obliteration of the distinction between trespassers and visitors. Like Goldberg and Zipursky, I view with dismay the Court's effacement of that distinction.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Sara Dezalay

Capitalizing on International Law's Fragmentation*

The boom of investment arbitration since the early 2000s has fueled a challenge against a form of international dispute settlement perceived as biased in favor of corporate interests because it is orchestrated by private actors – arbitrators – away from democratic scrutiny and is increasingly used to prevent governments from adopting legislation to address emergencies, including climate change.

To the pervasive claim that international law must provide a response to emerging problems – with investment arbitration seen to foster the growth of foreign investment while evading the political and economic costs of corruption and weak institutions in the Global South – Kathryn Greenman's *State Responsibility. The History and Legacy of Protecting Investment Against Revolution* (2021) responds with the twist of historical legacy. As she reminds us, *AAPL v. Sri Lanka* (1991) is best known for opening the floodgates to treaty-based investor-state arbitration. Yet the substance of the award exposes the puzzle that Greenman's legal-historical study unravels. The *AAPL v. Sri Lanka* decision held the state responsible for the destruction of a foreign investor's property, even though the country was in the midst of a civil war. To reach this decision, the arbitral tribunal relied on several early 20th-century mixed-claims commissions' awards that dealt with state responsibility for damages done by rebels.

Greenman's study is timely, because this case law, produced in the context of the decolonization wave of Latin American territories, has been revived in the aftermath of the Arab Spring. Foremost, Greenman's foray into the contradictory legacy, in the present, of the legal disputes between the recently independent states of Mexico and Venezuela, on the one hand, and Spanish, US, British or French investors, on the other, challenges the path dependency narrative of the post-neoliberal turn, according to which imposing an internationally defined standard of due diligence to protect foreign business interests fosters the integration of states in the Global South into the world economy.

Greenman argues that defining relations between states and foreign investors as lying outside the scope of sovereign national authority – in other words, the codification of these relations as *private* – is not only the result of the cooptation of the »mafia« of arbitrators[1] by business interests. Rather, approaching state liability for damages incurred by foreign investors as an issue solved with reference to international norms in the framework of arbitration disputes is the *structural* outcome of concurrent political, economic, and legal transformations.

Greenman's monograph, based on her doctoral thesis, is a study of the mixed-claims commissions set up at the turn of the twentieth century – under threat of force by the United States and various European countries – to examine claims for damages incurred by Spanish, US, British or French investors as a result of rebel actions during post-independence revolutionary wars in various Latin American states. Greenman's analysis of the codification attempts of this contradictory case-law in later decades underscores the imperial entanglement between law and politics in the early 20th-century genesis of international dispute settlement mechanisms. It also exposes the inherent characteristic of international law as at the same time a tool of power and a site of resistance as well as »something in its own right that cannot be subsumed under politics« (29).

Greenman's study is thus a powerful demonstration that due to »international law's inherently genealogical nature« (26) – that is, the constant retrieval of the past to justify present obligations – any critique of the current status quo requires historicization. In order to understand which cases from the past are used as precedents by current arbitration panels to justify the regulation of rela-

* Kathryn Greenman, State Responsibility and Rebels. The History and Legacy of Protecting Investment Against Revolution, Cambridge: Cambridge University Press 2021, XV + 230 p., ISBN 978-1-316-51729-1

1 See Pia Eberhardt, Cecilia Olivet, Profiting from Injustice. How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fueling an Investment Arbitration Boom, Brussels / Amsterdam 2012.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

tions between states and foreign investors away from national jurisdiction, Greenman's study emphasizes the relevance of examining the socio-political and economic context of this process. This is essential, first, in order to explain the genesis of the mixed-claims commissions at the turn of the 20th century as a system to deal with disputes between states and foreign investors. Second, it underscores that the legacy of these commissions' case-law was the outcome of intense struggles in doctrinal accounts and codification attempts until the mid-20th century.

The mixed-claims commissions emerged in the context of the transition from old colonialism to a new form of economic imperialism in the region. »The United States made a strategic choice for arbitration, imposed by (threats of) force on unfair terms, rather than outright invasion or occupation, to try and oust its European rivals and assert its interests in the region« (8). Thus, the movement for peace through arbitration then promoted by the United States was intimately linked to US capitalist expansion – as much as it was dominated by US establishment lawyers closely associated with business interests – while embracing the country's anti-imperialist stance.

While the newly decolonized countries from Africa and Asia managed to reassert the principle of non-responsibility of the state for injuries to aliens by rebels in the codification operations of the International Law Commission in the 1950s–1960s, their parallel demand for a New International Economic Order recognizing national authority over natural resources and foreign investors failed, because the battle had already shifted to a specialized domain of international law that developed outside of formal codification processes – investment arbitration.

The mixed-claims commissions spurred doctrinal battles within what other authors have described as the »bank of symbolic credit«[2] of international law in these early years of the institutionalization of the international scene, the *Institut de droit international*. Against the backdrop of a general consensus on the principle of non-responsibility of the state for damages incurred by foreign investors due to actions by rebels, these struggles revolved around the internationalization of the standard of protection owed to aliens in case of negligence. While the dividing line between US and Latin American scholars in these debates was not absolute, the fact that their battles on the boundaries of due diligence were fought within the framework of the case-law produced by the mixed-claims commissions contributed to reinforcing both investment arbitration as a distinct domain of international law, and due diligence as the exception to non-responsibility that ended up being more important than the rule.

The structural outcome of these systemic and doctrinal struggles was a two-tier system of rules enabling »postcolonial states and imperial powers to be treated differently in similar circumstances, while providing at least a veneer of universality« (71). The conjunction between the setting-up of the mixed-claims commissions and inter-imperial rivalries between various European powers, enabled the United States to assert their growing economic and political power on the international scene. Arbitration could thus serve the purpose of promoting US anti-imperialism while simultaneously fostering the capitalist expansion of US interests in Latin America. Furthermore, capitalizing on the fragmentation of international law suited the US domestic legal practice of reliance on judge-made law and indeed enabled »the universalization of the US way of doing things« (119).

A Lecturer in Law at the University of Technology in Sydney, Greenman is a legal historian, not a sociologist, but her study is of acute interest to both legal scholars and the emerging body of political science scholarship on the social and professional variables that structure international law as a professional market. Greenman's study provides a welcome prequel to sociological accounts of the boom of international arbitration from the 1970s oil crises[3] onwards and the subsequent predominance of the model of the Wall Street multinational corporate law firm as a vehicle

2 Guillaume Sacriste, Antoine Vauchez, The Force of International Law: Lawyers' Diplomacy on the International Scene in the 1920s, in: Law & Social Inquiry 32,1 (2007), 83–107.

3 See Yves Dezalay, Bryant G. Garth, Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order, Chicago 1996.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

of legal globalization.[4] Greenman's contention that the political and economic context can be distinguished from cultural variables, however, tends to downplay the inherent contradiction of international law as at once a tool of empowerment and of control. This means that there is a symbiosis between cultural, political, and economic variables. For example, it is precisely the multipositionality – across scholarship, legal practice, business, and diplomacy – of the lawyers involved in the doctrinal battles examined by Greenman that provided the veneer of universality to legitimize the insulation of business interests from national sovereignty. This gap in her study should be further explored by political sociologists interested in the entanglement between law, politics, and economics that helps explain the structure of the international legal order.

■

Nina Cozzi

Neue Erkenntnisse zur Nichteinhaltung von EU-Recht*

In den letzten Jahren ist ein wachsendes Misstrauen gegenüber der Europäischen Union zu beobachten. Mehrere Staaten, populistischer und nicht-populistischer Orientierungen, haben die eigene Funktion in und Zugehörigkeit zur EU hinterfragt. Insbesondere seit dem Brexit haben verschiedene europäische Länder komplexe rechtliche und institutionelle Gespräche über die zentrale Bedeutung der EU in ihren nationalen Rechtssystemen geführt. In diesem Zusammenhang und innerhalb des allgemeinen akademischen Diskurses zum Europarecht betrifft eine zentrale Diskussion die Nichteinhaltung des EU-Rechts durch ihre Mitgliedsstaaten, d. h. staatliches Verhalten, das nicht mit den Verpflichtungen aus nationalem, internationalem oder EU-Recht übereinstimmt (4).

Zu dem Thema wurde bereits viel veröffentlicht, das 2021 erschienene Buch von Tanja A. Börzel aber bietet einen innovativen Einstieg in die Debatte und stellt die etablierte Herangehensweise an das Thema in Frage. In der Einleitung nimmt Börzel vorweg, dass sie mit ihrem Buch dreierlei zu klären beabsichtigt, nämlich 1. wie das unterschiedliche Verhalten der Mitgliedsstaaten bei der Nichteinhaltung des EU-Rechts zu rechtfertigen sei, 2. welche Gründe für den seit den 1990er Jahren zu konstatierenden Rückgang der Nichteinhaltung auszumachen seien und 3. welche Unterschiede bei der Nichteinhaltung der Vorschriften in verschiedenen Politikbereichen vorliegen.

Obwohl die Europäische Kommission die Nichtbeachtung von EU-Vorschriften seit mehreren Jahren als »systemisches« und »pathologisches« Problem bezeichnet, legt Börzel im ersten Kapitel des Buches dar, dass es keine Hinweise dafür gebe, dass die Europäische Union ein Problem mit der Befolgung ihrer Vorschriften habe (13).[1] Ausgehend von einer Definition der verschiedenen Formen von Nichteinhaltung und einer äußerst sorgfältigen Analyse der methodischen Herausforderungen, mit denen sich diejenigen konfrontiert sehen, die sie erfassen wollen, stellt die Autorin zunächst die *Berlin Infringement Database* vor, aus der sie im Weiteren die für ihre Analyse herangezogenen Daten schöpft (14–24). Es handelt sich dabei um eine Datenbank mit detaillierten Informationen zu jedem Vertragsverletzungsverfahren, einschließlich der Rechtsgrundlage, der Art des Verstoßes und des erreichten Stadiums für alle 13 367 Einzelfälle, in denen die Kommission zwischen

4 See Sara Dezalay, Law Firms and International Adjudication, in: Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law 2021, https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e3489.013.3489/law-mpeipro-e3489 (last visited 7 June 2023)

* Tanja A. Börzel, Why Noncompliance. The Politics of Law in the European Union, Ithaka / London: Cornell University Press 2021, XVI + 263 p., ISBN 978-1-5017-5339-8

1 Übersetzungen ins Deutsche hier und im Folgenden von der Rezensentin.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

1978 und 2017 einen Verstoß gegen EU-Recht registriert hat (27).

Diesem ersten, eher technischen Kapitel schließen sich das zweite und dritte Kapitel an, die zwei Schwerpunkte von Börzels Forschung behandeln. Im zweiten Kapitel werden drei Faktoren vorgestellt, die die Nichteinhaltung der Vorschriften in den Mitgliedsstaaten auf unterschiedliche Weise beeinflussen: Macht, Fähigkeit und Politisierung (»power, capacity, and politicization«, PCP-Modell, 38–45). Die Autorin macht deutlich, dass diese drei Faktoren je nach analysiertem Mitgliedsstaat individuell gewichtet werden müssen. Die EU-Institutionen sind die einzigen Akteure, die einen Einfluss auf diese drei Variablen haben, ihre Wirkung bei Nichteinhaltung abschwächen und somit eine Analyse der Schwankungen der Verstöße im Laufe der Zeit und im Verhältnis zur politischen Umsetzung ermöglichen. Diese Methode erlaubt es der Autorin, Annahmen darüber zu treffen, welche Mitgliedsstaaten in welchen politischen Sektoren und über welchen Zeitraum am stärksten zur Nichteinhaltung der Vorschriften neigen (55).

Nachdem sie dieses Bild skizziert hat, gibt Börzel im dritten Kapitel die Antwort auf die erste Frage ihres Buches, warum einige Mitgliedsstaaten trotz ihrer langjährigen EU-Mitgliedschaft im Allgemeinen mehr zur Nichteinhaltung des EU-Rechts tendieren als andere. Die sicherlich interessanteste und innovativste Erkenntnis ist, dass je größer die Unterstützung für die EU in einem bestimmten Land ist, desto höher auch die Wahrscheinlichkeit ist, dass dieses Land die Vorschriften nicht einhält. Der Grund dafür liegt in der Analyse der unterschiedlichen Gewichtung der drei Elemente des PCP-Modells, das im Übrigen der Prämisse folgt, dass die Kosten, die von den Mitgliedsstaaten aufgewendet werden müssen, um die Vorschriften einhalten zu können, ausschlaggebend sind für die Einhaltung der EU-Vorschriften: Offenbar ist es wahrscheinlicher, dass Mitglieder gegen EU-Rechtsvorschriften verstoßen, je weniger sie sich gegen diese Kosten wehren können. Darüber hinaus zeigt Börzel weitere interessante Ergebnisse auf: Gerade die euroskeptischen Mitgliedsstaaten halten die EU-Gesetzgebung am meisten ein (87). Das liegt daran, dass diese Länder eher gegen die EU und ihre Politik mobilisieren, was ihren Regierungen die Möglichkeit gibt, für sie vorteilhaftere Gesetze oder Konditionen auszuhandeln. Vor diesem Hintergrund lässt sich besser verstehen, warum Dänemark das Land ist, das das EU-Recht am besten einhält, während Italien die meisten Verstößen in der gesamten EU begeht (83). Diese Ergebnisse sind insofern innovativ, als sie einige der gängigsten Annahmen in Studien über die Nichteinhaltung von EU-Rechtsvorschriften widerlegen, z. B. dass die ost- und mitteleuropäischen Länder zusammen mit den euroskeptischen Ländern am schlechtesten abschneiden.

Die Politisierung ist der zentrale Faktor um zu verstehen, warum die Nichteinhaltung der Vorschriften, anders als man intuitiv glauben könnte, in den letzten Jahren nicht zugenommen hat, sondern seit Mitte der 1990er Jahre einen rückläufigen Trend aufweist. Im vierten Kapitel des Buches klärt Börzel ihre zweite Frage, indem sie darlegt, dass dieser allmähliche Rückgang vor allem auf zwei miteinander verbundene Faktoren zurückzuführen ist, nämlich Entpolitisierung und Übertragung von Befugnissen. Der Effekt der Entpolitisierung durch die Übertragung an die Kommission reduzierte die Nichteinhaltung des EU-Rechts, weil die Umsetzung des EU-Rechts für die Mitgliedsstaaten dadurch weniger kostenintensiv wurde (137). Im Gegensatz dazu führen neue Richtlinien zu höheren Kosten und damit zu einer häufigeren Nichtbeachtung, da ihre Umsetzung teurer ist als Änderungen oder Modifizierungen der Richtlinien selbst (129). Dies liegt daran, dass neue Rechtsvorschriften eher politisiert werden und ihre Verabschiedung daher nicht an die Kommission delegiert werden kann.

Im letzten Kapitel des Buches schließlich gibt die Autorin eine Antwort auf die dritte Frage, nämlich warum in einigen politischen Sektoren die Vorschriften stärker missachtet werden als in anderen. Sie stellt insbesondere heraus, dass sich die Verstöße gegen das EU-Recht auf wenige Politikbereiche beschränken. Am häufigsten wird gegen die marktkorrigierende Politik verstoßen, weil sie mit höheren Kosten verbunden ist, die eher politisiert werden können.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Börzels Band einen wertvollen Beitrag zur Erforschung und Debatte der Nichteinhaltung von EU-Vorschriften leistet. Mit einem bemerkenswert umfangreichen Korpus an Sekundärliteratur und einer Fülle an statistischen Daten gelingt es ihr, eine Reihe etablierter Überzeugungen ins Wanken zu bringen. Damit kann dieses Werk zu einem wegweisenden Maßstab für all diejenigen werden, die bereit sind, den veralteten Ansatz der Non-Compliance-Studien zu hinterfragen.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Anna Quadflieg

Drei Dimensionen der Gleichheit im Europarecht*

Giovanni Zaccaroni ist Dozent für Europarecht an der juristischen Fakultät der Universität Mailand-Bicocca und hatte zuvor Forschungs- und Lehraufträge an Forschungseinrichtungen in Malta, Irland und Luxemburg inne. Seine Studie zu Gleichheit und Nichtdiskriminierung in der EU erschien in der Reihe *Elgar Studies on European Law and Policy*, die sich zum Ziel setzt, das Verständnis für Europarecht und europäische Politik zu fördern. Das Buch überrascht durch ein schlankes Format. Auf rund 200 Seiten kommt es mit fünf Kapiteln aus. Neben der Einleitung und den Schlussfolgerungen wird die Arbeit durch drei Analyseeinheiten, »Gleichheit als ein Wert«, »Gleichheit als ein Prinzip« und »Gleichheit als ein Recht«,[1] strukturiert. Die jeweiligen Unterkapitel auch im Inhaltsverzeichnis anzugeben, hätte den Leser*innen einen besseren Einstieg in die Studie ermöglicht.

»Können wir Gleichheit und Nichtdiskriminierung als grundlegende Elemente der EU-Rechtsordnung betrachten?« (1) Die Forschungsfrage, die Zaccaroni seiner Arbeit voranstellt, hat rhetorischen Charakter. Ziel seiner Studie ist es vielmehr, Gleichheit als einen Wert, ein Prinzip und ein Recht in der europäischen Rechtsordnung zu verorten und ihre Bedeutung sowie Wechselwirkungen aufzuzeigen (1–4). Mit dieser Herangehensweise findet der Autor einen neuen Zugang zu dem bereits aus vielen Perspektiven untersuchten Thema. Eingangs legt Zaccaroni fest, dass er nicht zwischen Gleichheit und Nichtdiskriminierung differenziert, weil er davon ausgeht, dass sie im Europarecht gleichbedeutend verwendet werden. Eine Auseinandersetzung mit dem Beziehungsverhältnis von Gleichheit und Nichtdiskriminierung hätte die Drei-Dimensionen-Analyse gleichwohl stärken können, zumal Zaccaroni später auf das ambivalente Verhältnis eingeht.

Das zweite Kapitel, »Gleichheit als ein Wert« fällt im Vergleich zu den anderen kurz aus. Zaccaroni zeichnet die Unterscheidung von Gleichheit und substanzieller Gleichheit nach. Er differenziert utilitaristische Gleichheit, Wohlfahrtsgleichheit und Ressourcengleichheit einerseits sowie sozialdemokratische und distributive Konzepte der Gleichheit andererseits. Dabei gesteht er ein, dass zwar der europäische Gleichheitsgedanke von verschiedenen Strömungen geformt wurde, dass »es [aber] kein spezifisches Konzept gibt, das das EU-Modell exakt wiedergibt« (16). Doch sei grundsätzlich die Gleichheit als Wert ein leitendes, wenn auch nicht bindendes Motiv für die Gesetzgebung und die Rechtsprechung der Europäischen Gemeinschaft.

Die Abhandlung zu »Gleichheit als ein Wert« wirkt wie ein Auftakt zu Zaccaronis eigentlicher Analyse, der Wechselwirkung von Prinzip und Recht. Obwohl die Studie sich insbesondere der Gleichbehandlung von Frauen und Männern widmet, was historisch gut begründbar ist, behandelt sie die Gleichheit als Wert fast ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der neueren europäischen Genderpolitik (28–33). Wer erwartet, dass die Studie darauf eingeht, wie sich die Gleichheit als ein Wert, insbesondere in Bezug auf das Verhältnis von Frauen und Männern, in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelte und so die Auslegung von Gleichheit als Prinzip und als Recht beeinflusste, wird enttäuscht. Indem er auf eine historische Hinführung weitgehend verzichtet, klammert Zaccaroni aus, dass Frauen in der längsten Zeit der Gleichheitsgeschichte nicht einbezogen und Männer zum Maßstab für Gleichheit gemacht wurden. Ebenfalls unberücksichtigt bleibt, dass der EuGH das Prinzip der Gleichheit bereits ab den 1970er Jahren unter neuen Wertevorstellungen ausformte.

Im Kapitel »Gleichheit als ein Prinzip« veranschaulicht Zaccaroni zunächst die weithin anerkannte programmatische Natur von Prinzipien im internationalen Recht (40–54). Diese stellt er den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gegenüber und zeigt so, wie die Rechtsprechung

* Giovanni Zaccaroni, Equality and Non-Discrimination in the EU. The Foundations of the EU Legal Order, Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2021, 232 S., ISBN 978-1-78990-459-8

1 Übersetzungen aus dem Englischen hier und im Folgenden von der Rezensentin.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

dem Prinzip der Gleichheit zu Geltung verhalf. Dabei wird unter anderen der zweite *Defrenne*-Fall vorgestellt, bei dem der EuGH Mitte der 1970er Jahre auf Grundlage von Art. 119 des Vertrags über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV), der sich auf gleiches Entgelt für Frauen und Männer bei gleicher Arbeit bezieht, die sozialen Ziele bekräftigte (67–69). Die Bedeutung von Art. 119 EWGV, der zwar von den Mitgliedstaaten vernachlässigt wurde, aber eben nicht, wie Zaccaroni schreibt, rein programmatischer Natur war, bleibt in diesem Zusammenhang unklar. Vielmehr zeigt Zaccaroni anhand weiterer Diskriminierungstatbestände – Nationalität, Alter, sexuelle Orientierung, »Rasse«, Behinderung und Religionszugehörigkeit –, wie der EuGH das Prinzip der Gleichheit gestärkt hat und an welche Grenzen es stieß (78–105).

