



Universität
Münster

MÜNSTERANER GLOSSAR ZU EINHEIT UND VIELFALT IM RECHT MÜNSTER GLOSSARY ON LEGAL UNITY AND PLURALISM

3. AUSGABE | 3rd EDITION

06 EViR Working Papers

KÄTE HAMBURGER KOLLEG MÜNSTER
EINHEIT & VIELFALT
IM RECHT
LEGAL UNITY & PLURALISM



ABSTRACT

Phänomene von Einheit und Vielfalt im Recht werden seit einigen Jahren aus dem Blickwinkel verschiedener Disziplinen und bezüglich unterschiedlicher Epochen intensiv erforscht. Ein produktiver Austausch zwischen Forschungsgemeinschaften bedarf dabei einer Verständigung über zentrale Begriffe und Konzepte. Das vorliegende Glossar, das sukzessive erweitert wird, versammelt Artikel aus unterschiedlichen disziplinären und epochalen Perspektiven und will die interdisziplinäre Forschung erleichtern, indem es Verständnishürden abbaut und kompakt in die Denkhorizonte der beteiligten Fächer einführt.

Schlüsselwörter:

Rechtsgeschichte, Rechtsvielfalt, Rechtspluralismus, Rechtseinheit, interdisziplinäre Verständigung

For several years, phenomena of legal unity and pluralism have been intensively researched from the perspectives of various disciplines and in different periods of time. A mutual understanding of central terms and concepts is key to a productive exchange between the different research communities. The glossary, which will be successively expanded, brings together articles from different disciplinary and epochal perspectives and aims to facilitate interdisciplinary research by providing a brief introduction into different approaches of the disciplines involved.

Keywords:

legal history, legal pluralism, legal unity, interdisciplinary understanding

INHALT

APPELLATION (MITTELALTER)

Susanne Lepsius 7

AUSNAHME

Gregor Albers 11

BEGNADIGUNG

Ulrike Ludwig/Quentin Verreycken 15

CITIZENSHIP, CONCEPT OF

Dieter Gosewinkel 19

CONSTITUTIO ANTONINIANA

Jakub Urbanik 22

DISPUTE SETTLEMENT (PREMODERN EUROPE)

Sophia Mösch 26

DROIT COUTUMIER

Marie Seong-Hak Kim 29

DROIT ÉCRIT

Marie Seong-Hak Kim 32

FÖDERALISMUS

Jan Matthias Hoffrogge 35

GEMEINES RECHT

Peter Oestmann 39

GERICHTSLANDSCHAFTEN

Josef Bongartz 43

GEWOHNHEITSRECHT

Peter Oestmann 47

HANDELSBRAUCH

Sonja Breustedt 51

INFRAJUSTIZ/INFRAJUDICIAIRE

Karl Härter