Im vierten Kapitel widmet Zaccaroni sich der »Gleichheit als ein Recht«, wie es sich im Rahmen der europäischen Primär- und Sekundärrechtsentwicklung manifestierte. Zaccaroni unterscheidet dabei zwischen Normen, die sich einzelnen Diskriminierungstatbeständen widmen und solchen, die allgemeiner auf Gleichheit abzielen. Die EU sei hinsichtlich der Gleichheit und Nichtdiskriminierung ihrer Zeit voraus gewesen (111). Die Ausführungen zum Wert der Gleichheit reichen allerdings nicht weit genug, die Wechselwirkung der Dimensionen Wert und Recht zu prüfen und zu hinterfragen, wie die ersten Gleichheitsgrundsätze in das europäische Recht einzogen. Unklar bleibt auch, warum die ersten Richtlinien zur Entgeltgleichheit (1975) und zur Gleichbehandlung von erwerbstätigen Frauen und Männern (1976) nur in Fußnoten erwähnt werden, waren sie doch der erste Schritt zur rechtlichen Verankerung des Gleichheitsprinzips. Zaccaronis Fokus liegt auf den ab der Jahrtausendwende verabschiedeten Richtlinien sowie der im Jahr 2000 proklamierten *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* und darauf, wie sie die Rechtsprechung des EuGH prägten.

Die Argumentation des Autors kulminiert schließlich in der Feststellung, dass die drei Dimensionen von Gleichheit und Nichtdiskriminierung die wirtschaftliche und die soziale Integration der Europäischen Union vereinten. Insgesamt erweist sich die Studie als anspruchsvoller Diskursbeitrag zur europäischen Rechtsentwicklung, der sich in seiner Komplexität an ein interessiertes Fachpublikum richtet. Dabei hätte eine stärkere historische Perspektive insbesondere das Argument der Wechselwirkung von Gleichheit als ein Wert einerseits und Gleichheit als ein Prinzip sowie Gleichheit als ein Recht andererseits durchaus bekräftigen können. Ein gründliches Lektorat sollte Fehler, wie den Vornamen der Klägerin in einem der berühmtesten Fälle des europäischen Sozialrechts zu verwechseln (67), beheben. Neuheitswert hat die Arbeit vor allem dadurch, dass Zaccaroni die drei Dimensionen der Gleichheit im Europarecht klar benennt und unterscheidet, wo sie andernorts wenig oder gar nicht differenziert betrachtet werden. Vor allem aber setzt er Gleichheit als einen Wert, ein Prinzip und ein Recht zueinander in Bezug und arbeitet so die Interaktion – insbesondere von Prinzip und Recht – heraus. Er strukturiert damit den Blick, den wir auf den Platz und die Bedeutung von Gleichheit im Europarecht haben, neu.

■

Victoria Hooton

Three Cheers to Interdisciplinary Research of European Union Law*

The seminal *Cassis de Dijon* judgment from the European Court of Justice (ECJ) is notorious among European Union (EU) scholars and students. The judgment introduced the concepts of mutual recognition (acceptance of goods lawfully marketed in another Member State regardless of compliance with rules in the importing state) and mandatory requirements (public interest justifica-

* Albertina Albors-Llorens, Catherine Barnard, Brigitte Leucht (eds.), Cassis de Dijon: 40 Years On, Oxford: Hart 2021, VII + 290 p., ISBN: 978-1-5099-3663-2

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

tions for trade barriers) to European Community (EC) law. In their interdisciplinary volume, Albors-Llorens, Barnard, and Leucht not only dive into the background of the judgment – shedding new light on the complex web of context in which it is situated – but also consider the long-lasting impacts of *Cassis,* and what scholars of the EU can learn from the judgment and its scholarship today.

Schütze opens Part 1, on the making of the *Cassis* judgment, by dissecting the prevailing view that *Cassis* was a case made to temper the revolutionary approach of the ECJ in *Dassonville.* According to contemporary scholarship, in the earlier decision the Court had abandoned the international trade framework used by the General Agreement on Tariffs and Trade for a more comprehensive model, forbidding all restrictions on trade. Schütze provides an overview of select cases under Article 34 and Article 35, in the period between *Dassonville* and *Cassis*. This doctrinal work challenges the current understanding of case law development by demonstrating that at no point was the ECJ in danger of abandoning international trade law principles in favour of a more radical approach to the European market.

In Chapter 3, Catherine Barnard investigates the roots of the introduction of mandatory requirements and the principle of mutual recognition in *Cassis*. By undertaking ›legal archaeology‹ to contextualise the judgment as a fragment of a longer history, she concludes that the introduction of these concepts was not as surprising as scholarship may first have considered. Drawing on earlier cases and the experiences of the judicial panel ruling on *Cassis,* the arguments made by the claimants, the Advocate General opinion, and the communication of the Commission, she is able to determine the planting of the seeds that turned into the ›revolutionary‹ creation of the principles in *Cassis*.

In Chapter 4, Leucht concludes Part 1 of the book using archival material from the Commission and the German Government to understand the background of the Commission's communication that utilised *Cassis* as a catalyst for the single market project. She demonstrates how the Commission had the right personalities, both in the Legal Service and the Directorate General III (internal market division), to prepare it for the potential of the case to expediate market integration. She tracks the developments of the Commission communication on the legal implications of *Cassis*, as constructed by these actors, starting from quarantining the judgment to the scope of alcohol contents law to suggesting a general approach to free movement of goods via the mutual recognition principle. Leucht contextualises this development within the specific moment in history for the Commission and the European Parliament.

Govaere opens Part 2 of the book, on the discussions regarding the impact of *Cassis,* by considering the unintended outcomes of the judgment. Several areas of influence are unpacked. First, how *Cassis* shifted the regulatory choices of the EC institutions, as positive harmonisation began to revolve around barriers to free movement in areas not already managed by mutual recognition. Second, how this influenced the delimitation of competences in the EC, as areas considered to be tricky to overcome with mutual recognition (i. e. matters concerning public health, or environmental protection) were ultimately also accepted as areas of EC concern. Finally, Govaere establishes that *Cassis* affected national legislators, due to the ECJ requiring the inclusion of the mutual recognition principle in legislation regulating production, unless some higher objective was to be obtained by the legislation.

In Chapter 6, Weatherill considers the actual impact of *Cassis* on free movement of goods law. Although the *Cassis* principle of mutual recognition is often seen as an alternative to harmonisation in EU law, this chapter challenges this. The fact that Crème de Cassis and other blackcurrant-flavoured liqueurs are now regulated at the EU level gives some insight into the utility of mutual recognition as a tool for market management. Weatherill suggests that the principle may be a trigger for harmonisation, as the elegance and nuance of balancing it with the mandatory requirements doctrine does not allow for the same level of certainty as harmonised regulation. He notes that even the Commission's view on *Cassis* shifted from one of excitement and potential to one of uncertainty.

The impact of *Cassis* on competition law is unpacked by Albors-Llorens in Chapter 7. Whilst recognising the potential for false parallels to be drawn between free movement of goods law and competition law, she notes the comparable developments between the two distinct legal regimes after *Cassis*. She argues that there was a shift from form-based considerations to effect-based considerations in competition law that seemed to mirror the *Cassis* way of handling disputes, albeit with different outcomes for the breadth of competition

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

law. She also highlights the recognition of public interest considerations, and of objective justifications, in particular facets of competition law. Whilst these developments must be contextualised in the specific regime of competition law, they undeniably have some resonance with *Cassis*.

Oliver reflects upon his time in the Commission's Legal Service in his opening of Chapter 8 on the ›outstanding conundrums‹ of mutual recognition. He notes that, even after more than forty years of application and interpretation, there are still questions left unanswered about the nature of the principle. Oliver uses hypothetical scenarios to demonstrate the difficulty of concretely defining when products are »lawfully produced and marketed in another Member State«, and to demonstrate how goods produced in third countries interact with the mutual recognition principle. Lastly, he summarises the current situation regarding the absence of mutual recognition in matters relating to public morality, and theorises about the potential of a breakdown of mutual recognition between Member States.

In Chapter 9, Baur reflects on the overlooked impact of *Cassis* on the EFTA states. Specifically, he highlights the impact of the judgment in Switzerland, where mutual recognition was adopted autonomously in internal and external trade law. Internally, *Cassis* principles are used to govern the movement of goods, services and workers through the cantons. Externally, federal law adopts the principle of mutual recognition, with some caveats and exceptions, for products lawfully sold in the EEA. The adoption of these forms of the *Cassis* principles have a Swiss flavour, but go some way to highlighting the reach of the judgment.

The development of Mutual Recognition Agreements (MRA) on product safety in recent decades is the subject of Chapter 10. Leinarte and Barnard discuss the types of MRAs in circulation, the incentives for them, and challenges and techniques for implementing them. They note that there are economic, technical, and political benefits to MRAs, but that institutional differences and regulatory divergences make it difficult to build the foundation of trust necessary for a successful MRA. Despite these challenges, the authors find trust-building techniques in existing MRA negotiations, which might allow for a more fruitful framework for the negotiation of MRAs in the future.

Finally, this volume concludes with Alter's chapter on the lessons learned from *Cassis* in Part 3. She challenges some of the narratives presented in the book as being conspicuously neat and tidy, stating that it is unlikely there was any »grand master plan« of integration that led to *Cassis* being decided the way it was, but more likely several individual actors »moving the ball forward« on their own where possible. Alter finishes the volume with a call for scholarship to extend contextualisation of European integration history even further, beyond the bubble of the Community (or Union) and towards a more global understanding of the shaping of European integration.

Overall, this is an important contribution to scholarship on the history, nature, and impact of *Cassis* across the EU law framework and beyond, and evidences the value of interdisciplinary research for furthering our understanding of EU law and integration. It will be of interest to those working on European integration more broadly, but also to scholars wishing to embark upon legal-historical research of the internal market, as well as those seeking to understand other seminal judgments from a multi-contextual dimension.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Jan-Henrik Meyer

European Union Constitution Making and the Media. Lessons from Maastricht*

The Maastricht Treaty, the so-called Treaty on European Union, marks a turning point in the history of European integration. Maastricht transformed the European Communities (EC) into the more aspiring European Union (EU). It paved the way for the Euro single currency, formalised, with its three-pillar structure, the internal and external policies of the new Union, and introduced important institutional reforms, including the stronger role of the European Parliament in decision-making. Maastricht started a period of treaty reforms in the 1990s and early 2000s that further adjusted and attempted to democratise decision-making, not least in order to include new member states from behind what used to be the Iron Curtain.

Negotiated in 1991, the Maastricht Treaty only entered into force in 1993, after many difficulties during ratification – with an almost failed referendum in France, and a failed referendum in Denmark – that led to a number of Danish opt-outs. This apparent lack of popular support for more ambitious attempts at European integration triggered a debate among scholars and in the broader public sphere about the »democratic deficit« of the EU. The EU appeared to act out of sync with its citizens, seemed aloof and lacked accountability, notably since the European Parliament's powers continued to be limited until the Lisbon Treaty of 2009.

In the debate about the democratic deficit, the apparent lack of a European public sphere loomed large. The absence of a European public sphere – necessary to form public opinion and to hold authorities to account – fundamentally challenged the legitimacy of the EU, and implied that European democracy was impossible.

Lawyers and law journals played a prominent role in this interdisciplinary debate. The incumbent German constitutional judge Dieter Grimm – writing in the then relatively new *European Law Journal* in 1995 – questioned the possibility of a European public sphere. In the absence of a common language and a common culture, this seemed quite obvious to him. Such apparently essentialist claims challenged philosopher Jürgen Habermas to propose a new definition of a European public sphere. He argued that a European public sphere was able to arise and exist across language and cultural divides. The only thing that was necessary was a synchronous debate on common issues of the same relevance.

Habermas' definition marked the starting point of a whole series of studies in the 2000s and 2010s by media scholars, social scientists and historians (including the reviewer's PhD research), since it allowed looking beyond national media systems. A first wave of European public sphere research in the 2000s had attempted to demonstrate the »existence« of a European public sphere, uncover its characteristics and structural features.

Manuel Müller's new book »A Failed Moment of Constitutionalisation. The Treaty of Maastricht and the European Public Sphere 1988–1991« is part of a second wave of this research. This second wave was rather devoted to providing explanations for the structural features and the notable deficits that, according to most researchers, characterised the European public sphere.

Müller's book – based on the PhD thesis in history he defended in Berlin in 2019 – tries to explain an important structural trait of the European public sphere. Why is it that in the debate about EU politics in the European public sphere national perspectives dominate over those party-political alignments that usually shape domestic debates? Why do the media tend to present Euro-

* Manuel Müller, Ein verpasster Verfassungsmoment. Der Vertrag von Maastricht und die europäische Öffentlichkeit (1988–1991) (Europäische Schriften 99), Baden-Baden: Nomos 2021, 796 p., ISBN 978-3-8487-6514-0

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

pean affairs as zero-sum battles between the member states rather than as common projects to be assessed in terms of political cleavages?

In order to explain this apparent discrepancy Müller draws on theories of news values. These – largely internalised and tacit – criteria of relevance that journalists apply when writing their stories privilege national governments and conflicts between them in the process of news selection and the framing of news stories. Müller argues that a discrepancy exists between the ambition and rhetoric of making a European constitution – which surrounded Maastricht and subsequent treaty reforms, including the failed constitution of 2005 – and the political process of intergovernmental negotiations that treaty reforms involve. This discrepancy impacted the news values journalists and observers applied and thus militated against the project of constitution-making itself. What should have looked like a process towards the joint enterprise of a European constitution instead looked like intergovernmental wrangling and petty politics in the media.

According to Müller, Maastricht is not simply the beginning of the debate about the European public sphere. He is a self-declared »European federalist« and maintains a very successful and insightful blog on up-to-date issues of European integration from a Euro-federalist perspective. From this point of departure, choosing Maastricht and the analysis of the (deficient) media debates around Maastricht in a case study about the European public sphere is almost self-evident. Maastricht was indeed the event in the history of European integration that various contemporary observers – many of them indeed federalists – had hoped to turn into a »constitutional moment«. Even those more sceptical of European federalism would hardly question the importance of the event in the history of European integration and European history more generally. Müller's book thus provides at the same time an important historical account on Maastricht as an event – from the perspective of German, French and British media.

The book is divided into four parts. In the first part, Müller engages with the very broad interdisciplinary conceptual literature on European integration, legitimacy and the public sphere as well as on the role of Maastricht in the process of constitutionalisation. Based on all this, he presents the core puzzle and his explanation: he argues that the setup of the intergovernmental political process created framings in the media that militated against the goals of constitutionalisation. Part II provides a comprehensive historical overview of the contexts, events and plans that led to Maastricht, and what happened at the December 1991 summit in the Netherlands.

Part III is the main part of the book. It offers a comprehensive qualitative analysis of the debates in the »politics« and »opinion« sections of six major quality newspapers, representing centre-left and centre-right perspectives: *Süddeutsche Zeitung* and *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, *Le Monde* and *Le Figaro*, and *The Guardian* and *The Times*. Here, Müller follows a standard selection of sources, similarly used by other researchers. By analysing the debate from 1988 until 1991, he covers ample ground and offers a very comprehensive examination not only of the event but also the path that led to it. Müller limited himself to solely qualitative analyses. This makes a lot of sense given that his approach systematically distinguished between those parts of the debate that focused on the European negotiations and those that dealt with national politics and policies on European affairs. Elements of both can probably be found in one and the same article, which defies the logic of counting articles. In his text, however, Müller makes remarks that relate to quantities, for instance, about the frequency of certain topics being discussed. Hence, the total absence of any numbers, counts, tables and graphs is surprising – even more so given the large number of articles analysed. Conceivably, some quantitative evaluations would have provided orientation and new insights, despite the various methodological challenges any such analysis would pose.

A fourth part discusses the new policies that the Maastricht Treaty was going to introduce as well as the implications for the legitimacy of the European Union, i. e. strengthening the European Parliament, abandoning the national veto and introducing EU citizenship. Also in this section, Müller observes the predominance of framings that present EU politics as battles between the member states rather than focusing on policies as joint projects. Müller's conclusions largely summarise his main points and very persuasive argument. This section could have benefitted from further discussion of the implications of his findings for wider literatures, such as recent debates on Euroscepticism or Brexit. This will be left to the readers to think about.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Müller's book offers important new insights on the logics at work in the European public sphere. It is a treasure trove regarding the events and debates around Maastricht – an event that took place just 30 years ago, but which increasingly feels like ancient history. However, from the historian's perspective, in which archival sources are first made available after a 30-year period, this is very up to date. Müller's accessibly written book clearly deserves the attention not only of legal and political historians dealing with Maastricht now and in the future, but also those interested in the European public sphere, a literature that has received less attention recently, except for the debate about populism. The book is accessible via open-access, which should certainly help in this respect.

■

Shlomi Balaban

Taking the Ambivalent Road*

Rotem Giladi is a professor of law at Roehampton Law School and a former practitioner of international law. His book *Jews, Sovereignty, and International Law. Ideology and Ambivalence in Early Israeli Legal Diplomac*y is profound and innovative from several perspectives.

Giladi's book can be included in an impressive group of studies published in recent years that dealt with the influence of Jewish jurists on the evolution of international law. This literature has been published by internationally leading scholars. And yet Giladi's book is a true contribution to the field. For instance, unlike other scholars in the field, Giladi does not conclude his research in 1948, the year of Israel's establishment. Rather, he takes a further step forward in time to inquire into the influence of the establishment of the state of Israel as the Jewish state, and explores how Israeli jurists of the newly established Ministry of Foreign Affairs (MFA) approached international law.

The book examines on a time period of five years. Instead of beginning with the establishment of Israel in 1948, it takes 1949 as its starting point, when Israel was admitted to the UN as a state. It ends around 1954, a time when, as Giladi states, the case studies examined were no longer dealt with by his book's »main characters«.

The author focuses on two legal jurists that were part of the group of the Israeli Ministry of Foreign Affairs' »founding fathers«, but whose gravitas and influence on Israel's foreign policy were exceptional even among these. According to Giladi, these two jurists were »the engines of Israel's early international law diplomacy«. They were the London-born Shabtai Rosenne (born Sefton Wilfred David Rowson, 1917–2010), Israel's first foreign ministry legal advisor, and Jacob Robinson (born Jokubas Robinzonas, 1889–1977), Israel's first legal advisor to its UN Mission. Giladi credits Rosenne and Robinson with having made a pivotal contribution to shaping the newly established state's approach to and practice of international law.

Giladi's book focuses on three case studies: the right of petition to international organisations, the 1948 Genocide Convention and the 1951 Refugee Convention. All case studies were relevant Israeli interests and engaged Jewish scholars both in the pre-state and the pre-sovereignty eras. Giladi's analysis is therefore critical to the examination of the changing or continuing attitudes of the MFA legal jurists towards the three aforementioned examples and towards international law in general – if indeed such a change occurred – in the sovereign phase. These case studies uncover ten-

* Rotem Giladi, Jews, Sovereignty, and International Law. Ideology and Ambivalence in Early Israeli Legal Diplomacy, Oxford: Oxford University Press 2021, XIV + 338 p., ISBN 978-0-19-885739-6

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

sions between the »Zionist Creed«, as Giladi calls it, and the Diaspora and between different approaches towards Zionism.

Giladi's main conclusion is that the »Israeli« approach to international law changed after 1949 in comparison to that of the pre-state era by becoming more ambivalent. Throughout the book, Giladi traces early signs of that change, which appeared already in the pre-state era. He shows that Zionism and the sovereignty perception became more of a factor in the way international law was perceived and handled by the MFA and the state of Israel in its early years. Throughout this fascinating discussion, several prominent jurists make a ›guest appearance‹, mostly Jewish international law jurists who did not immigrate to Israel, such as Raphael Lemkin or Hersch Lauterpacht.

Chapter 1 lays the groundwork for the subsequent in-depth analysis by outlining the pre-state era and Zionist or Jewish dealings with international law.

The tension that arose between Lauterpacht and the »Israeli approach« concerning the individual right of petition demonstrates the complexity between the pre-sovereign attitude to the »Israeli approach« (chapters 2 and 3). The focus in these chapters lies on the approach to the right of individual petition. Here lay the tension between the Zionist ideology, as conceived by Rosenne and Robinson, and Lauterpacht's approach. The question whether Jewish organisations, rather than Israeli citizens, would be allowed the right of petition to international organizations is a crucial example of Giladi's argument. It shows both how the transition to a nation state influenced the way in which Rosenne and Robinson operated as state representatives and the fact that Israel becoming a state influenced its approach towards international law.

Chapter 4, dealing with the Genocide Convention in its various phases, might be the most convincing chapter regarding Robinson and Rosenne's ambivalence towards international law. The following chapter discusses the tension between Robinson and Rosenne's approach towards the Genocide convention and Raphael Lemkin's position. Robinson and Rosenne's objections to various elements of the convention was based on their Zionist ideology, but they were also an expression of their own personal past experience in the pre-sovereignty era.

In chapters 6 and 7, Giladi discusses the Refugee convention. Chapter 6 focuses on Robinson's role in the drafting process of the Refugee convention, while in chapter 7 Giladi reveals the lack of agreement between Robinson and Rosenne and their different approaches to the convention.

The last part of the book is an epilogue. In it, Giladi examines his decision to focus on Robinson and Rosenne and wonders if they were representative of the MFA at its early days. He returns to the point that both of them were highly influenced by Zionist ideology which manifested in foreign policy questions.

In conclusion, Giladi's study offers a compelling perspective on the significance of the historical transition to sovereignty. I hope it will stimulate discussion of how the transformation to sovereignty affected the different branches of law. After all, Robinson and Rosenne's colleagues and peers at the Ministry of Justice, for example, were highly influenced by their German orientation, both personally and professionally. That German influence could be also elaborated regarding other branches of government, like the Supreme Court's judges, a topic that has been researched but might need a reassessment.

Giladi's study is an important contribution to the existing literature of international law, international relations, history and political science. As every great work it leaves us with further questions. For example, how did the ambivalent approach change with Rosenne and Robinson's ›heirs‹, who were Israeli-born and ›raised‹ on the ethos of the MFA jurists' legacy? Giladi touches on this question in the epilogue, and I hope he will further elaborate on that issue.

In 1998, UN Secretary General Kofi Annan visited Israel and the Knesset. Aware of Israel's skeptical stance towards the UN as captured in the dismissive expression »Um-Shmum« of Israel's founding father, David Ben Gurion – made up of the Hebrew abbreviation of the United Nations, UM, and *shmum*, slang for »nothing« – Annan said: »Without the UM, we will all have *klum*« – meaning that without the UN, we will all have nothing. In my eyes, this reflection by a non-Israeli of the Israeli attitude towards the UN in many ways illustrates Giladi's claim concerning Israel's complex and ambivalent approach towards international law, which could, at times, be indifferent, dismissive or hostile.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Fabian Steinhauer

Voraussitzungen*

1. Der im Frühjahr 2023 verstorbene Jurist Pierre Legendre schrieb Anfang der 80er einen Text, den er *L'Empire de la Vérité* nannte. Was dort zur Wahrheit gehörte, konnte die Herrschaft oder die Befehlsgewalt, es konnte eine historische Phase oder auch der Stil französischer Möbel sein: das Empire, eine nicht nur in Frankreich vielschichtige, dabei (nur) teilweise empirische Angelegenheit. Legendre interessierte sich für die Dogmatik so einer Angelegenheit, also für dasjenige, was auch Recht ist und was bis heute auch einen Teil des Stolzes der deutschen Rechtswissenschaft ausmacht.

Insofern mag kurz überrascht und etwas Verstehensgeduld verlangt haben, worauf er zu sprechen kam. Legendre schrieb nämlich über Räume, Recht und Gesetz und sprach insoweit vom dogmatischen Raum. Er erinnerte daran, dass Dogmatik auch eine Technik sei, etwas (er-)scheinen zu lassen, sei es wahr, gut oder schön. Damit nicht genug. Er schrieb, dass man in der Kirche Saint Sulpice in Paris und im Jaroslovskij Bahnof in Moskau eine Menschheit finden würde, die wartet. Die Kirche und der Bahnhof, aber auch das Gericht oder das Parlament: Legendre schrieb über Institutionen, verstand sie erstens und schlauerweise aber nicht darüber, dass sie gegeben seien. Institution, so legte das Legendre nahe, sei dasjenige, was (er-)warten ließe. Institutionen lassen einerseits eine Zeit durchhalten, also eher schlicht warten, oder sie lassen Zukunft einholen, also erwarten. Zweitens verstand er die Institutionen über ihre Möbel und sagte, dass die Bänke und Sessel wichtiger seien als diejenigen, die auf ihnen sitzen. Dann übertrieb er etwas, erklärte nämlich, dass die Stühle darum wichtiger seien, weil in Strukturen zähle, was unsterblich sei. Aber immerhin lenkte er damit in Anknüpfung an Kantorowicz' Studien zum doppelten Körper des Königs die Aufmerksamkeit auf einen sonst eher übersehenen Teil dessen, was Böckenförde eine Voraussetzung nannte und im Alltag ein Sitz ist. Voraussetzung, die Stühle und Stühle, die Voraussetzungen sind: So ein voraussitzendes Bündel verknüpft das hohe Reich der Ideale mit den konkreten niederen Bedingungen des Alltags, bringt Abstraktion und Einfühlung, Sinn und Sinnlichkeit in Kontakt. Legendre erinnert wie z. B. die begriffshistorischen Studien von Maximilian Herberger daran, dass Dogmatik nicht das Andere einer Erfahrungswissenschaft ist. Für ältere Gesellschaften erkennt man vielleicht schneller an, dass sie gerade darum, aufgrund sinnlich erfahrbarer Dogmatik, ihr Erscheinen so pflegten, wie ihren Schein. Die Forschung und Neugierde über Inszenierungen von Staat und Gesellschaft haben aber auch mit den Absetzungsbewegungen einer Moderne, die sich zeitweise für schmucklos und Ornament für ein Verbrechen hielt, nie aufgehört. Inszenierungen erschöpfen sich mit ihren Bündelungen nie darin, bloße Inszenierung zu sein. Der Mensch ist ein aufsitzendes Wesen, es macht seine Wirklichkeit aus, dass er phantasiebegabt ist und auch mit Illusionen eine Zukunft hat.

2. Etwas muss Anfang der 80er in der Luft gelegen haben, und das müssen ausgerechnet Sitzgelegenheiten und Schreibzeug gewesen sein. Das war die Zeit, in der ein ins Protestantische gewendeter Begriff der Kommunikation aus der Mode und viele Begriffe des Mediums in Mode gerieten. Auf Jürgen Habermas' Frage nach einer Analyse der geistigen Situation reagierte Martin Warnke mit einem legendären Text zur geistigen Situation der Couchecke. Cornelia Vismann begann zu dieser Zeit in Freiburg ihr Studium, und gleich auch ihre Forschung zu den Medien und Kulturtechniken des Rechts. 2010, vier Wochen vor ihrem Tod, hielt die halbwahre Staatsrechtslehrerin Vismann dann im Bonner Käte Hamburger Kolleg »Recht als Kultur« einen Vortrag über Tische, der aus heutiger Sicht eines auch noch mal klar macht: Staatrechtslehre ist eine Institution, die auf sich warten lässt. Jetzt aber hat der wahre Staatsrechtslehrer Christoph Schönberger,

* Christoph Schönberger, Auf der Bank. Die Inszenierung der Regierung im Staatstheater des Parlamentes, München: C.H. Beck 2022, 282 S., ISBN 978-3-406-79159-8

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

eben dort am Bonner Kolleg, einige der Fäden aufgegriffen und endlich ein Buch über das regierende Sitzen geschrieben.

Das Ziel dieses Buches ist es nicht, den wissenschaftlichen Diskurs, für den Autorinnen wie Vismann stehen, weiterzutreiben. Das neuste Buch des Kölner Juristen ist aber ein spannender Bericht aus einem Teil der Wissenschaft. Es handelt sich um ein Lesebuch für ein Publikum, das man anschaulich das C. H. Beck-Publikum nennt. Das ist eine Art bürgerliches Milieu, das mit Recht sein Geld verdient, dabei gerne was mit Kunst, Kultur und Bildung liest, so gepflegt aussieht wie die Schaufenster der Münchner Innenstadt und sich meist so angeregt unterhält wie die Gäste im Bratwurstglöckl am Dom. Langer Rede kurzer Sinn: Dieses Buch ist für ein gutes Publikum geschrieben, es soll gut lesbar sein, ohne zu irritieren oder zu verwirren. Dieses Publikum ist behaglich verbreitert. Es ist dem belesenen und gelehrten Autor gelungen, für dieses Publikum zu schreiben. Es wird wohl viel zu Weihnachten verschenkt werden, dafür bietet es sich an.

3. Schönberger beginnt passend gemütlich, nämlich erst spät. Das römische Recht kommt mit seinen republikanischen Dingen nicht vor. Der zentrale Beitrag, den Rom zu einer Geschichte regierenden Sitzens geleistet hat, das dürfte der kurulische Stuhl gewesen sein, also der Stuhl, auf dem die höhere Beamtenschaft sitzen durfte und von dem Cicero sagt, er sei Teil des römischen Bildrechts, des *ius imaginum*. Dieser Stuhl inszeniert die römische Regierung, er ist damit auch ihr Recht, er ist ein Ding, das Rom mit verfasst. Manche nennen ihn einen Wagen- und Richtstuhl, es ist vor allem ein Klappstuhl ohne Arm- und Rückenlehnen. Er ist beweglich und auch in dem Sinne ein Wagenstuhl, weil auf ihm zu sitzen Teil jener gewagten und entsicherten Handlung ist, die man *regieren* nennt. Der kurulische Stuhl wird im historischen Teil von Schönbergers Buch vorsichtshalber übersprungen. Schönberger setzt mit dem spätantiken, byzantinischen Protokoll ein, in der die Herrschaft unbeweglich thront, weil der Thron kein richtiges Möbel mehr, sondern Teil der Architektur, also der Immobilien, ist. Schönberger setzt ein, wo das Sitzen schon richtig festsitzt. Da hat der Sitz sogar Dinge, an denen sich die Regierenden festhalten und anlehnen können, was für die so republikanisch wie kriegerisch gesinnte Regierung im klassischen Rom noch ein Objekt für Memmen gewesen wäre.

Schönbergers Buch setzt also nach einer ›immobilienrechtlichen Wende‹ ein, nach der ein Sitz nichts Bodenloses mehr habe sollte. Der Grund, warum Schönberger so spät beginnt, ist einleuchtend: Der Autor ist an den parlamentarischen Systemen interessiert, deren Horizont auch die Schwelle ist, mit der das 19. Jahrhundert begann und damit nahezu alles von dem, was heute noch Gegenwart beanspruchen kann, einrichtete. Schönberger ist kein Archäologe, er ist Gegenwarts- und Präsenzforscher.

Man liest das Buch mit großem Gewinn, vor allem, weil Schönberger sich durch diese Beschränkung auf einen detaillierten Vergleich parlamentarischer Sitze sowie eine enge Verzahnung zwischen der Beschreibung von Verfassungstypen und Architekturen einlassen kann. Bei diesen Beschreibungen geht es nicht um den Aufweis von Kausalität, es geht um Effekte und um Bedeutung, die freilich nicht frei von Kausalität ist. Eng drängende Räume, das dachte auch Churchill, lassen auch parlamentarische Diskussionen dringlicher erscheinen. Räumliche Konfrontationen und Hierarchien sind wie Resonanzkörper für Politik und Recht. Wer kennt nicht die Momente im Gericht, in dem ein Richter vorschlägt, mal kurz die Fenster zu öffnen, um Mandanten oder Anwälte wieder in offene Gesprächsbereitschaft zu bringen? Schönberger schildert eine Reihe solcher Effekte anschaulich, allesamt anhand von Parlamenten. In einem ersten Teil des Buches beschreibt er eine Entwicklung vom Thron zur Bank, setzt also mit Ereignissen ein, die er als Ende eines alten Europas begreift, und stellt die Entwicklung durch den geographischen Vergleich vierer Parlamente an: London, Paris, Washington und Berlin. Im zweiten Teil konzentriert er sich auf Westdeutschland, also die Bundesrepublik Deutschland. Er wechselt aus dem Register der Geographie in das Register eines Chronographen.

4. Man findet viel Anregung, viele Bilder, witzige, ironische und doch ernste Beobachtungen. Schönberger zeichnet teilweise in detaillierter Schärfe nach, wie Architekturen und ihre Objekte Verfassungen reproduzieren, wie sie also z. B. Kräfte unterscheiden und kanalisieren und wie dies damit korrespondiert oder kooperiert, wie in Texten diese Kräfte unterschieden und kanalisiert werden. Das Buch ist an Details so reich, dass eine Wiederholung unangemessen und eine Auswahl verfälschend wäre. Dieses Buch wird zur Lektüre mit Nachdruck empfohlen. Das andere Ende des

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Textes, also der Bogen, der die vielen Details zusammenhalten soll, ist einfach und klar: Das ist erstens die Spannbreite, unter der sich Schönberger parlamentarische Demokratien im Westen vorstellen will und die er geographisch über die vier genannten Hauptstädte abhandelt, als seien es die vier Himmelsrichtungen, in denen Regierungssitze stehen können. Zweitens ist es eine kleine Geschichte der BRD. Einfacher und klarer geht es nicht.

Wir wären aber nicht in der Wissenschaft, wenn es nicht auch etwas zu falsifizieren und zu mäkeln gäbe. Für ein Buch über das regierende Sitzen fordert der Fußnotenapparat erstaunlich oft dazu auf, von hier nach da zu springen. Ist man auf einer Seite angelangt, heißt es in den Fußnoten, man solle auf einer anderen Seite des Buches lesen. Immer wieder finden sich auch Verweise, man solle in anderen Büchern mal nachsehen, also das berühmt-berüchtigte ›Siehe-Woanders‹, ohne genau zu erklären, warum man eigentlich woanders nachschauen sollte. Man hat doch ein Buch gekauft, kein Abo abgeschlossen. Das ist sicher der übliche deutsche Apparat, der auch in der Sorge um das Urheberrecht lieber zu oft als zu selten auf anregende Kollegen weiterverweist. Aber wenn man sich schon entscheidet, nicht für ein Fachpublikum zu schreiben, dann kann man sich entweder so einen unruhestiftenden Apparat sparen oder aber man macht ihn trotzdem gründlicher. Sonst kann der Text auch werden, was zu viele Köche verderben, nämlich Brei. Mit seiner Adressierung eines breiten Publikums belastet sich Schönberger nicht damit, bestimmte Begriffe zu schärfen, nicht mal damit, sie zu verwenden. In begleitenden Vorträgen und Vorträgen zu dem Buch, vor allem einen Vortrag vor dem Bonner Kolleg, ist aber deutlich geworden, dass er sein Buch begrifflich in der Nähe zu Claude Leforts Überlegung zur Form und Demokratie sieht. Lefort verwendet den Begriff *mise-en-forme*, die Übersetzer schreiben teilweise »Formgebung«, teilweise »In-Form-Setzen«. Das halte ich bei aller rekursiven Anlage, gerade wegen ihr, für eine gute Idee. Umso mehr vermisse ich aber eine Schärfung seiner Interpretation Leforts (oder anderer Ansätze zur Frage nach der Form und zu dem, was sie bewegt).

5. Das Fachpublikum wurde nicht adressiert, es darf sich beklagen. Mir wird es mit den Anekdoten dann an bestimmen Punkten doch zu viel. Muss man wirklich nochmal was zu Franz-Josef Strauß, Joschka Fischer und zu diesem Guttenberg lesen, wenn das nun wirklich nicht die Wissenschaft vom Sitz schärft, nicht einmal auf dem Gegenstand sitzenbleibt, sondern abschweift? Der leere Stuhl der Kanzlerin markiere das Ende Guttenbergs, schreibt Schönberger an einer Stelle. Das kann stimmen, aber er markiert auch den Anfang Guttenbergs, denn am Anfang des Buches und immer wieder kommt Schönberger auf die prinzipielle und damit anfängliche Leere von Stühlen zu sprechen (er orientiert sich schließlich an Lefort). An diesen anekdotischen Stellen schleift Schönberger seine Motive ab, als würde er sie selbst nicht so ernstnehmen und scharf sehen. Dennoch überwiegt der positive Eindruck, es mit einem ideen- und materialreichen Buch zu tun zu haben, besser noch: Es markiert auch damit wohl erst einen Anfang in Schönbergers neuem Forschungsinteresse. Am besten: Dieses Buch gibt den Forschungen zur objektorientierten Rechtswissenschaft, den neo-materialistischen Ansätzen und der Kulturtechnikforschung aus einem großen Herzen der Staatsrechtslehre Schub und neuen Schwung.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Thomas Duve

Erzählen statt prozessieren?*

Mit *Die Soziologie vor der Geschichte* legt Wolfgang Knöbl eine kritische Analyse des Gebrauchs von großflächigen, robusten Prozessbegriffen in den Sozialwissenschaften vor: Es geht also um Rationalisierung, Differenzierung, Modernisierung, aber auch um Bürokratisierung, Säkularisierung, Industrialisierung. Viele dieser Makrobegriffe wurden in den letzten Jahrzehnten in der globalhistorischen Forschung in Frage gestellt, weil sie teleologisch gefasst, aus einer Perspektive des Globalen Nordens entworfen und dann auf andere Weltregionen angewandt worden sind. Knöbls Kritik ist viel grundsätzlicher. Er will zeigen, dass die Soziologie als »ahistorisch verfahrende Ordnungswissenschaft« (14) zwar häufig Prozessbegriffe nutzt, nur selten aber expliziert, was mit der Rede von einem »Prozess« gemeint ist. Denn was ist und wie verhält sich ein Prozess zu Handlung, Ereignis, Struktur? Wird er als autonom verstanden, und wenn ja: Was verleiht ihm Eigendynamik? Wieviel lineares Denken, Teleologie, wieviel Kausalitätsunterstellungen stecken in der Diagnose eines Prozesses?

Knöbl gliedert seine Problemgeschichte in zwei Abschnitte. Im ersten Teil geht es um »Sozialtheorie zwischen Geschichtsphilosophie und Historismus« (Kapitel 2, 3, 4). Den Auftakt macht eine Szene aus den 1970er Jahren, als Raymond Aron und Talcott Parsons, also ein französischer Exponent des Versuchs einer historischen Reflexion soziologischer Grundbegriffe und der einflussreichste Theoretiker der Soziologie als Ordnungswissenschaft, am Frühstückstisch aufeinandertrafen – und einander ganz und gar nicht verstanden. Parsons erhob sich und ging seiner Wege. Mit ihm auch die Soziologie: Sie institutionalisierte sich als Ordnungswissenschaft, obwohl auch andere Ausrichtungen denkbar gewesen wären, etwa die einer Historischen Soziologie, für die Aron stand. Eine Reflexion über die Historizität der Grundbegriffe der Soziologie hätte zudem an die intensiven Debatten anknüpfen können, die man im 19. Jahrhundert in Geschichtswissenschaft und Philosophie um die Bedingungen der Möglichkeit von Geschichtsphilosophie führte. Knöbl zeichnet einige Momente dieses Nachdenkens von Generationen nach – von Herders *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit* über Wilhelm von Humboldt und Hegel zum Historismus eines Ranke oder Droysen. Noch der Versuch der Abwendung von der Geschichtsphilosophie im Historismus blieb, so zeigt Knöbl, der Spekulation verhaftet. Theologische Argumente, Geschichtsreligion, die Idee der Freiheit, später die Nation treten als strukturierende Elemente an die Stelle von offener Geschichtsmetaphysik. Das nun verbreitete Denken im Kollektivsingular »Geschichte« bedurfte schließlich noch immer eines Substrats, an dem sich Wandel vermessen lässt: »Der Geschichtsphilosophie entkommt man nicht« (76).

Das gilt auch für den Neukantianismus eines Heinrich Rickert oder Max Weber, wie Knöbl in einer dichten Auseinandersetzung deutlich macht. Wer – wie der Rezensent – das Gefühl hatte, Rickerts Argumentation nie wirklich verstanden zu haben, liest mit einer gewissen Beruhigung, dass dessen Unterscheidung zwischen Wertbeziehung und Werten »so besonders plausibel nicht ist« (87). Und wem das Changieren Webers zwischen Real- und Idealtypen schon stets Schwierigkeiten bereitete, dem leuchtet die Vermutung Knöbls ein, dass an Webers Begriff der Rationalisierung eine »gehörige Portion Geschichtsphilosophie« hafte – »in welcher Schwundstufe auch immer« (90). Für Knöbl scheiterte auch Weber am verzweifelten Versuch, das Problem des Zerfalls der historischen Vernunft nach der Epoche Hegels zu lösen. Für Troeltsch, Mannheim, Elias oder Alfred Weber gilt trotz mancher Ansätze (etwa dem Generationenbegriff) das Gleiche, auch wegen der biographischen Brüche und dem Vergessen, dem viele intellektuelle Leistungen der ersten Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts lange anheimfielen. So endet der Rückblick auf knapp zwei Jahr-

* Wolfgang Knöbl, Die Soziologie vor der Geschichte. Zur Kritik der Sozialtheorie, Berlin: Suhrkamp 2022, 316 S., ISBN 978-3-518-29975-3

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

hunderte, wie er begann: mit Autoren, die sich offen zur Geschichtsphilosophie bekennen, nun allerdings in Gestalt der Frankfurter Schule mit ihrem Versuch der Konstruktion des Geschichtsverlaufs als notwendigem Produkt eines ökonomischen Mechanismus.

Der zweite Teil des Buchs wendet sich der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zu. Noch immer geht es, so die Überschrift, um »Befreiung von Historismus und Geschichtsphilosophie – so oder so«. Drei Kapitel und ein Schluss geben einen Überblick über die Entstehung von Prozessbegriffen in der US-amerikanischen Diskussion der 1950er, im Europa der 1970er und der 1980er Jahre. Die vor allem in den USA entwickelten Modernisierungstheorien erscheinen Knöbl als simplifizierte geschichtsphilosophische Konstruktionen, die eigentlich im 19. Jahrhundert jedenfalls in der deutschsprachigen und französischsprachigen Debatte bereits hinlänglich kritisiert worden waren. Die »Moderne« sei als Epoche begriffen worden, die es gegen den Marxismus und historischen Materialismus mit Hilfe der Modernisierungstheorie zu konturieren galt. Die damit verbundene funktionalistische Perspektivierung ließ Fragen nach der Strukturierung historischer Empirie oder der Zugänglichkeit der Vergangenheit nicht mehr aufkommen. »Es schien unstrittig zu sein, dass alle für zentral gehaltenen historischen Makroprozesse auf diese Moderne zulaufen würden« (160). Die schon bald einsetzende Kritik an den normativen Implikationen der Modernisierungstheorie bereitete allerdings schon in den späten 1950er Jahren den Boden für die Differenzierungstheorie als neues makrosoziologisches Instrumentarium. Auch diese unterzieht Knöbl einer gründlichen Analyse, insbesondere hinsichtlich ihrer Koppelung mit der Evolutionstheorie (168 ff.) und ihrer grundlegenden Funktion als Prozessontologie (229 ff.) bei Luhmann.

Besonders interessant für die Rechtsgeschichte, in der sich aus vielerlei Gründen die Vorstellung eines scharfen Epochenbruchs um 1800 verfestigt hat, sind Knöbls Überlegungen zum Differenzierungskonzept und dessen Stützung durch Koselleck Sattelzeitthese (163 ff.). Kosellecks Analyse der veränderten Zeiterfahrungen und die daraus gezogenen weitreichenden Folgerungen beruhten bekanntlich auf anderen Methoden, als sie seine Bielefelder Kollegen in der Soziologie oder der Sozialgeschichte praktizierten. Allerdings ging es Koselleck wie den modernisierungstheoretischen Ansätzen darum, einen scharfen Bruch zwischen Moderne und Vormoderne zu konturieren, weswegen man seine Methode auch als »Werkzeug einer Modernisierungstheorie« (Christof Dipper) bezeichnet hat. Doch Sprachwandel zeigt veränderte Repräsentationen, und über die repräsentierten »Prozesse« kann er wenig aussagen. Im Verbund mit der sozialgeschichtlichen Modernisierungstheorie und dem Nachwirken von Webers Rationalisierungsthese verfestigte die Historische Semantik dennoch das Bild eines Epochenbruchs von geradezu welthistorischem Ausmaß. Auch daran knüpften Luhmann und Habermas mit ihren Entwicklungslogiken an, und auch die Rechtsgeschichte hat die Moderne zu einem Wendepunkt erklärt, mit dem im Hochmittelalter angesetzte Prozesse (Staatsbildung, Verwissenschaftlichung, Rezeption etc.) abgeschlossen gewesen sein sollen.

Im Kapitel 6 zeichnet Knöbl nun Diskussionen aus den 1970er Jahren nach, die auch aus dem Unbehagen an solchen Makrobegriffen gespeist wurden. Bereits Jaspers und Löwith hatten in ihren Geschichtsphilosophien Zweifel gesät, ob man von »der« Geschichte »der« Welt sinnvoll sprechen könne. Da die Wirklichkeit sich anders entwickelte als gedacht, hielt eine neue Bescheidenheit Einzug: »Nicht der Prozess *der* Weltgeschichte interessierte die Historiker, sondern höchst unterschiedliche Prozesse und Prozessformen in der Geschichte« (197–198). Man suchte Sinnzusammenhänge für begrenztere Räume und Zeiten, und man dachte darüber nach, was einen Prozess eigentlich ausmacht. Anhand der Analyse einiger Beiträge der Werner-Reimers-Studiengruppe »Theorie der Geschichte«, 1978 in einem Band zu Historischen Prozessen publiziert, legt Knöbl so manche Aporien der Rede von Prozessen frei: wie sich diese zu »Ereignissen« und »Strukturen« verhalten und woher das autogenerative Moment kommen soll. Diese Diskussionen führt er mit den sozialwissenschaftlichen Debatten zusammen, in denen man Handlungstheorien und Systemvorstellungen kombinierte und nach der Rolle von Intentionen und unintendierten Folgen fragte. Eigendynamik wurde nun als Ergebnis von Rückkoppelungsschleifen verstanden, in denen Motive der Handelnden produziert und reproduziert werden. Mayntz und Nedelmann formulierten es wenig später so: »Eigendynamische Prozesse werden durch Aktions-Reaktions-Sequenzen von sozialen Akteuren erzeugt, die ein umrissenes Handlungssystem bilden« (212). So klar dies theoretisch

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

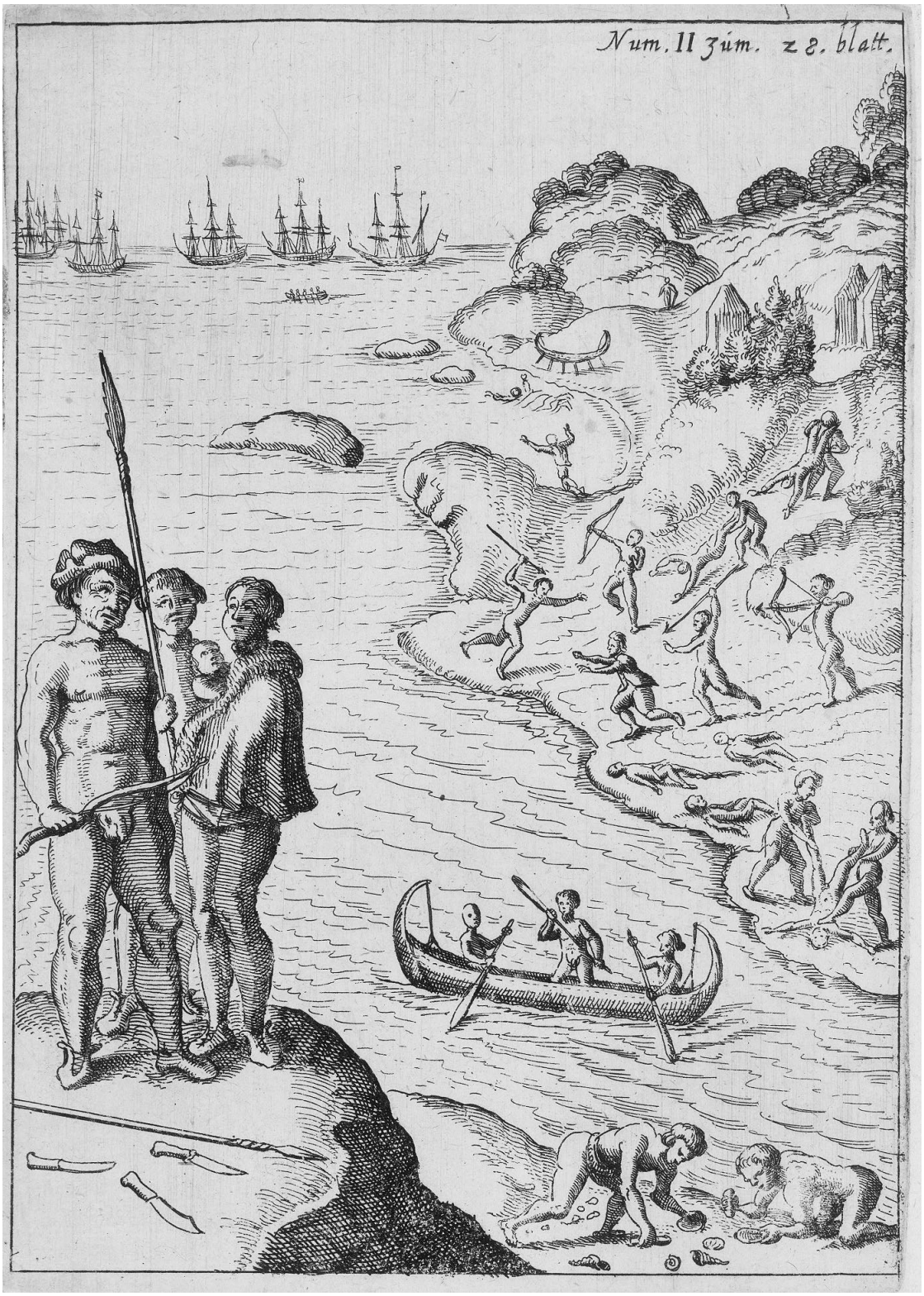
schien, so schwierig würde freilich die Umsetzung in der Geschichtswissenschaft bleiben. Denn lassen sich solche Stimulierungskausalitäten überhaupt mit den zur Verfügung stehenden Quellen nachweisen? Wie steht es um die Verkettung von Beobachtungen über längere Zeiträume – also dem, was üblicherweise als »Prozess« bezeichnet wird? Knöbl kontrastiert anschließend die deutsche Debatte mit der französischen, insbesondere durch Michel Dobry, und mit der US-amerikanischen, in der Andrew Abbott Maßstäbe gesetzt hat. Während Dobry auf eine Reihe von Fallstricken bei der Analyse von Prozessen hinweist, macht Abbott nicht zuletzt auf die narrative Dimension sozialer Prozesse aufmerksam.

In dieser Narrativität liegt für Knöbl die Problematik und letztlich auch der Schlüssel zum reflektierten Umgang mit Prozessbegriffen, wie er im letzten Kapitel ausführt. Er zeigt, wie von verschiedenen Seiten auf die erzählerische Dimension der sozialwissenschaftlichen Konstruktionsleistung hingewiesen worden ist – und wie sich diese Kritik auch auf Theorien des Wandels auswirkt, etwa auf den Historischen Institutionalismus oder Charles Tillys mechanismischen Ansatz. Anhand einer konzisen Zusammenstellung von sieben wichtigen Aspekten der erzähltheoretischen Debatte (256–270) werden dann exemplarisch drei Prozessbegriffe untersucht: Industrialisierung, Demokratisierung, Individualisierung.

Knöbl schließt seine eindrucksvolle Darstellung mit einem Plädoyer für einen reflektierten Umgang mit Prozessbegriffen und für eine stärkere Berücksichtigung der Ergebnisse historischer Forschung in der Soziologie – und soziologischer Begriffsbildung in der Geschichtswissenschaft. Nicht wenige Vertreter beider Disziplinen nehmen für sich in Anspruch, durch wissenschaftliche Forschung Orientierungswissen zu vermitteln, was die Versuchung erhöht, griffige, aber reduktionistische und letztlich scheinwissenschaftliche Diagnosen über den Lauf der Welt auf den Markt zu werfen. Man kann das Buch insofern auch als Grundlegung einer Historischen Soziologie lesen, die beide Disziplinen stärker verknüpfen würde. In der Geschichtswissenschaft dürfte sehr viel von dem, was Knöbl mit weitem Blick interdisziplinär und international zusammenträgt und klar analysiert, auf große Offenheit stoßen; inwieweit er mit der Forderung nach einer Historisierung der Sozialtheorie seine eigene Disziplin, die Soziologie, erreicht, wird man sehen. Die Rechtsgeschichte, die noch immer als Vorgeschichte der Moderne geschrieben wird und auf einer Reihe von Großbegriffen beruht, deren Fragwürdigkeit inzwischen außer Frage steht, könnte zu einer solchen Historischen Soziologie sicher beitragen – und vor allem von ihr profitieren.

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH



Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Marginalien marginalia

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Thomas Duve

Rechtsgeschichte und Ordnungsdenken. Zum rechtshistorischen Werk von Paolo Grossi

Paolo Grossis rechtshistorisches Werk lässt sich nicht trennen von seiner Rechtstheorie. Beeinflusst vor allem von italienischen Rechtsphilosophen, Juristen und Historikern der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, entwickelte der im Juli 2022 verstorbene italienische Rechtshistoriker eine klare Vorstellung davon, was Recht sei, und entwarf auf dieser Grundlage ein eindrucksvolles Bild der europäischen Rechtsgeschichte. Sein Rechtsbegriff schärfte seinen rechtshistorischen Blick, und was dieser ihm zeigte, verfestigte seine Vorstellung vom Recht. Dabei verfolgte Grossi ein klares Ziel: Es ging ihm um die Kritik des Rechts der Gegenwart, um die Relativierung dieser Gegenwart als bloßem Punkt auf einer langen historischen Linie und um Orientierung für die Zukunft.[1] Grossi war Jurist, und er wollte – darin lag auch das zentrale Anliegen der von ihm gegründeten *Quaderni fiorentini* – zu Juristen von der Geschichte sprechen.[2]

Der Orientierung bedurfte es aus seiner Sicht umso mehr, als der Punkt, an dem er die europäischen Rechtssysteme der Moderne bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts verharren sah, ihm als geradezu verhängnisvoll erschien. Denn der »juristische Absolutismus der Moderne« – so eine seiner bekanntesten Wortschöpfungen[3] – und dessen Staatszentriertheit hätten das lebendige, vielfältige Recht absorbiert, monopolisiert, zentralisiert. Das Recht sei vom Leben getrennt und den Menschen entfremdet worden, und es hatte noch die schlimmsten Grausamkeiten des 20. Jahrhunderts legitimiert. Ein solches steriles, uniformes, dysfunktionales Recht stand für Grossi in schärfstem Kontrast zur juridischen Ordnung des europäischen Mittelalters, zum *ordine giuridico medievale*. Dieser *ordine* hat ihn zeitlebens fasziniert, ihm hat er sein auch international wohl bekanntestes Buch gewidmet.[4]

Umso aufmerksamer – und erheblich früher als viele andere Rechtshistoriker – beobachtete Grossi die Reaktion von Staat und Recht auf das, was seit den 1990er Jahren verstärkt mit »Globalisierung« umschrieben wird.[5] Die Postmoderne, deren Beginn Grossi in den 1950er Jahren ansetzte, und ihr Recht, vor allem die Entstaatlichung des Rechts, waren ihm dabei Hoffnung und Aufgabe zugleich. Hoffnung, weil das Recht aus dem stahlharten Gehäuse des Staates befreit werden und seine Vielfalt entfalten würde. Aufgabe, weil er die Rechtsgeschichte in der Pflicht sah, das Verständnis für eine solche neue Ordnung zu schärfen. Rechtshistorische Beobachtungen müssten gerade in einer Übergangsperiode wie der unseren vor Augen führen, dass das Recht nicht das leblose Produkt staatlicher Willkür sei, das der »Mythos der Moderne« aus ihm habe machen wollen.[6] Historische Forschung müsse das Recht in seiner Lebendigkeit und Fülle zeigen, in seiner *carnalità*, wie er eindrücklich formuliert.[7] Rechtshistorische Befunde sollten »in ein dialektisches Verhältnis zu unserem heutigen Bewusstsein« gesetzt werden, »wobei das einzige Ziel darin besteht, dieses komplexer zu machen, zu bereichern und zu größerer Reife zu bringen«.[8]

1 Zum Bild von »Punkt und Linie« und der Aufgabe der Rechtsgeschichte Grossi (2006b).
2 Vgl. die Einführung zum ersten Heft der *Quaderni fiorentini*, wieder abgedruckt in Grossi (2009a) 3. Zur Aufgabe der Rechtsgeschichte z. B. Grossi (2006b); Grossi (2006c). Interessant seine autobiographischen Notizen, auch zur Geschichte der *Quaderni*, vgl. zuletzt Grossi (2021a); Grossi (2008); sowie zahlreiche Interviews, z. B. Timoteo (2020). In deutscher Sprache Grossi (2009b); in englischer Sprache Grossi (2020).
3 Dazu Grossi (1988); Grossi (2006d). Übersetzungen ins Deutsche hier und im Folgenden von T. D.
4 Grossi (1995); spanische Übersetzung Grossi (1996).
5 Vgl. diverse Aufsätze, insbesondere in Grossi (2004); Grossi (2006a); Grossi (2010b).
6 Zum Mythos der Moderne Grossi (2003).
7 Z. B. in Grossi (2021b) 158.
8 Grossi (2014a) 257.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Die juristische Erfahrung des europäischen Mittelalters erschien Grossi besonders geeignet, um über das Recht in der postmodernen Welt der Globalisierung nachzudenken. In einem Festvortrag aus Anlass der Einweihung des neuen Institutsgebäudes des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt im Jahr 2013 skizzierte er – der über viele Jahre Mitglied des Fachbeirats des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte gewesen und nun Richter am italienischen Verfassungsgerichtshof war – einige »verbindende[ ] Züge« zwischen Mittelalter und Postmoderne. Er sah sie nicht zuletzt in der Rolle der Juristen und ihrer spezifischen logischen Operationen bei der Integration von Einheit und Vielfalt im Recht: »Durchsetzung einer Rechtseinheit unter Wahrung der ihr innewohnenden Vielfalt, eine zutiefst dialektische Beziehung zwischen der Rechtseinheit und Einzelelementen der Vielfalt; Aufwertung der Juristen in der Rechtsproduktion (denn das Recht ist Sache der Juristen und nicht der Politiker) und vor allem Würdigung der Rechtswissenschaft wegen ihrer Fähigkeit, harmonisch verbindende, tendenziell unbegrenzte Prinzipien zu entwickeln.«[9]

Eine Einladung der *Quaderni fiorentini*, dem Gedenkband an Grossi einen Beitrag zur Sektion *Il giurista in un mondo globale: interpretatio e unità dell'ordine plurale* beizusteuern, gab mir die Gelegenheit, zehn Jahre nach Grossis – letztem – Besuch in Frankfurt, auf diesen Vortrag zurückzukommen.[10] Ich nehme Grossis Vortrag zum Ausgangspunkt für eine knappe Einführung in seine Überlegungen zur Rolle des Juristen und ihrer Interpretationsleistung in der europäischen Tradition und in der Welt der Postmoderne (1.). Anschließend blicke ich näher auf seine Interpretationslehre. Deren *specificum* besteht darin, dass sie auf dem Boden einer besonderen Rechtsquellenlehre, genauer: eines dezidierten Rechtspluralismus steht. Sie ist also nicht ohne ihre rechtsphilosophische Grundlage zu verstehen, die Grossi vor allem in seinen mediävistischen Arbeiten entwickelt hat, im Anschluss an italienische Juristen wie Santi Romano, Francesco Calasso, Giuseppe Capograssi. Diese Autoren stehen für ein institutionelles Ordnungsdenken, das in Deutschland vor allem mit dem Namen Carl Schmitts, aber auch Karl Larenz' verbunden ist – und heute wegen deren Rechtsdenkens im Nationalsozialismus distanziert betrachtet wird (2.). Als deutscher Rechtshistoriker frage ich auch vor diesem Hintergrund, ob das mittelalterliche Recht, das Grossi in einen scharfen Kontrast zur Moderne setzt, für ihn lediglich ein »Typus« ist, wie es manchmal scheint, oder nicht doch die Grundlage für seine Rechtstheorie war – also für eine historische Rechtstheorie, die davon ausgeht, dass sich in einer bestimmten historischen Epoche »das Recht« in besonderer Weise verwirklicht habe (3.). Ich schließe mit einem Blick nach vorne. Denn auch wenn man Grossis historischer Rechtstheorie nicht folgen möchte, enthalten seine Überlegungen doch wichtige Anregungen für die rechtshistorische Forschung. Das gilt besonders für die wohl zentrale Herausforderung des Fachs heute: nämlich dafür, eine »Rechtsgeschichte jenseits der Moderne« zu schreiben (4.).

1. Das europäische Mittelalter, europäisches und globales Recht

Wie bringt Grossi das europäische Mittelalter, Postmoderne und Globalisierung in Verbindung?

9 Ebd.

10 Der vorliegende Text entspricht weitgehend dem in spanischer Sprache für den Gedenkband der *Quaderni fiorentini* 52 (2023) unter dem Titel »El jurista como inventore en la Edad Media y en la ›pos-modernità‹? La teoría histórica del derecho de Paolo Grossi, su problemática y su significado para una historia del derecho más allá de la modernidad« verfassten Beitrag in einer für eine deutschsprachige Leserschaft angepassten Form. Ich veröffentliche ihn auch in deutscher Sprache, da Grossis Arbeit trotz einiger Übersetzungen im deutschen Sprachraum verhältnismäßig wenig bekannt ist. Das gilt vor allem im Vergleich zu rechtshistorischen *communities* in Südeuropa und Lateinamerika. Zusammen mit den stark von ihm beeinflussten, einer jüngeren Generation angehörenden, inzwischen ebenfalls verstorbenen Rechtshistorikern António Manuel Hespanha († 2019) und Bartolomé Clavero († 2022) hat Grossi die Vorstellungen von der Rechtsgeschichte des europäischen Mittelalters und der Moderne sowie von der Aufgabe des Fachs »Rechtsgeschichte« in diesen Regionen in geradezu paradigmatischer Weise geprägt. Die große Wirkung seines Werks dürfte nicht zuletzt darauf beruhen, dass Grossi sein Denken seit den 1990er Jahren in einer Fülle von Vorträgen und in vielen bewusst an ein breiteres Publikum gerichteten und vielfach übersetzten Publikationen immer wieder dargelegt hat. Grossi hatte eine Botschaft, die er vermitteln wollte – und er wurde nicht müde, es zu tun. In deutscher Sprache sind vor allem zu nennen Grossi (2010a); Grossi (1997); Grossi (2014a); Grossi (2009b).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Wieso nehmen Juristen in beiden historischen Epochen aus seiner Sicht eine zentrale Rolle ein? Blicken wir auf seine Vorstellung von Mittelalter, Moderne und Postmoderne und fragen nach den verbindenden Zügen, die er sah.

1.1 L'ordine giuridico medievale

Grossi beginnt seinen Frankfurter Vortrag mit einer knappen Zusammenfassung seiner an vielen Orten seit den 1990er Jahren immer wieder skizzierten Vorstellung vom *ordine giuridico medievale*.[11] Das Mittelalter habe nicht »jenes total ausgreifende politische Subjekt« gekannt, »das jegliche gesellschaftliche Äußerungsform (und damit auch das Recht) monopolisiert, von uns gemeinhin als ›Staat‹ bezeichnet wird und eine Hauptrolle in der modernen Zivilisation spielt«. Vielmehr seien verschiedene Kräfte an der Rechtsproduktion beteiligt gewesen; es habe ein »allgemein gelebter Rechtspluralismus« geherrscht. Recht sei der Erfahrung entsprungen, und es habe sich durch seine Faktizität ausgezeichnet. Gewohnheiten seien die wichtigste Quelle des mittelalterlichen Rechts gewesen, und die Aufgabe von Juristen habe darin gelegen, die Gewohnheiten als »dauerhaft in der Zeit sich wiederholende Fakten« in eine vollständige Ordnung zu bringen (258).

Waren es im Frühmittelalter Praktiker, insbesondere Notare, so sei seit dem 12. Jahrhundert die Wissenschaft in das Zentrum der »Schöpfung und Systematisierung« des Rechts gerückt: Vor allem diese habe »jene Begrifflichkeit, jene Ordnungsprinzipien« bereitgestellt, »mit denen sich das zusammenhanglose Magma der gesellschaftlichen und ökonomischen Fakten ordnen lässt; und da es keine arrogante, zudringliche politische Macht gibt, vermag die Wissenschaft ein universelles Rechtsgewebe zu schaffen, das für jeden Ort gilt und auf lange Dauer angelegt ist« (258–259). Dieses Rechtsgewebe, das *ius commune*, habe sich durch seine besondere Elastizität ausgezeichnet. Die *iura propria* – Gewohnheiten und lokale Rechtsnormen – hätten sich harmonisch eingepasst, sie bildeten »eine authentische Ordnung, die eben authentisch ist, weil sie Einheit schafft unter Wahrung der Vielfalt« (259). In dieser Vielfalt in Einheit liegt, um in Grossis Sprache zu bleiben, die erste »kulturelle Botschaft« der europäischen Rechtsgeschichte.[12]

1.2 Europäisches Recht in der Postmoderne

Nachdem diese mittelalterliche Kultur zunächst durch den Aufstieg des Staates mit seinem Versuch einer rigorosen Kontrolle und Zentralisierung der Rechtsproduktion verdrängt worden sei, sei die juristische Moderne bald selbst unter Druck geraten: »Die Staaten sahen, wie der Panzer ihrer Souveränität aufgeweicht wurde von einer räumlich immer weiter ausgreifenden wirtschaftlichen Dynamik sowie von Techniken und Technologien.« Diese seien nicht an politische Grenzen gebunden (259), so dass eine neue Rechtslandschaft entstanden sei, die des europäischen Rechts – für Grossi bereits ein Kind der Postmoderne. Diese neue Rechtslandschaft stellt sich ihm ebenfalls als ein authentischer *ordine* dar, also als eine »komplexe Realität, die darauf zielt, den Reichtum der ihr eigenen Komplexität zu bewahren: Das Proprium der einzelnen Elemente, deren unterschiedliche Geschichte und singuläre Typizität finden in der gemeinsamen europäischen Dimension die konkrete Möglichkeit, ihre jeweilige Besonder-

11 Am bekanntesten Grossi (1995); spanisch Grossi (1996); einführend in das Buch in deutscher Sprache Grossi (1997); Grossi (2009b).

12 Sehr anschaulich fasst Grossi seine Überlegungen in seinem – von Thorsten Keiser übersetzten – Gastbeitrag in der ZRG zusammen, Grossi (2009b) 215–216: »Das mittelalterliche Recht ist nicht ein Archipel abgeschlossener und jeweils absolut unabhängiger Inselwelten, sondern ein Spinnennetz von Autonomien, also relativen Unabhängigkeiten, ein universelles Geflecht aus Beziehungen, die keinem seiner Elemente eine perfekte Abschottung gestatten. Jedes Element ist für sich außer Stande, die sozialen, wirtschaftlichen und juristischen Kräfte in seinem Inneren zu einer kompakten Einheit zusammenzuballen, nicht aus Mangel an kooperativer Kraft, sondern wegen des Fehlens einer allumfassenden politischen Psychologie. Und das Ergebnis war äußerst relevant: Deutlich wurde die Handlungsfreiheit dieser Kräfte, ihr freies Zusammenleben in den Grenzen derselben politischen Körperschaft. Die politische Ordnung gestattete die freie Entfaltung anderer Ordnungen in ihrem Inneren, die Ausdruck von religiösen, wirtschaftlichen und ständischen Gemeinschaften waren. Gestattet wurde vor allem – und das betrifft den für Juristen relevanten Bereich –, dass diese Ordnungen eigenes Recht produzierten, ein Recht, das in seiner spezifischen Eigenkompetenz neben dem von der politischen Gewalt ausgehenden Recht gefordert war.«

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

heit und Typizität als einen Reichtum zu setzen, der sich mit anderen ebenso als Reichtum verstandenen *propria* konfrontieren lässt« (260). Vielfalt in Einheit, Selbstorganisation, ein langsames Wachsen, getrieben von den Bedürfnissen der Praxis, kennzeichnen diese neue, seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts im Entstehen begriffene Ordnung.

Bei der Herausbildung dieser neuen Ordnung – und darauf liegt der Schwerpunkt des Vortrags, gehalten, als Grossi bereits seit einigen Jahren Richter am italienischen *corte costituzionale* war – nehmen Juristen als Richter und als Wissenschaftler eine zentrale Rolle ein. Grossi illustriert dies an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Grundrechten.[13] Diese europäische Rechtsfortbildung, die das Europarecht weit über die vier Grundfreiheiten des gemeinsamen europäischen Marktes hinausgeführt habe, sei nur möglich gewesen, weil die Gerichte durch eine extensive teleologische Interpretation Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts herausgearbeitet und deren Einhaltung gegenüber den Institutionen wie auch den Mitgliedsstaaten eingefordert hätten (262). Eine besondere Bedeutung hätte dabei die Vorstellung einer gemeinsamen Verfassungsüberlieferung gehabt. Die Überlieferungen seien im Wege der Auslegung »als Prinzipien identifiziert, interpretiert und konsolidiert« worden, die Richter hätten in der Tradition »nach Werten zur Verankerung von Prinzipien« gesucht und dabei auf entscheidenden Vorarbeiten der Rechtswissenschaft aufbauen können.[14] Die *Principles of European Contract Law*, aber auch die vielfältigen anderen Initiativen zur Harmonisierung des Zivilrechts, die von den europäischen Institutionen genutzt und zum Teil sogar gefördert worden seien, sieht er als charakteristischen Einschnitt in der europäischen Rechtsgeschichte. Denn »über die Normen hinaus zählen die Prinzipien. Es handelt sich um den Ausgang aus einem streng positivistischen Ansatz, dem Kapitalfehler des *civil law*, das sich heute als unangemessen erweist, um unsere postmoderne Gesellschaft zu ordnen« (264–265).

1.3 Globalisierung

In dieser Entwicklung des Rechts in Europa und des europäischen Rechts sieht Grossi nun Ähnlichkeiten mit der gegenwärtigen Herausbildung von transnationalem oder globalem Recht – Prinzipien, Regeln und Institutionen, die vor allem von privaten Akteuren aus »lebendiger Erfahrung« hervorgebracht würden. Relativ kurz nur deutet er an, was er an anderer Stelle im Hinblick auf die Entstehung des Rechts der Postmoderne ausführlicher dargelegt hat: die historischen Umstände, die zum Scheitern des juristischen Absolutismus führen mussten, vor allem die Krise des Staates der Moderne und die Wiederentdeckung gesellschaftlicher und normativer Pluralität, die auch durch den Ersten Weltkrieg intensivierte Faktenbezogenheit (die *fattualità economica e sociale*) des Rechts, einschließlich der Zuwendung zum *uomo in carne ed ossa*.[15] Beide Ordnungen, die europäische und die des globalen Rechts, so fasst Grossi am Schluss seines Frankfurter Vortrags zusammen, seien aus ökonomischen Bedürfnissen hervorgegangen, unvollständig, »auf der Suche nach sich selbst«. Beide bedürften des Juristen, um dem Ordnungsbedarf Rechnung zu tragen. Da Globalrecht unabhängig von Staaten sei, aber dennoch Mechanismen der Streitbeilegung vorsehen müsse, gerate auch heute der Richter wieder in eine zentrale Rolle. Denn es sei die richterliche Interpretation, wie er an anderer Stelle zugespitzt formulierte, die »zwischen altem Recht und neuen Tatsachen« vermittele.[16] Vor allem aber brauche das Recht in einer globalen Welt »elastische Quellen, die sich seismographisch der Bewegung und Veränderung anpassen. Und elastischen Quellen hat sich bis heute vor allem das europäische Recht auf seinem schwierigen Weg anvertraut« (266). Hier, so schließt Grossi, liege eine weitere Botschaft – und die Vitalität – des

13 Angefangen beim Urteil *Stauder* von 1969 über die Berufung auf gemeinsame Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten im Urteil *Internationale Handelsgesellschaft* (Urteil vom 17. Dezember 1970, 11/70) zum Urteil *Nold* (Urteil vom 14. Mai 1974, 4/73).

14 In der gemeinsamen Verfassungsüberlieferung »bündeln sich so tief verwurzelte, tatsächlich gelebte Erfahrungen dergestalt, dass sie mit der Geschichte eines Volkes verschmelzen, und sie müssen als ein Schatz von Werten betrachtet werden, aus denen sich ein Fundus von Grundsätzen und schließlich von Grundrechten ergibt«, Grossi (2014a) 262–263.

15 Zuletzt knapp zusammengefasst in Grossi (2021b) 163–165.

16 Grossi (2009b) 220: »Die Rechtswissenschaft des Spätmittelalters ist nicht romanistische Exegese. Sie ist im Gegenteil Interpretation im authentischen Sinn des Wortes, nämlich Vermittlung zwischen altem Recht und neuen Tatsachen.«

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

europäischen Rechts im Mittelalter und der europäischen Integration für das Recht in der Globalisierung.

1.4 Die Rolle des Juristen

Man muss kein intimer Kenner des Grossi'schen Werks sein, um in dem Vortrag die Grundmelodie seines Denkens wiederzuerkennen, das er in zahlreichen Büchern und Vorträgen über Jahrzehnte immer wieder dargelegt hat: Die typologische Zuspitzung der Rechtsgeschichte des Mittelalters bis zum 14. Jahrhundert, die scharfe Kontrastierung des *ordine giuridico medievale* mit der juristischen Moderne, die Vorstellung der Unvollständigkeit des mittelalterlichen Rechts und der relativen Autonomie, die leidenschaftliche Kritik am neuzeitlichen Staat, das Interesse an Übergangsperioden und am Recht in der Globalisierung. Es fallen zentrale Begriffe wie die Vorstellung der Faktenbezogenheit *(fattualità)* des Rechts, dessen »Fleischlichkeit« *(carnalità)*, die Bedeutung von Erfahrung und Überlieferung, der Begriff der Ordnung und der Rechtsquellenvielfalt.

Charakteristisch ist auch, wie er weit auseinanderliegende Epochen miteinander in Beziehung setzt. Ein verbindendes Element zwischen den Epochen des Mittelalters und der Postmoderne liegt in der besonderen Rolle, die Grossi den Juristen zuweist. Indem sie nach Antworten auf die Probleme der Menschen suchen, sorgen sie für Lebensnähe, Vielfalt und Einheit des Rechts. Ihr zentrales Instrument ist die *interpretatio*, ihre große Leistung die Prinzipienbildung. Grossi hat sich auch deswegen immer wieder, und verstärkt seit seiner Zeit als Verfassungsrichter, mit der juristischen Auslegungslehre beschäftigt, und zwar nicht allein als historisches Phänomen, sondern als juridische Praxis der Gegenwart. Zunächst geschah dies meist im Rahmen seiner Überlegungen zu den Rechtsquellen, in den letzten Jahren unter der Überschrift der *invenzione del diritto*.[17] Blicken wir wegen dieser zentralen Bedeutung der juridischen Interpretation etwas näher auf diese Vorstellung von juristischer Auslegung, von *invenzione*, »Rechtsfindung«.

2. Interpretationslehre

Wie für die meisten Juristen ist auch für Grossi juristische Auslegung zunächst eine intellektuelle Operation, die Juristen durchführen, um aus dem geltenden Recht Lösungen für konkrete Probleme herauszuarbeiten. Sie wirken damit an der kontinuierlichen Fortbildung der Rechtsordnung mit, als Praktiker oder als Wissenschaftler. In letzterem Fall arbeiten sie Prinzipien heraus, die wiederum der Praxis zugrunde liegen und dabei helfen, die Vielfalt in einer Einheit zu integrieren. Was Grossis Interpretationsbegriff nun von anderen unterscheidet, ist sein Verständnis davon, was als »geltendes Recht« zu verstehen ist, konkret: seine Anerkennung von anderen Rechtsquellen als der des staatlichen Gesetzes. Er ist ein überzeugter Vertreter eines Rechtspluralismus.

2.1 Rechtsquellen

Mit dieser Rechtsquellenlehre geht er einen deutlichen Schritt über die heute üblichen Auslegungslehren hinaus.[18] Zwar beschränken auch diese sich natürlich nicht darauf, die historische Bedeutung eines Wortes, den Zusammenhang oder den allgemeinen Sprachgebrauch zu rekonstruieren.[19] Auch traditionelle Auslegungslehren nehmen den Wortlaut nämlich lediglich zum Ausgangspunkt. Mit einer teleologischen Auslegung kommen sie – wie Grossi am Beispiel des europäischen Gerichtshofs gezeigt hat – zu Ergebnissen, die in vielen Fällen nicht mehr von dem gedeckt sind, was vom Gesetzgeber ursprünglich bei Erlass einer Regelung vorgesehen war. Eine teleologische Interpretation wird – wie strenggenommen jede Auslegung – z. B. Prinzipien einbeziehen, die sich nicht unmittelbar in der gesetzlichen Grundlage, vielleicht auch nicht einmal in der geschriebenen Verfassung finden lassen, sondern von der Wissen-

17 Vgl. Grossi (2017); zu den Rechtsquellen Grossi (2021b).

18 Vgl. z. B. die Darstellung bei Möllers (2021) 43 ff. zu den Rechtsquellen; a. a. O. 87 ff. zu sekundären Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen.

19 Vgl. zur Auslegungspraxis kontinentaleuropäischer Gerichte Vogenauer (2001), dort auch zu Zweck und außergesetzlichen Wertungsmaßstäben in Deutschland, 44–48; vgl. auch Möllers (2021) 87 ff.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

schaft formuliert worden sind. In dieser Verwiesenheit auf außerhalb der unmittelbaren staatlichen Legitimationskette produziertes Wissen liegt ein grundlegendes Problem der juristischen Auslegungslehre, und in wohl allen Rechtsordnungen werden Vorschläge diskutiert, wie man die notwendigen Auslegungsspielräume schafft und zugleich begrenzt.[20]

Doch Grossi hat eine demgegenüber nochmals deutlich weitere und andersartige Vorstellung davon, was als »Rechtsquelle« anzusehen ist und damit zum Hilfsmittel der Interpretation werden kann. Er drückt dies mit dem Begriff der *invenzione* aus und bezieht sich auf die lateinische Bedeutung des Wortes *invenire*, finden.[21] Beim *invenire* handelt es sich für Grossi um eine aktive, engagierte, auch konstruktive, aber – wie er hervorhebt – keineswegs »kreative« Tätigkeit. Aktiv, engagiert, konstruktiv, weil sie sich nicht auf die Auslegung des Wortlauts einer (staatlichen) Rechtsquelle beschränke. Aber nicht »kreativ«, weil sie das Recht nicht schafft: Denn das Recht ist aus Grossis Sicht bereits da, vorfindlich. »Interpretation« als »*invenzione*«, also »Rechtsfindung«, bedeutet, diese Realität richtig zu lesen und in eine rechtliche Sprache zu fassen. Die von Juristen formulierte Norm ist für Grossi damit – ganz im Einklang mit Santi Romano – Ausdruck der bestehenden Ordnung; es gibt aus seiner Sicht einen ontologischen Vorrang der Ordnung vor der Norm.[22]

2.2 *Ordnung und Überlieferung*

Genau diese Vorstellung von Ordnung, so führt Grossi verschiedentlich aus, habe auch der italienischen Verfassung von 1948 selbst zugrunde gelegen: Die Verfassungsväter hätten – in einem revolutionären Bruch mit der etatistisch-legalistischen Tradition – »aufgelesen« und in Worte gefasst, was sie in der Gesellschaft gefunden hätten, nämlich verdichtete Wertvorstellungen *(sostratto valoriale)*, die nach der Erfahrung der Diktatur nun frei geäußert werden konnten.[23] Der Verfassungstext habe das Ergebnis dieser Beobachtung lediglich sprachlich festgehalten. Die Wertvorstellungen (der *complesso dei valori*) seien »durch die weisen Hände der *Patres* in Prinzipien transformiert worden und haben die Form von 139 Artikeln angenommen«.[24] Sie hätten aus der Erfahrung des Unrechts mit dem Bekenntnis zu Humanität und der Würde der Person in der Verfassung die Brücke zum Leben, den Bedürfnissen der Menschen und deren Wertvorstellungen gebaut.[25]

Diese – der Schriftfassung eines 2017 in italienischer Sprache gehaltenen Vortrags entnommenen – Formulierungen stehen dem sehr nahe, was Grossi in seinem Frankfurter Vortrag 2013 in einer die historische Dimension etwas stärker akzentuierenden Weise »Überlieferung« genannt hat. In der Verfassungsüberlieferung, so Grossi, »bündeln sich so tief verwurzelte, tatsächlich gelebte Erfahrungen dergestalt, dass sie mit der Geschichte eines Volkes verschmelzen, und sie müssen als ein Schatz von Werten betrachtet werden, aus denen sich ein Fundus von Grundsätzen und schließlich von Grundrechten ergibt«.[26] Anschaulich und auf die Interpretationslehre bezogen formuliert er diesen Gedanken auch in einem Vortrag zum *Sistema moderno delle fonti del diritto* vor der *Scuola Superiore della Magistratura* vom September 2021, also wenige Monate vor seinem Tod. Hier hebt er hervor, die Verfassung erschöpfe sich nicht im geschriebenen Text, die Artikel der Verfassung seien vielmehr nur die Spitze eines »zum großen Teil versunkenen Kontinents«, den die Schöpfer der Verfassung in einen unter historisch kontingenten Umständen entstandenen Text aufgenommen hätten.[27]

Eine solche Vorstellung von Recht hat Folgen für die juristische Auslegung: Die Verfassung der italienischen Republik ist für Grossi zu einem großen Teil nicht dem Text selbst zu entnehmen.

20 Vgl. z. B. oben Möllers (2021) sowie aus der Perspektive der Verfassungsgerichte insbesondere den Überblick bei Vosskuhle (2021); zu den Entscheidungsregeln, Argumentationsmustern, Rechtsfiguren, die den Spielraum öffnen und begrenzen, auch Vosskuhle (2018) Rz. 37 ff.

21 Grossi (2017).

22 Vgl. Grossi (2010c) 227: »Ordenamiento más que norma; ordenamiento antes que norma. No estamos frente a un banal cambio lexical; estamos, por el contrario, frente al resultado de la opción fundamental de cambiar de ángulo de observación, de contemplar el derecho desde el mismo tejido donde se genera, arraiga y se consolida, antes que desde una cima donde el objeto, demasiado lejano, viene desenfocado y falseado.«

23 Vgl. Grossi (2017) 39 ff.

24 Grossi (2018) 16: »ma ricercando e reperendo, indi *leggendo* e *trascrivendo* in un testo destinato a consolidare il risultato di questa *lettura* […]«, Kursivierungen im Original.

25 Aufschlussreich zum Beispiel Grossi (2013) 40 ff.

26 Grossi (2014a) 262–263.

27 Grossi (2021b) 171–172.

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Die Verfassung werde vielmehr von einem Wertekomplex *(complesso valoriale)* repräsentiert. Dieser Wertekomplex sei keineswegs historisch stabil, versteinert, kristallisiert, sondern im Gegenteil wandlungsfähig: wie Gewohnheiten sich wandelten, so auch der *complesso valoriale* – denn er ist *connesso al lento itinerario del costume*. Genau für die Übersetzung dieser kontinuierlich sich wandelnden Erfahrung der Gemeinschaft sieht Grossi die Juristen als Experten an, ob als Richter oder auch als Rechtswissenschaftler: Nicht als passive Exegeten, sondern als *inventori-interpreti* müssten sie die Normen aus der gelebten wirklichen Verfassung, also der Ordnung, herausarbeiten.[28]

2.3 Institutionalismus und Interpretationslehre

Grossi selbst hat nie ein Geheimnis daraus gemacht, dass seine Vorstellung von Recht, Rechtsquellen und Interpretation maßgeblich von Denkern wie Santi Romano, Francesco Calasso und anderen Rechtswissenschaftlern der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts beeinflusst ist.[29] Im Gegenteil, Romanos Kritik an der Moderne und deren Rechtsquellenmonismus schien ihm auch noch zu Beginn des 20. Jahrhunderts von »außergewöhnlicher Aktualität für den heutigen Juristen«.[30] Es überrascht vor dem Hintergrund der Nähe von Santi Romanos und Carl Schmitts Institutionalismus und angesichts des Grossi'schen Ordnungsdenkens deswegen auch nicht, dass Grossi sich in einem von ihm selbst als stärker theoretisch bezeichneten Beitrag ausdrücklich auf den Schmitt'schen und den Brunner'schen Verfassungsbegriff beruft.[31]

Das wirft natürlich gerade für den deutschen Leser eine Reihe von Fragen auf, haben sich das Schmitt'sche und Brunner'sche konkrete Ordnungsdenken in der deutschen Geschichte doch in verhängnisvoller Weise mit dem Nationalsozialismus verflochten.[32] Problematisch erscheint an einer solchen Referenz dabei weniger die unselige historische Rolle eines Carl Schmitt oder Otto Brunner. Schwerer wiegt, dass im Nationalsozialismus die strukturelle Offenheit der Auslegungslehre des institutionellen Ordnungsdenkens für außerrechtliche Wertungen, die damit einhergehende Manipulierbarkeit des Rechts und die damit verbundene Schwächung von rechtsstaatlichen Garantien deutlich geworden ist. So hat Bernd Rüthers in einer bahnbrechenden Publikation zur juristischen Methode im Nationalsozialismus bereits 1967 die Gefahren einer auf konkretem Ordnungsdenken beruhenden Auslegungslehre scharfsichtig analysiert. Er rekonstruierte die »unbegrenzte Auslegung« im institutionellen Rechtsdenken, das er als eine Art »Wunderwaffe« der Rechtsfortbildung bezeichnet: Sein und Sollen fielen »auf eine methodisch ungeklärte Weise zusammen mit der Folge, daß aus der institutionell gedeuteten Wirklichkeit bestimmte normative Forderungen als rechtsverbindlich abgeleitet werden«.[33] Es handele sich bei dem Begriff des überpositiven Rechtsinstituts »um einen komplexen, ideologisch durchtränkten Begriff, der nach dem Gemenge seiner verschiedenen Merkmale die Grenze zwischen Soziologie, Geschichte, Jurisprudenz und Metaphysik« aufgelöst habe.[34]

Grossi kannte diese Diskussion zweifellos, nicht zuletzt durch seine Verbindung zu Franz Wieacker, dem er einen einfühlsamen Nachruf widmete.[35] Er selbst war es auch, der Wieacker mehrfach zu einem Rückblick auf dessen eigenes, ganz im Geiste des konkreten Ordnungsdenkens geschriebenes,

28 Grossi (2021b) 172.

29 Grossi hat immer wieder betont, wie sehr er von den Arbeiten Santi Romanos (vor allem zur Vorstellung der Ordnung von 1918), Emilio Bettis (vor allem zur Hermeneutik von 1927), Giuseppe Capograssis (vor allem zur *esperienza* von 1937) und Francesco Calassos (vor allem zur rechtshistorischen Methode von 1947) geprägt ist. Grossi hat diese Autoren an Schlüsselstellen in seinem Werk und bis in seine letzten Vorträge immer wieder als maßgebliche Referenzen genannt, vgl. die biographischen Selbstzeugnisse z. B. Grossi (2009b); Grossi (2020). Noch in einem seiner wohl letzten Vorträge vom September 2021 schließt Grossi ausdrücklich an das für ihn seit der Studienzeit grundlegende *L'ordinamento giuridico* von Santi Romano von 1918 an, Grossi (2021b) 155. Die historische hermeneutische Methode erscheint ihm noch in den 1990er Jahren bereits in der Mailänder Antrittsvorlesung Emilio Bettis aus dem Jahr 1927 »perfekt definiert«, Grossi (1997) 19.

30 Grossi (2010c) 220.

31 Grossi (1997) 20; spanische Übersetzung in Grossi (2004).

32 Vgl. zum konkreten Ordnungsdenken als Theorie der wissenschaftlichen Rechtsfindung mit weiteren Nachweisen Schröder (2021) 42 ff.; zu Brunner, der neuen Verfassungsgeschichte und der Verbindung von Verfassungsgeschichte und Rechtspolitik bei Brunner und Schmitt ausführlich Grothe (2005) 297–309.

33 Rüthers (1997) 291.

34 Rüthers (1997) 277–323, Zitat 293.

35 Grossi (2014b).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

1935 publiziertes Buch zur Eigentumsverfassung gedrängt und diesen Beitrag in den *Quaderni fiorentini* 1976/77 veröffentlicht hatte.[36] Auch wenn der deutsche und der italienische Fall aus vielerlei Gründen nicht vergleichbar sind, Santi Romano trotz seiner Aufgeschlossenheit dem faschistischen Regime gegenüber kein Carl Schmitt war und Grossi vor dem Hintergrund der italienischen Zeitgeschichte und deren Erfahrung gelesen werden muss, veranlasst die deutsche historische Erfahrung zu der Frage, ob sich nicht auch das italienische institutionelle Rechtsdenken mit denselben Einwänden auseinandersetzen muss, die in der deutschen Diskussion erhoben worden sind. Verschwimmen nicht auch in ihm – und damit auch bei Grossi – die »Grenzen zwischen Soziologie, Geschichte, Jurisprudenz und Metaphysik«?

3. Typus oder Theorie?

Die Frage lässt sich vielleicht am besten durch eine Analyse des ontologischen Status beantworten, den Grossi selbst seinen Aussagen zubilligte. Arbeitete er historische Typen im Max Weber'schen Sinne heraus, die man einer historischen Soziologie zuordnen würde – oder zielte er auf eine historische Rechtstheorie in normativer Absicht?

Auf den ersten Blick scheint Grossi tatsächlich bloß historische Typen zu bilden und lediglich in dialektischer Weise miteinander in Verbindung zu setzen. Rechtshistorische Befunde sollten, wie er in seinem Frankfurter Vortrag hervorhob, »in ein dialektisches Verhältnis zu unserem heutigen Bewusstsein« gesetzt werden, »wobei *das einzige Ziel* darin besteht, dieses komplexer zu machen, zu bereichern und zu größerer Reife zu bringen«.[37] Besonders deutlich ist das Bemühen um eine Typenbildung auch in dem von ihm selbst als grundlegend bezeichneten, in verschiedene Sprachen übersetzten Beitrag *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)* von 1996.[38] Hier dient ihm gerade das Verhältnis von Recht und Staat dazu, unterschiedliche Epochen zu charakterisieren. In der Moderne komme der Staat vor dem Recht, in der mittelalterlichen Verfassung habe das Recht dagegen einen ontologischen und geschichtlichen Vorrang: »Zuerst war das Recht.«[39]

Eine solche Gegenüberstellung unterschiedlicher Typen von Recht im Mittelalter, in der Moderne und in der Postmoderne heißt allerdings nicht, dass diese Typen für Grossi gleichrangig wären. Im Gegenteil: Ähnlich wie für Calasso, hat sich auch für Grossi im mittelalterlichen Recht nicht nur irgendein Typus herausgebildet. Sondern es ist gerade der Typus des mittelalterlichen Rechts, in dem sich Grossis Vorstellung von Recht insgesamt am deutlichsten verwirklicht. Das zeigt sich nicht nur an der Faszination, mit der Grossi den mittelalterlichen *ordine* beschreibt. Es wird auch deutlich an seiner Kritik der Moderne, die durchzogen ist von einer Kontrastierung mit einem Idealbild des Rechts, das der mittelalterlichen Rechtsverfassung entspricht. Das Recht der Moderne erscheint ihm als Reduktionismus und Verfallsform, es war für ihn eben nicht »das Recht«, sondern nur ein kleiner Ausschnitt dessen, was »Recht« ist. Auch seiner allgemeinen – für gestern, heute und morgen formulierten[40] – Interpretationslehre liegt ein aus rechtshistorischer Analyse gewonnenes Modell zugrunde: Nämlich die Vorstellung der *iurisdictio*, wie sie von ihm und seinen Schülern herausgearbeitet worden ist.[41] Grossis rechtshistorisch gegründete und letztlich auf verschiedene Epochen angewandte Interpretationslehre ist insofern ein klassischer Fall rechtshistorischer Theoriebildung mit normativem Anspruch.[42]

Eine solche historische Theoriebildung, das Changieren zwischen historischem Typus und Theorie, die Suche nach einem Sollen im Sein, hat lange Tradition in der Rechtsgeschichte. Schon die Historische Rechtsschule bemühte sich darum, aus einer historischen Analyse auf Institutionen zu schließen, die von Juristen gefunden und in Normen gegossen wurden. Viele Rechtshistoriker des späten 19. und 20. Jahrhunderts verbanden mit ihrer historischen Arbeit die Hoffnung auf die Einsicht in bleibende Strukturen – man denke

36 Wieacker (1976/1977).
37 Grossi (2014a) 257, Kursivierung von T. D.
38 Grossi (1996); deutsche Fassung Grossi (1997); spanisch in Grossi (2004).
39 Grossi (1997) 22–25, Zitat 24.
40 So der Untertitel seines Vortrags, Grossi (2014a).
41 Vor allem natürlich Costa (1969).
42 So auch Luminati (2010).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

nur an (den für Santi Romano einflussreichen[43]) Otto von Gierke. Blickt man genauer hin, so trieb eine solche Hoffnung auch führende Rechtshistoriker des ausgehenden 20. Jahrhunderts an, in sehr unterschiedlicher Weise.[44] Grossi befand sich also in guter Gesellschaft, und er hatte die ausdrückliche Verbindung von historischen Typen und Theoriebildung auch bei den Juristen kennengelernt, die er als seine Lehrer ansah und die ihn besonders faszinierten: Francesco Calasso hatte, wie Grossi selbst hervorhebt, »aus der Romano'schen Konstruktion das interpretative Schema für das gesamte Rechtswesen des Mittelalters« gemacht,[45] und Santi Romano sei überzeugt gewesen, dass sich im italienischen Mittelalter seine Theorie des Rechts als Ordnung und Pluralität »vollständig verwirklicht habe«.[46] In Romanos Analyse und Calassos Aneignung sah Grossi sogar einen einzigartigen Moment der Verbindung von theoretischer und historischer Analyse.[47]

4. Rechtsgeschichte jenseits der Moderne

Muss man nun Grossis Ontologie teilen, muss man sich auf Carl Schmitts konkretes Ordnungsdenken, Otto Brunners Verfassungsbegriff oder Santi Romanos Institutionalismus einlassen, um an Grossis Werk anzuknüpfen? – Nein, es geht auch ohne sie. Auch eine sich als konstruktivistisch verstehende Historiographie kann nämlich Theorien fruchtbar machen, indem man sie als interpretative Schemata verwendet. Dann werden Theorien zu Methoden: Blickt man beispielsweise durch die Brille des Institutionalismus, sieht man bestimmte Strukturen, die man vielleicht sonst nicht beobachtet hätte. Der Preis für diese Nutzung von Theorie als Methode ist zwar ein geringerer Geltungsstatus der Aussagen – denn die Ergebnisse einer konstruktivistischen Beobachtung erheben nicht den Anspruch, normative Orientierung zu bieten. Der Gewinn freilich liegt in einer höheren Komplexität der Analyse.

4.1 Eine Alternative zur Rechtsgeschichte als Kind der Moderne

In diesem Sinn dürfte ein besonderes Verdienst Grossis darin bestehen, dass er in seinen Arbeiten zur Rechtsgeschichte des europäischen Mittelalters und ausgehend vom institutionellen Rechtsdenken Möglichkeiten für das aufgezeigt hat, was man eine »Rechtsgeschichte jenseits der Moderne« nennen könnte.[48] Damit ist nicht eine Rechtsgeschichte der Postmoderne oder der Nachmoderne gemeint, sondern eine Rechtsgeschichte, die sich von Methoden, Grundbegriffen und intellektuellen Praktiken emanzipiert, die sie im 19. und 20. Jahrhundert, also in der Moderne, geprägt haben. Das erscheint nötig, denn die Rechtsgeschichte als Fach zielte jedenfalls seit ihrer prägenden Neuausrichtung durch die Historische Rechtsschule im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts darauf, historische Erfahrung in den Dienst der Herausbildung eines Rechts für die Nationalstaaten zu stellen – ein Ziel, an dem sie jedenfalls in Kontinentaleuropa auch nach der Emanzipation der Rechtswissenschaft vom historischen Paradigma festhielt. Ihr am europäischen Staat der Moderne orientierter Rechtsbegriff, die spätestens nach dem Zweiten Weltkrieg offen oder unterschwellig wirkenden Theorien der Modernisierung, Rationalisierung und Säkularisierung, die weitgehende Ausgrenzung von Religion und Ethik aus dem Blickfeld der Rechtsgeschichte, meines Erachtens auch die Konzeption der Rechtsgeschichte als Geschichte von Juristenrecht, sind nur einige Kennzeichen dieser Rechtshistoriographie, die in der europäischen Moderne entstanden ist und von ihr geprägt wurde.

Grossis Unbehagen an dieser juristischen Moderne ließ ihn eine Welt analysieren, die gerade anders war. Seine Analyse des Rechtspluralismus, zur Bedeutung von Kollektiven, zur juristischen Erfahrung und zu normengenerativer Praxis – also sein am institutionellen Rechtsdenken und an historischen Quellen geschultes Auge – stellen damit der Rechtsgeschichte bis heute Instrumente

43 Fuchs (1979) 117 ff.
44 Vgl. z. B. zu Coing Duve (2012) 43–45; zu Landau Duve (2021a).
45 Grossi (1997) 26.
46 Grossi (2009b) 216.
47 Grossi (1996) 54: »fue un momento singular de sintonía – aún diré más: de colaboración – entre análisis teórico y análisis histórico, demostrando lo fructífero de una ciencia jurídica concebida unitariamente sin descomposiciónes antinatural entre ›historia‹ y ›dogma‹ , como desgraciadamente se decía durante un tiempo.«
48 Vgl. ausführlicher Duve (2021b); spanisch Duve (2022).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

zur Verfügung, die es ihr ermöglichen, auch andere Perioden und Regionen zu analysieren: jenseits der Grundbegriffe, Methoden und Fragestellungen der an der Moderne gebildeten rechtshistorischen Forschungspraxis. Auch die europäische Moderne selbst kann in einem anderen Licht erscheinen, wenn wir sie aus dieser Perspektive und nicht mit dem Instrumentarium einer Rechtsgeschichte als Kind der Moderne betrachten: Kollektive Rechtserzeugung, nichtstaatliches Recht sowie andere als staatlich gesetzte Normen sind in den letzten Jahrzehnten nicht zuletzt durch Grossis Anregungen sichtbarer geworden und haben zu deutlichen Veränderungen unseres Bildes auch von Rechtsgeschichten der Moderne geführt. Das gilt vor allem für die Rechtsgeschichten in Italien, aber auch in Spanien – man denke nur an das Werk Bartolomé Claveros oder die Forschungen der Gruppe HICOES –, in Portugal – vor allem durch António Manuel Hespanha – und in manchen Ländern Lateinamerikas, z. B. Argentinien, Brasilien und Mexiko. Einer Rechtsgeschichte jenseits der Moderne bedarf es im Übrigen nicht zuletzt für die Globalrechtsgeschichte, deren wesentliches Anliegen gerade darin besteht, eine nicht-eurozentrische – und damit nicht von der europäischen Moderne geprägte – Methode für die Analyse von Rechtsgeschichten zu entwickeln.[49]

4.2 Recht als soziale Praxis

Grossis – auf letztlich ein Jahrhundert zurückreichenden Grundlagen beruhendes – Rechtsdenken trifft sich hier in eindrucksvoller Weise mit neueren Tendenzen sozialwissenschaftlich und kulturwissenschaftlich inspirierter Rechtswissenschaft, nicht allein in Italien, wo das institutionelle Rechtsdenken anders als z. B. in Deutschland nie wirklich verschwand.[50] Denn wenn Grossi Recht als institutionelle soziale Praxis begreift, Gewohnheiten und die normative Kraft des Faktischen in den Mittelpunkt seiner Rechtsentstehungslehre rückt, so zeigen sich wichtige Parallelen zu heute diskutierten Vorstellungen pragmatischer Rechtserzeugung.[51] Recht wird auch in diesen neueren Rechtstheorien als Ergebnis medial gebundener sozialer Praxis verstanden, die von vielfältigen Arten des Wissens getragen ist. Ein wesentlicher Bestandteil dieses Wissens sind Praktiken, also wiederholte und ab einem bestimmten Punkt von den jeweiligen Kollektiven (oder in heutiger Sprache: epistemischen Gemeinschaften) gebilligte und erwartete Handlungen und Routinen – Grossi bezeichnet dieses Phänomen als Gewohnheiten.[52] Für die Theorien pragmatischer Rechtserzeugung ist auch die normative Kraft des Faktischen erneut zum Gegenstand des Nachdenkens geworden – so wie für Grossi.[53] Auch wird betont, dass es darum gehe, die für die juristische Moderne charakteristische Vorstellung einer Trennung von »Recht« und »Anwendung« zu überwinden, ganz wie es Grossi immer wieder gefordert hat.[54] In stärkerem Maße wird auch in diesen Diskussionen wieder nach Brücken zwischen dem Sein und Sollen gesucht, von manchen Autoren vor allem unter Rückgriff auf Erfahrungen.[55]

Diese neueren Überlegungen haben sich freilich bisher nur selten in rechtshistorische Methoden übersetzt. Hier dürfte Grossis Werk – auch wenn man den Schritt vom Sein auf das Sollen nicht mitvollziehen oder andere Aspekte wie die herausgehobene Rolle der Juristen in seiner Rechtsgeschichte für eine letztlich der Rechtsgeschichte der Moderne verhaftete Vorstellung halten mag[56] – auch für die Zukunft wegweisend bleiben.

■

49 Duve (2020).

50 Vgl. Fontanelli (2011); Croce (2020).

51 Vgl. Buckel (2020).

52 Grossi (2009b) 218: »Was zählt, sind die Rechtsgewohnheiten, anders gesagt, die zeitlich wiederholten und anerkannten Tatsachen, ein unmittelbarer Ausdruck der Dinge selbst, die bestimmte Regeln für sich reklamieren.«

53 Grossi (1996) 75: »En un mundo tan privado de revestimientos forzados, el Derecho se distingue por su decisiva ›factualidad‹: lo que no quiere decir que nazca del hecho (esto sería una banalísima observación), sino sobre todo que el hecho mismo tiene aquí una carga lo suficientemente vital para poder proponerse, sin el concurso de intervenciones extrañas, sino con la única condición de mostrarse dotado de eficacia, como un hecho auténticamente normativo, revelando la innata capacidad de ser protagonista per se de los distintos ordenamientos, donde llega a ser fuente en sentido formal.«

54 Grossi (2010c) 228: »Y la interpretación / aplicación venía situada fuera del proceso de formación de la *regula iuris*, como si fuese un mero apéndice pasivo, mientras se resaltaba la entidad numinosa de un legislador absolutizado al nivel de una divinidad.«

55 Vgl. dazu z. B. einige Beiträge in Gutmann (2018).

56 Zur Problematik der Rechtsgeschichte der Moderne als Geschichte von Juristenrecht vgl. Duve (2021b); spanische Fassung Duve (2022).

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

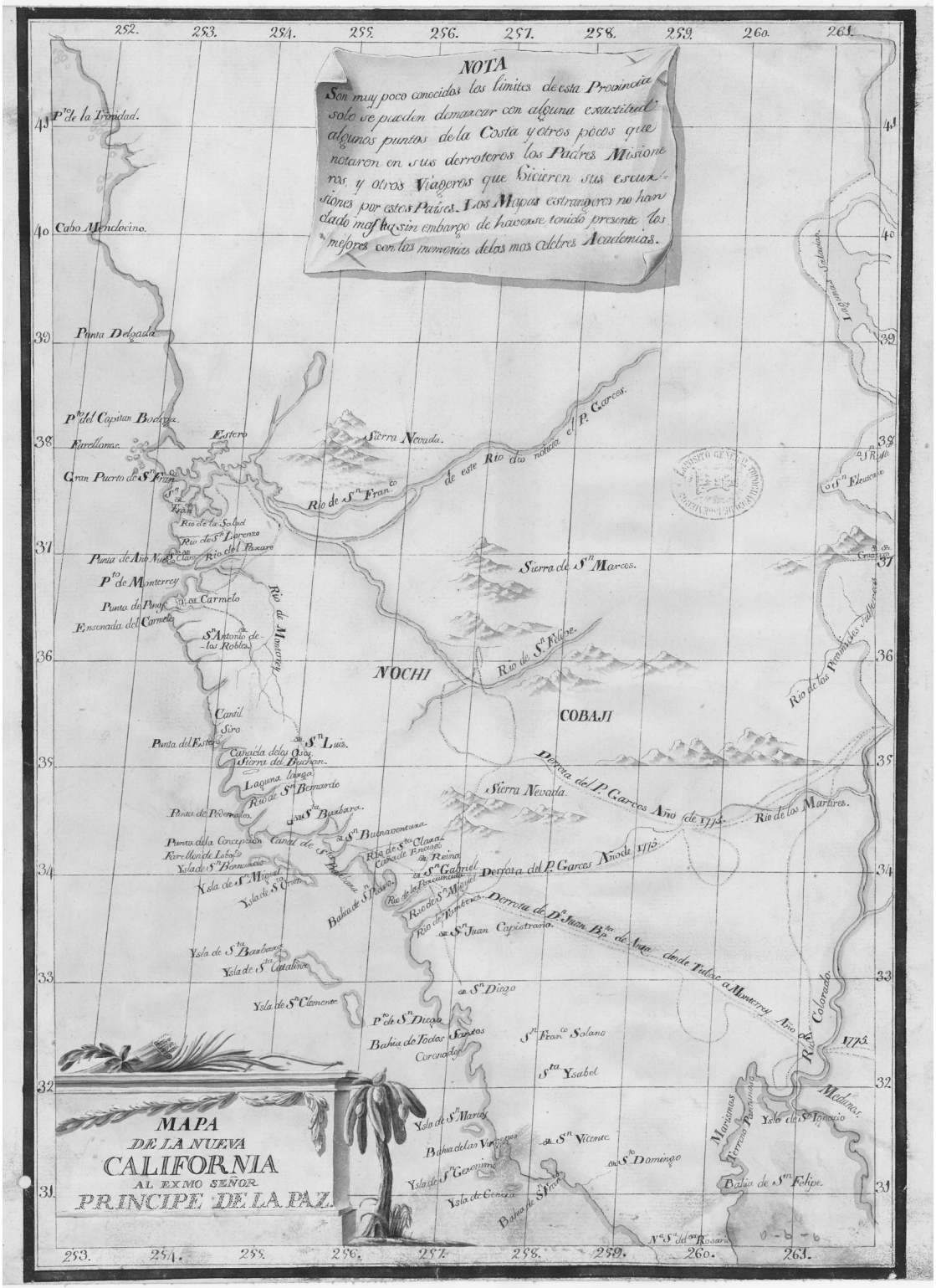
Bibliographie

- Buckel, Sonja et al. (Hg.) (2020), Neue Theorien des Rechts, Tübingen
- Costa, Pietro (1969), Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100–1433), Milano
- Croce, Mariano (2020), Italian Legal Institutionalism, in: Sellers, Mortimer, Stephan Kirste (Hg.), Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy, Dordrecht
- Duve, Thomas (2012), Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive, in: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 20, 18–71, http://dx.doi.org/10.12946/rg20/018-071
- Duve, Thomas (2020), What is Global Legal History?, in: Comparative Legal History 2, 73–115
- Duve, Thomas (2021a), »Prüft aber alles und das Gute behaltet«. Methode, Methodik und Motivation der Rechtsgeschichte Peter Landaus, in: Lepsius, Susanne (Hg.), Rechtsgeschichte, Kirchenrecht, Rechtsphilosophie. Zum Werk Peter Landaus, Tübingen, 11–27
- Duve, Thomas (2021b), Rechtsgeschichte als Geschichte von Normativitätswissen?, in: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 29, 41–68, http://dx.doi.org/10.12946/rg29/041-068
- Duve, Thomas (2022), Historia del derecho como historia del saber normativo, in: Revista de Historia del Derecho 63, 1–60
- Fontanelli, Filippo (2011), Santi Romano and *L'ordinamento giuridico*: The Relevance of a Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations, in: Transnational Legal Theory 2,1, 67–117
- Fuchs, Maximilian (1979), Die Allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos, Berlin
- Grossi, Paolo (1988), Epicedio per l'assolutismo giuridico (Dietro gli ›Atti‹ di un Convegno milanese e alla ricerca di segni), in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 17,1, 517–532
- Grossi, Paolo (1995), L'ordine giuridico medievale, Roma
- Grossi, Paolo (1996), El orden jurídico medieval, Madrid
- Grossi, Paolo (1997), Ein Recht ohne Staat. Der Autonomiebegriff als Grundlage der mittelalterlichen Rechtsverfassung, in: Morsey, Rudolf et al. (Hg.), Staat, Politik, Verwaltung in Europa. Gedächtnisschrift für Roman Schnur, Berlin, 19–30
- Grossi, Paolo (2003), Mitología jurídica de la modernidad, Madrid
- Grossi, Paolo (2004), Derecho, Sociedad, Estado (Una recuperación para el Derecho), Las Fuentes
- Grossi, Paolo (2006a), Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto, Milano
- Grossi, Paolo (2006b), Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista), in: ders. (2006a) 3–12
- Grossi, Paolo (2006c), Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi, in: ders. (2006a) 13–25
- Grossi, Paolo (2006d), Ancora sull'assolutismo giuridico (Ossia: dellar ricchezza e della libertà dello storico del diritto), in: ders. (2006a) 43–53
- Grossi, Paolo (2008), Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso, Bologna
- Grossi, Paolo (2009a), Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972–2001, Milano
- Grossi, Paolo (2009b), Ein Buch von 1995 und sein kultureller Plan, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung 126,1, 207–222
- Grossi, Paolo (2010a), Das Recht in der europäischen Geschichte, München
- Grossi, Paolo (2010b), De la codificación a la globalización del derecho, Pamplona
- Grossi, Paolo (2010c), Santi Romano: un mensaje para reflexionar en la moderna crisis de las fuentes, in: ders. (2010b) 219–240
- Grossi, Paolo (2013), La legalidad constitucional en la historia de la legalidad moderna y posmoderna, in: Martins-Costa, Judith, Laura Beck Varela (Hg.), Código. Dimensão histórica e desafio contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paolo Grossi, Porto Alegre, 31–47
- Grossi, Paolo (2014a), Die Botschaft des europäischen Rechts und ihre Vitalität: gestern, heute, morgen, in: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 22, 257–267, http://dx.doi.org/10.12946/rg22/257-267
- Grossi, Paolo (2014b), Un grande giurista del nostro tempo. Franz Wieacker (1908–1994), in: ders., Nobiltà del diritto. Profili di giuristi, Bd. 1, Milano, 339–361
- Grossi, Paolo (2017), L'invenzione del diritto, Bari
- Grossi, Paolo (2018), Della interpretatione como invenzione (La riscoperta pos-moderna del ruolo *inventivo* della interpretazione), in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 47, 10–19
- Grossi, Paolo (2020), Legal Historian and Lawyer, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 28, 95–106
- Grossi, Paolo (2021a), Oltre le storie nazionali. Il ›Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno‹ di Firenze fra passato e presente, in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 50, 739–759
- Grossi, Paolo (2021b), Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia, in: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto 98,2, 155–176
- Grothe, Ewald (2005), Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900–1970, München
- Gutmann, Thomas et al. (Hg.) (2018), Genesis und Geltung. Historische Erfahrung und Normenbegründung in Moral und Recht, Tübingen
- Luminati, Michele (2010), Eine Rechtstheorie für das Mittelalter?, in: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 17, 50–53, http://dx.doi.org/10.12946/rg17/050-053
- Möllers, Thomas M. J. (2021), Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., München
- Rüthers, Bernd (1997), Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 5. Aufl., Heidelberg
- Schröder, Jan (2021), Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990), Bd. 2, 3. Aufl., München
- Timoteo, Marina (2020), Grammatiche del diritto. In dialogo con Paolo Grossi, Bologna

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

- Vogenauer, Stefan (2001), Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. 1, Tübingen
- Vosskuhle, Andreas (2018), Kommentar zu Art. 93 GG, in: von Mangoldt, Hermann et al. (Hg.), Kommentar Grundgesetz, Bd. 3, 7. Aufl., München
- Vosskuhle, Andreas (2021), Karlsruhe unlimited? Zu den (unsichtbaren) Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: ders., Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte, Frankfurt am Main, 314–333
- Wieacker, Franz (1976/1977), Wandlungen der Eigentumsverfassung revisited, in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 5/6, 841–859

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH


NOTA
Son muy poco conocidos los limites de esta Provincia solo se pueden demarcar con alguna exactitud algunos puntos de la Costa y otros pocos que notaron en sus derroteros los Padres Misioneros, y otros Viageros que hicieron sus escursiones por estos Paises. Los Mapas estrangeros no han dado mas hasta sin embargo de haverse tenido presente los mejores con las memorias de los mas celebres Academias.
MAPA
DE LA NUEVA
CALIFORNIA
AL EXMO SEÑOR
PRINCIPE DE LA PAZ.
Pto de la Trinidad.
Cabo Mendocino.
Punta Delgada
Pto del Capitan Bordega.
Farellones
Estero
Sierra Nevada.
Gran Puerto de Sn Fran.co
Rio de Sn Fran.co
Rio de este Rio dio noticia el P. Garces.
Rio de la Salud
Rio de Sn Lorenzo
Rio del Pasaro
Punta de Año Nuevo
Pto de Monterrey
Punta de Pinos
Carmelo
Ensenada del Carmelo
Sn Antonio de los Robles
Rio de Monterrey
Sierra de Sn Marcos.
Rio de Sn Ridoro.
NOCHI
COBAJI
Canil
Siro
Punta del Estero
Sn Luis.
Cañada dels Osos
Sierra del Buchon.
Laguna larga
Rio de Sta Bernardo
Sta Barbara.
Sierra Nevada.
Derrota del P. Garces Año de 1775.
Rio de los Martires.
Punta de la Concepcion
Canal de Sn Bonaventura
Sn Buenaventura
Rio de Sto Clara
Cuna de Encino
Rio de Reina
Sn Gabriel
Rio de los Pescuecitos
Rio de Sn Miguel
Rio de los Humbres
Derrota del P. Garces Año de 1775.
Derrota de Dn Juan Bta de Anza desde Tubac a Monterrey Año de 1775.
Farellon de Lobos
Ysla de Sn Bernardo
Ysla de Sn Miguel
Ysla de Sta Rosa
Bahia de Sn Pedro
Sn Juan Capistrano.
Ysla de Sta Barbara
Ysla de Sta Catalina
Ysla de Sn Clemente
Sn Diego
Pto de Sn Diego
Bahia de Todos Santos
Coronados
Sn Fran.co Solano
Sta Ysabel
Rio Colorado
Madinas
Ysla de Sn Marcos
Bahia de las Virgenes
Ysla de Sn Geronimo
Ysla de Cenza
Bahia de Sn Francisco
Sn Vicente
Sn Domingo
Marismas
Rio de Sn Ignacio
Ysla de Sn Ignacio
Bahia de Sn Felipe
Nra Sra del Rosario
Rio de Sn Felipe
Rio de Sn Pedro
Rio de Sn Pablo
Rio de Sn Pablo
Rio de Sn Pablo

The series of historical images contained in this volume reflects the theme of the Focus section: Indigenous labor on the frontiers of the Spanish Empire.

S. 31 Globe and zodiac, in:
Battista Agnese, Atlas de Battista Agnese, manuscrito, 1544, no. 5, fol. 2
Biblioteca Digital Hispánica. Biblioteca Nacional de España
http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000023260&page=5

S. 51 Portolan chart of the Atlantic Ocean and the coasts of America, Africa, Europe, in:
Battista Agnese, Atlas de Battista Agnese, manuscrito, 1544, no. 8, fol. 5
Biblioteca Digital Hispánica. Biblioteca Nacional de España
http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000023260&page=8

S. 76 Views of the cities of Sevilla, Cádiz and Málaga (engraver Franz Hogenberg), in:
Georg Braun, Civitates Orbis Terrarum. Liber Primus, Coloniae Agrippinae 1577, no. 18
Biblioteca Digital Hispánica. Biblioteca Nacional de España
http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000000735

S. 91 Descripción de la provincial de Chile. Engraved map of Chile oriented east-west, with relief shown pictorially, in:
Antonio de Herrera y Tordesillas, Descripción de las Indias Occidentales, Madrid 1601
Courtesy of the John Carter Brown Library, JCB Map Collection, accession no. 15030
https://jcb.lunaimaging.com/luna/servlet/s/bq7kc4

S. 109 View of the city of Mexico (engraver Franz Hogenberg), in:
Georg Braun, Civitates Orbis Terrarum. Liber Primus, Coloniae Agrippinae 1577, no. 128a
Biblioteca Digital Hispánica. Biblioteca Nacional de España
http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000000735

S. 110 Diego de Rivera, The Arrival of Cortés, mural painting in the Palacio Nacional de México, 1951
Photo by Mary Ann Sullivan, 2010
https://homepages.bluffton.edu/~sullivanm/mexico/mexicocity/rivera/4870.jpg

S. 117 View of the city of Granada in 1563 (engraver Franz Hogenberg), in:
Georg Braun, Civitates Orbis Terrarum. Liber Primus, Coloniae Agrippinae 1577, no. 22
Biblioteca Digital Hispánica. Biblioteca Nacional de España
http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000000735

S. 131 Melchor Calderón, Tratado de la importancia y utilidad que ay en dar por esclavos a los indios rebelados de Chile, Madrid 1607, title page
Biblioteca Nacional de Chile
http://www.bibliotecanacionaldigital.gob.cl/visor/BND:8178

S. 145 Map of New Mexico, detail from: Plano Geográfico de la mayor parte de la America Septentrional Española, 1772
California State University, Monterey Bay, Pre-1824 Maps. 19
https://digitalcommons.csumb.edu/hornbeck_spa_1_a/19

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

S. 160 Karte der Philippinen, zur Darstellung der ethnographischen Verhältnisse, der administrativen Eintheilung und der gegenwärtigen geographischen Erkenntniss.
Entworfen von Prof. Ferdinand Blumentritt, bearbeitet und autographirt von B. Domann
Petermann's Geographische Mittheilungen, Ergänzungsheft N° 67, Gotha 1882
https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Karte_der_Philippinen,
_zur_Darstellung_der_ethnographischen_Verh%C3%A4ltnisse,_der_administrativen_Eintheilung.jpg

S. 173 View of the city of Cusco, Peru (engraver Franz Hogenberg), in:
Georg Braun, Civitates Orbis Terrarum. Liber Primus, Coloniae Agrippinae 1577, no. 128b
Biblioteca Digital Hispánica. Biblioteca Nacional de España
http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000000735

S. 214 Carte Hydrographique & Chorographique des Isles Philippines […], Dressée par le R. Père Pierre Murillo Velarde, de la Compagnie de Jésus sur les Cartes, les Rélations et les Navigations les plus exactes à Manille 1734. Par ordre de Sa Majesté. Tirée de l'Original, et réduite en cette forme par George Maurice Lowitz, Profess. en Mathem. à Nuremberg l'an 1750, Nürnberg 1760
Courtesy of the John Carter Brown Library, JCB Map Collection, accession no. C-7301
https://jcb.lunaimaging.com/luna/servlet/s/ide677

S. 215 Anonymous manuscript map of Luzon, Philippine Islands, with part of Mindoro, ca. 1720
Courtesy of the John Carter Brown Library, JCB Map Collection, accession no. C-6611
https://jcb.lunaimaging.com/luna/servlet/s/cj129j

S. 311 [Natives of Chile]. Engraving, in:
Diurnal der nassawischen Flotta, oder Tagregister, vnd historische, ordentliche Beschreibung einer gewaltigen mächtigen Schiffahrt, vmb die gantze Erdkugel rund vmbhr […], Strassburg 1624, plate following p. 28
Courtesy of the John Carter Brown Library, JCB Archive of Early American Images, accession no. 02493
https://jcb.lunaimaging.com/luna/servlet/s/wp774w

S. 312 Tomás López de Vargas Machuca, Engraved map of part of Chile showing the area disputed by the Spanish and the Araucanians from Salinas to Valdivia / Mapa de una parte de Chile, que comprehende el terreno donde pasaron los famosos hechos entre Españoles y Araucanos
Compuesto por el mapa manuscrito de Poncho Chileno, Madrid 1777
Courtesy of the John Carter Brown Library, JCB Map Collection, accession no. 30460
https://jcb.lunaimaging.com/luna/servlet/s/k8i4j9

S. 326 Map of California / Mapa de la Nueva California al exmo. Señor Príncipe de la Paz, ca. 1795
California State University, Monterey Bay, Pre-1824 Maps. 47
https://digitalcommons.csumb.edu/hornbeck_spa_1_a/47

S. 333 Portolan chart of the Indian Ocean and the African and Asian coasts, in:
Battista Agnese, Atlas de Battista Agnese, manuscrito, 1544, no. 9, fol. 6
Biblioteca Digital Hispánica. Biblioteca Nacional de España
http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000023260&page=9

S. 345 The four continents and twelve types of wind, in:
Battista Agnese, Atlas de Battista Agnese, manuscrito, 1544, no. 17, fol. 14
Biblioteca Digital Hispánica. Biblioteca Nacional de España
http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000023260&page=17

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Dieter Grimm

Constitutional History as an Integral Part of General History: The German Case

The German Constitution (»Basic Law«) of 1949 is generally regarded as a successful and effective constitution. Many attribute the altogether lucky development of the Federal Republic of Germany not least to this constitution and its interpretation and implementation by the Federal Constitutional Court. However, neither the Basic Law nor the jurisprudence of the Constitutional Court play a significant role in the books of historians on the Federal Republic. The article argues that the influence of constitutional law on political behavior and social relations is a decisive factor for the situations, developments and events that historians want to describe and explain. A number of examples show where the objects of contemporary historiography cannot be adequately understood and interpreted without regard to the Basic Law and the judgements of the Federal Constitutional Court.

Keywords: Federal Republic of Germany, German constitution (Basic Law), Federal Constitutional Court, historiography

■

Jan Thiessen

Behindert das (deutsche) Recht die zeithistorische Forschung?

Contemporary History is history that is »still smoking« (Barbara Tuchman). Since there is no smoke without fire, contemporary historical research deals with historical eras or events that continue to be widely discussed due to political controversies persisting up to the present day. Moreover, contemporary historical research is subject to numerous legal restrictions. This is particularly true for contemporary legal history. Academic freedom and freedom of information have to be weighed against personality rights and judicial independence. In that light, the article reviews essential provisions of German law regarding the legal access to historical sources, especially the Federal Archives Act, and illustrates practical issues in writing contemporary legal history.

Keywords: contemporary legal history, archival law, academic freedom, freedom of information

■

Jakob Zollmann

Recht sprechen über »besondere Gebilde« – die koloniale Gerichtsbarkeit und das Reichsgericht

Recent historiography has shown how European rule and trade in the colonies shaped the law and the jurisprudence of courts in both the colonies and the metropole. Based on the case law of the highest German courts, in particular the Supreme Court *(Reichsgericht)*, this article traces court practice in Germany and in the German »protectorates« *(Schutzgebiete)* as it related to colonial trade and rule. First, the article highlights a number of colonial legal issues that were tried in German courts before the German Empire formally became a colonial power in 1884. It then analyses the structure of the so-called »non-native jurisdiction« in the German colonies as an element

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

of colonial state order. A hierarchy of courts was established that reached up to the *Reichsgericht* in Leipzig. Finally, the article analyses concrete decisions of the senates of the *Reichsgericht* in criminal matters that were based on colonial facts and / or colonial legal questions. These court decisions indicate how the colonies were exoticised in German jurisprudence or, on the contrary, if necessary normalised in order to correspond to (colonial) political objectives in the *Kaiserreich*.

Keywords: German imperial Supreme Court *(Reichsgericht)*, administration of justice, colonial laws, Africa, imperialism

■

József Szabadfalvi

A Short History of the Formation of Hungarian Legal Terminology

After the founding of the sovereign Hungarian feudal state, Latin became the ›official‹ language of state affairs, legislation, and legal literacy for centuries. Hungarian terminology appeared relatively late, in spite of the fact that basic legal concepts had long been used in the language, especially in the spoken language of oral litigation and disputes. The creation of Hungarian terminology gained new impetus under the influence of the ideas of the Enlightenment. This process coincided with the so-called language reform and the ›codification‹ of the Hungarian literary and common language. An important development for the completion of the Hungarian legal language was the publication of Hungarian translations of legal works and books previously published in Latin from the beginning of the 17th century onwards. Starting at the end of the 18th century, the extension of the official use of the Hungarian language had become the subject of a political struggle between the Viennese court and the Hungarian Estates – one that had a direct effect on the development of the legal language. The unification of Hungarian terminology was facilitated by the publication of more than 30 legal vocabularies, an official dictionary, and a glossary in the first half of the 19th century. A unified legal language and adequate terminology, both linguistically and conceptually, had been established in Hungary by the beginning of the 20th century.

Keywords: legal language, Hungarian legal terminology, language renewal, legal vocabularies, official dictionaries, legal literature

■

Stefan Cristian Ionescu

Aryanization Bureaucrats in Post-Holocaust Romania

This article investigates the post-war life trajectories and careers of eight Aryanization (»Romanianization«) bureaucrats who were involved in the persecution and dispossession of Jews during the pro-Nazi Antonescu regime (September 1940–August 1944). While many of them were removed from the civil service, became unemployed, went into hiding, or were arrested, others thrived – at least temporarily – thanks to their skilful navigation of the post-Antonescu transition, their high-level connections with the political establishment, and the ability to claim certain merits for their behavior before August 1944, either as victims of or by resisting against the Antonescu regime. However, most of these opportunistic bureaucrats were successful only in the short term; eventually their

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

past caught up with them, and they were imprisoned by the communist authorities or had to flee the country to escape arrest. The article shows that the communist revolution was not as radical as the communist leaders liked to boast and that it did not immediately bring a complete transformation of the state, its institutions, and employees holding crucial positions. Especially during the first post-war transitional years, the connections between the two ideologically different authoritarian regimes – fascist and communist – continued on various levels, including the bureaucratic one.

Keywords: Aryanization bureaucrats, Holocaust, Romania, transitional justice

■

Mirko Suzarte Škarica

Slaves and Captives Between Castile, Granada, and the Canary Islands: Frontier and Judicial Dynamics in the 15th and 16th Centuries

By analyzing the encounters at the borders between the Kingdom of Castile and Granada, and those on the Canary Islands, this paper delves into the dynamics of slavery and captivity practiced by Christians, Muslims, and the Indigenous inhabitants of the Canarias archipelago between the 15th and 16th centuries. Legal and judicial documents from this period show how common human trafficking was in the peripheries of the Spanish dominions even before the overseas expansion. This activity often included revolts, horseback raids, robberies, death, the capture and enslavement of people, and other notions such as slavery under ›just war‹, which sometimes blurred the margins between slavery and captivity. Whether at sea or on land, life in the frontier was a difficult one, with people exposed to many dangers. Furthermore, these local practices had global significance once the Spanish Empire expanded its frontiers to America and beyond.

Keywords: slavery, captivity, frontier, Canary Islands, Granada

■

Constanza López Lamerain

Ecclesiastics and Indigenous Slavery on the Frontier: The Case of Chile in the 16th and 17th Centuries

This article reviews ecclesiastical opinions on Indigenous slavery in early modern Chile, the southernmost frontier of the Spanish Empire. Generally, historiography has only analyzed missionary relations with the Mapuche people on the Mapuche-Hispanic frontier. However, the actions by other members of the Catholic Church with regard to Indigenous slavery have received less attention. Therefore, this article reviews how historiography has treated this topic, aiming to cover a larger spectrum of ecclesiastical opinions, discussions, and actions.

Keywords: Indigenous slavery, ecclesiastics, historiography, frontier, Chile

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

David Rex Galindo

Forms of Indigenous Labor on New Spain's Northern Frontiers: The Cases of New Mexico and California (17th–18th Centuries)

This essay discusses various forms of Hispanic-Indigenous labor relations on New Spain's northern frontiers, with a focus on 17th-century New Mexico and late colonial California. The article reconstructs how local practices of exploitation and abuse took various forms and eventually acquired normative values. In doing so, it offers an analysis of the interconnectivity of practices and norms in labor relations in such frontier territories. The essay takes historical, normative, and etymological approaches to reveal the diversity of labor systems and forms of coercion then present in New Mexico and California as well as the various conceptual and normative foundations behind this plethora of systems.

Keywords: California, New Mexico, Indigenous slavery, coercion, labor history

■

Carolina Hiribarren Cardoen

Abuse or Slavery? A Look at Practices of Debt Peonage from the 19th-Century Philippines

This article problematizes the work system known as debt peonage that developed throughout the Spanish-controlled territories of the Philippine islands, examining *memorias* and colonial sources to analyze practices of abuse that this system sustained during the 19th century. It illustrates the diversity of work experiences imposed on Indigenous peoples. Debt peonage involved a large part of colonial society and could result in a variety of situations, ranging from the imposition of excessive interest rates to what some scholars have considered slavery-like conditions.

Keywords: debt peonage, debt servitude, Filipino slavery, abuse, 19th century

■

Thomas Duve

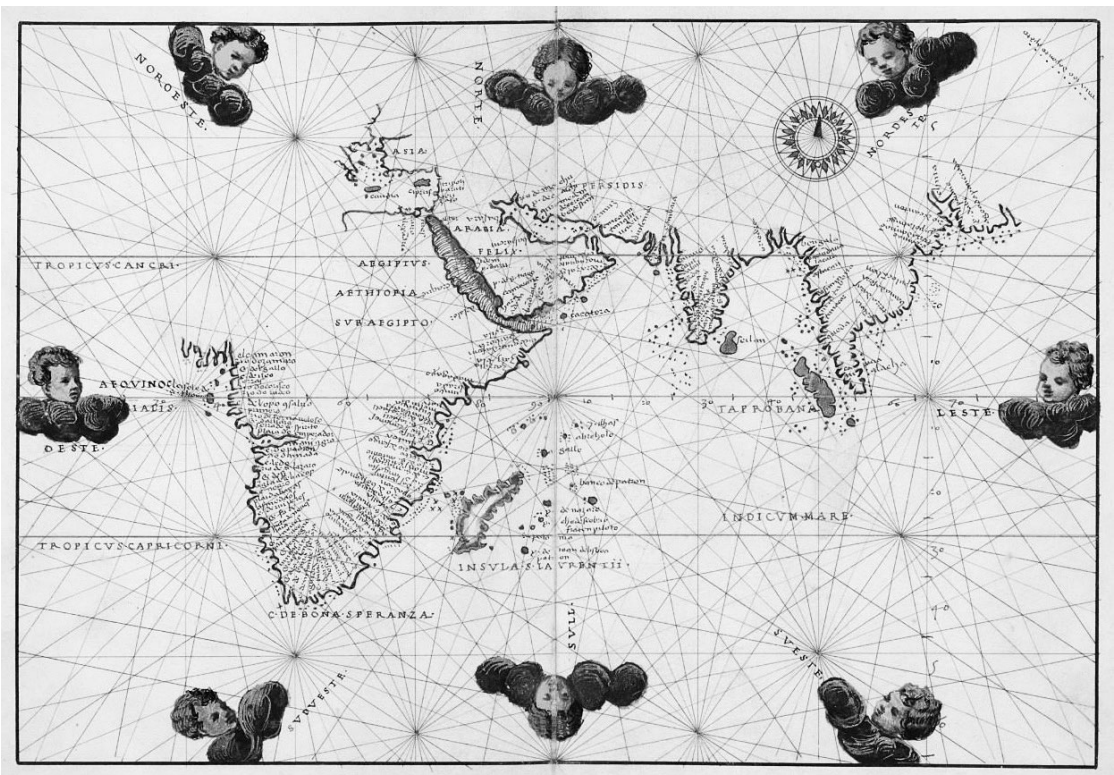
Rechtsgeschichte und Ordnungsdenken. Zum rechtshistorischen Werk von Paolo Grossi

Paolo Grossi (1933–2022) was one of the most influential legal historians of his generation. His works on the legal history of the Middle Ages and the modern period, not least his critique of the law of the modern age, have been widely received in Europe and Latin America. The article, which is also a tribute to the long-standing member of the Advisory Board of the Max Planck Institute for European Legal History, reconstructs some aspects of his legal historical work, analyses the close connection between legal history and legal theory in his thought, and asks about the potential of Grossi's method for legal history today.

Keywords: Paolo Grossi, medieval legal history, law of the modern age, European and American reception of Paolo Grossi

■

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH



Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Birgit Aschmann
p. 176–178

Humboldt-Universität zu Berlin,
birgit.aschmann@hu-berlin.de
Die sozialliberalen Reformen auf dem Prüfstand: zur Abtreibungsfrage
[The Reforms of the West German SPD-FDP Coalition Government Under Judicial Scrutiny: The Constitutional Court's Decision on Abortion]

Marietta Auer
p. 285–290

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, auer@lhlt.mpg.de
Der Mann ohne Eigenschaften
[The Man Without Qualities]

Shlomi Balaban
p. 303–304

Tel Aviv University,
sbalaban@mail.sapir.ac.il
Taking the Ambivalent Road

Manuel Bastias Saavedra
p. 251–253

Leibniz Universität Hannover,
manuel.bastias@hist.uni-hannover.de
El imperio portugués y las raíces profundas de Goa
[The Portuguese Empire and the Deep Roots of Goan Society]

Paulien Broens
p. 254–255

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, broens@lhlt.mpg.de
A Deep Dive into England's Early Africa Companies

Pascale Cancik
p. 179–181

Universität Osnabrück,
lscancik@uni-osnabrueck.de
Welche »Wirklichkeit«?
[Whose »Reality«?]

Matilde Cazzola
p. 257–259

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, cazzola@lhlt.mpg.de
Guardie, ladri e la giurisprudenza dell'anticipazione
[Guards, Thieves and the Jurisprudence of Anticipation]

Andrea Cicerchia
p. 244–246

Universidade Católica Portuguesa, Lissabon,
cicerchia.andrea@gmail.com
Giustizia divina e giustizia terrena
[Divine Justice and Earthly Justice]

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Eckart Conze
p. 182–184

Philipps-Universität Marburg,
conze@uni-marburg.de
Verfassungswandel durch Grundgesetzänderungen
[Constitutional Change Through Adaptations of the Grundgesetz (Basic Law)]

Nina Cozzi
p. 275–277

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, cozzi@lhlt.mpg.de
The Drafting of the Post-War Constitutions in France and Italy. Differences and Similarities

Nina Cozzi
p. 295–296

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, cozzi@lhlt.mpg.de
Neue Erkenntnisse zur Nichteinhaltung von EU-Recht
[New Findings on Non-Compliance in EU Law]

Daniel Damler
p. 218–219

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, damler@lhlt.mpg.de
Cicerone der Regeln
[The Cicerone of Rules]

Sara Dezalay
p. 293–295

European School of Social and Political Sciences,
Université Catholique de Lille,
sara.dezalay@univ-catholille.fr
Capitalizing on International Law's Fragmentation

Thomas Duve
p. 308–310

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, duve@lhlt.mpg.de
Erzählen statt prozessieren?
[Narrating Instead of Going to Court?]

Thomas Duve
p. 314–325

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, duve@lhlt.mpg.de
Rechtsgeschichte und Ordnungsdenken.
Zum rechtshistorischen Werk von Paolo Grossi
[Legal History and »Order Thinking«.
On the Legal Historical Œuvre of Paolo Grossi]

Rômulo da Silva Ehalt
p. 234–236

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, ehalt@lhlt.mpg.de
The Multilayered World of Medieval Japanese Legal History

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Caspar Ehlers
p. 226–228

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, ehlers@lhlt.mpg.de
Honi soit qui mal y pense

Caspar Ehlers
p. 236–237

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, ehlers@lhlt.mpg.de
Zettels Raum
[Bottom's Realm]

Karla L. Escobar H.
p. 271–273

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, escobar@lhlt.mpg.de
Desentrañando el poder colonial: emociones, sentimientos y resistencia para una nueva historia del derecho
[Unravelling Colonial Power: Emotions, Feelings and Resistance for a New Legal History]

Verena Frick
p. 185–187

Georg-August-Universität Göttingen, verena.frick@uni-goettingen.de
Die Konstitutionalisierung der Politik. Auch eine Politisierung der Verfassung?
[The Constitutionalisation of Politics: Also a Politicisation of the Constitution?]

Ingrid Gilcher-Holtey
p. 188–190

Universität Bielefeld, Ingrid.holtey@uni-bielefeld.de
Integration der Rechts- und Verfassungsgeschichte in die Allgemeingeschichte? Die Perspektive der Historischen Soziologie
[Integrating Legal and Constitutional History into General History? The Perspective of Historical Sociology]

Damian Augusto Gonzales Escudero
p. 224–226

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, damian.gonzales13@gmail.com
Performance as a New Direction for Legal History

Dieter Grimm
p. 18–30

Humboldt Universität zu Berlin / Wissenschaftskolleg zu Berlin, grimm@wiko-berlin.de
Constitutional History as an Integral Part of General History: The German Case

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Dieter Grimm
p. 210–213

Humboldt Universität zu Berlin / Wissenschaftskolleg zu Berlin, grimm@wiko-berlin.de
Ein Rückblick auf »Die Historiker und die Verfassung« anhand der Frankfurter Kommentare
[Looking back on »Die Historiker und die Verfassung« in Light of the Frankfurt Comments]

Karl Härter
p. 280–282

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, haerter@lhlt.mpg.de
Limitierte positivistische Kriminologie und Herausforderungen der Strafrechtsreform
[Limited Positivist Criminology and the Challenges of Criminal Law Reform]

Carolina Hiribarren Cardoen
p. 161–172

Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile, carolinahiribarrenc@gmail.com
Abuse or Slavery? A Look at Practices of Debt Peonage from the 19th-Century Philippines

Victoria Hooton
p. 259–261

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, hooton@lhlt.mpg.de
Pauper Agency and Negotiation Under the Old Poor Law

Victoria Hooton
p. 298–300

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, hooton@lhlt.mpg.de
Three Cheers to Interdisciplinary Research of European Union Law

Winner Ijeoma
p. 255–257

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, ijeoma@lhlt.mpg.de
Rule of Law im kolonialen Africa?
[Rule of Law in Colonial Africa?]

Stefan Cristian Ionescu
p. 92–108

Northwestern University, Evanston (Illinois), stefan.ionescu@northwestern.edu
Aryanization Bureaucrats in Post-Holocaust Romania

Emily Kadens
p. 261–264

Northwestern University Pritzker School of Law, Chicago, kadens@law.northwestern.edu
Commerce Between Law and Practice

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Anna-Bettina Kaiser
p. 191–193

Humboldt-Universität zu Berlin,
kaiserab@hu-berlin.de
Sperrig, aber nicht unlesbar? Zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
[Unwieldly but not Unintelligible? On the Judgments of the German Constitutional Court]

Fabian Klose
p. 267–268

Universität zu Köln,
fabian.klose@uni-koeln.de
Zur Ambivalenz humanitären Handelns im British Empire
[On the Ambivalence of Humanitarian Action in the British Empire]

Jürgen Kocka
p. 194–196

Freie Universität Berlin,
kocka@wzb.eu
Herausforderung und Anregung
[Challenge and Stimulation]

Toomas Kotkas
p. 232–234

University of Helsinki,
toomas.kotkas@helsinki.fi
What's the Point in Quantifying Legal Codifications?

Matthew H. Kramer
p. 291–292

Churchill College, University of Cambridge,
mhk11@cam.ac.uk
Hohfeld and Some Missed Opportunities

Constanza López Lamerain
p. 132–144

Universidad de Chile, Santiago de Chile,
mconstanza.lopezlamerain@gmail.com
Ecclesiastics and Indigenous Slavery on the Frontier: The Case of Chile in the 16th and 17th Centuries

Camilla de Freitas Macedo
p. 240–242

Leibniz Universität Hannover,
camilla.freitas@hist.uni-hannover.de
El bosque en foco: posibilidades transdisciplinares de estudio
[The Forest in Focus: Transdisciplinary Possibilities for Its Study]

Lorenzo Maniscalco
p. 246–248

Clare College, University of Cambridge,
lm632@cam.ac.uk
Teoria e pratica giuridica nei *tractatus* e *consilia* di Francisco Suárez
[Legal Theory and Practice in the *Tractatus* and *Consilia* of Francisco Suárez]

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Pilar Mejía
p. 248–251
Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, mejia@lhlt.mpg.de
El arte sacro como agente de normatividad
[Sacred Art as an Agent of Normativity]

Christoph H. F. Meyer
p. 229–232
Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, cmeyer@lhlt.mpg.de
References in the Vineyard of the Legal Text

Jan-Henrik Meyer
p. 301–303
Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, jmeyer@lhlt.mpg.de
European Union Constitution Making and the Media. Lessons from Maastricht

Cosima Möller
p. 221–224
Freie Universität Berlin,
moeller@zedat.fu-berlin.de
Diversity bei den römischen Juristen – Geschichtlichkeit und die Rolle der Dogmatik
[Diversity Among the Roman Jurists – Historicity and the Role of Legal Doctrine]

Uponita Mukherjee
p. 264–266
Fordham University, New York City,
umukherjee1@fordham.edu
Insanity, Crime and Responsibility Cases: A View of Common Law from the British Empire

Kyriaco Nikias
p. 237–239
Universität Wien,
kyriaco.nikias@univie.ac.at
Legal Sources from the Venetian East

Erica Kim Ollikainen-Read
p. 269–270
Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main,
e.ollikainen-read@lhlt.mpg.de
Exploring the Power of Victorian Narratives

José M. Portillo
p. 273–274
University of the Basque Country,
Vitoria-Gasteiz (Spain), josemaria.portillo@ehu.eus
La modernidad política en el Otro Occidente
[Political Modernity in the Other West]

Anna Quadflieg
p. 297–298
Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, quadflieg@lhlt.mpg.de
Drei Dimensionen der Gleichheit im Europarecht
[Three Dimensions of Equality in European Law]

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Christoph Resch
p. 283–284

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, resch@lhlt.mpg.de
Rätsellösende Rechtsvergleicher*innen?
[Puzzle-Solving Comparative Law Scholars?]

David Rex Galindo
p. 112–116

University of North Texas, Denton (Texas), drexgali@gmail.com
Studying Indigenous Labor and Coercion on the Frontiers of the Spanish Empire: An Introduction

David Rex Galindo
p. 146–159

University of North Texas, Denton (Texas), drexgali@gmail.com
Forms of Indigenous Labor on New Spain's Northern Frontiers: The Cases of New Mexico and California (17th–18th Centuries)

Alina Rodríguez Sánchez
p. 242–244

Leibniz Universität Hannover, alina.rodriguez.sanchez@hist.uni-hannover.de
Historia ambiental e historia del derecho
[Environmental History and Legal History]

Christoph Schönberger
p. 197–199

Universität zu Köln, Christoph.Schoenberger@uni-koeln.de
Das Bundesverfassungsgericht als Deus ex Machina der Geschichte der Bundesrepublik?
[The Federal Constitutional Court: The Deus ex Machina of the History of the German Federal Republic?]

Bernardo Sordi
p. 277–279

Università degli Studi di Firenze, bernardo.sordi@unifi.it
Il diritto internazionale visto dal problematico *State building* della penisola italiana
[International Law as Seen from Italy's Troubled State Building]

Fabian Steinhauer
p. 305–307

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, steinhauer@lhlt.mpg.de
Voraussitzungen
[Presittings]

Mirko Suzarte Škarica
p. 118–130

Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile, mirko.suzarte@edu.uai.cl
Slaves and Captives Between Castile, Granada, and the Canary Islands: Frontier and Judicial Dynamics in the 15th and 16th Centuries

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

József Szabadfalvi
p. 77–90

University of Debrecen,
szabadfalvi.jozsef@law.unideb.hu
A Short History of the Formation of Hungarian Legal Terminology

Jan Thiessen
p. 32–50

Humboldt-Universität zu Berlin,
jan.thiessen@rewi.hu-berlin.de
Behindert das (deutsche) Recht die zeithistorische Forschung?
[Does (German) Law Obstruct Research on Contemporary History?]

Stefan Vogenauer
p. 220–221

Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, Frankfurt am Main, vogenauer@lhlt.mpg.de
Roman Law Reloaded

Hans Vorländer
p. 200–202

Technische Universität Dresden,
hans.vorlaender@tu-dresden.de
Wie sich die Geschichte des Grundgesetzes mit einer Rekonzeptualisierung des Verfassungsbegriffs schreiben lässt
[How the History of the German Basic Law Can Be Written with a Reformulation of the Concept of the Constitution]

Rainer Wahl
p. 203–206

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg,
Rainer.wahl@jura.uni-freiburg.de
Der schwierige Zugang zum Richterrecht des Bundesverfassungsgerichts
[The Difficult Approach to the Judge-Made Law of the German Constitutional Court]

Christian Waldhoff
p. 207–209

Humboldt-Universität zu Berlin,
christian.waldhoff@rewi.hu-berlin.de
Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes
[The Making of the Basic Law]

Jakob Zollmann
p. 52–75

Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung gGmbH, jakobzollmann@yahoo.fr
Recht sprechen über »besondere Gebilde« – die koloniale Gerichtsbarkeit und das Reichsgericht
[Court Rulings with Regard to »Special Territorial Entities« – Colonial Jurisdiction and the German *Reichsgericht*]

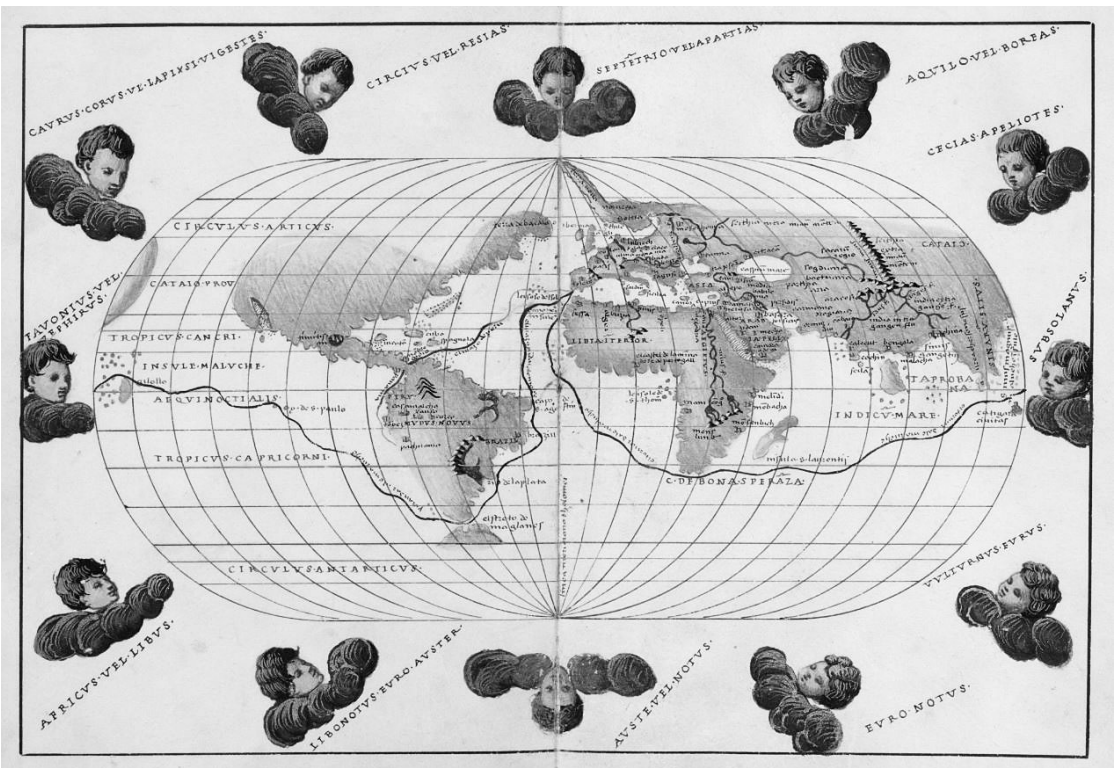
Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Birgit Aschmann	Berlin
Marietta Auer	Frankfurt am Main
Shlomi Balaban	Tel Aviv
Manuel Bastias Saavedra	Hannover
Paulien Broens	Frankfurt am Main
Pascale Cancik	Osnabrück
Matilde Cazzola	Frankfurt am Main
Andrea Cicerchia	Lissabon
Eckart Conze	Marburg
Nina Cozzi	Frankfurt am Main
Daniel Damler	Frankfurt am Main
Sara Dezalay	Lille
Thomas Duve	Frankfurt am Main
Rômulo da Silva Ehalt	Frankfurt am Main
Caspar Ehlers	Frankfurt am Main
Karla L. Escobar H.	Frankfurt am Main
Verena Frick	Göttingen
Ingrid Gilcher-Holtey	Bielefeld
Damian Augusto Gonzales Escudero	Frankfurt am Main
Dieter Grimm	Berlin
Karl Härter	Frankfurt am Main
Carolina Hiribarren Cardoen	Santiago de Chile
Victoria Hooton	Frankfurt am Main
Winner Ijeoma	Frankfurt am Main
Stefan Cristian Ionescu	Evanston (Illinois)
Emily Kadens	Chicago
Anna-Bettina Kaiser	Berlin
Fabian Klose	Köln
Jürgen Kocka	Berlin
Toomas Kotkas	Helsinki
Matthew H. Kramer	Cambridge
Constanza López Lamerain	Santiago de Chile
Camilla de Freitas Macedo	Hannover
Lorenzo Maniscalco	Cambridge
Pilar Mejía	Frankfurt am Main
Christoph H. F. Meyer	Frankfurt am Main
Jan-Henrik Meyer	Frankfurt am Main
Cosima Möller	Berlin
Uponita Mukherjee	New York City
Kyriaco Nikias	Wien
Erica Kim Ollikainen-Read	Frankfurt am Main
José M. Portillo	Vitoria-Gasteiz (Spain)
Anna Quadflieg	Frankfurt am Main
Christoph Resch	Frankfurt am Main
David Rex Galindo	Denton (Texas)

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Alina Rodríguez Sánchez	Hannover
Christoph Schönberger	Köln
Bernardo Sordi	Florenz
Fabian Steinhauer	Frankfurt am Main
Mirko Suzarte Škarica	Santiago de Chile
József Szabadfalvi	Debrecen
Jan Thiessen	Berlin
Stefan Vogenauer	Frankfurt am Main
Hans Vorländer	Dresden
Rainer Wahl	Freiburg im Breisgau
Christian Waldhoff	Berlin
Jakob Zollmann	Berlin

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH



Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH

Copyright: © Vittorio Klostermann GmbH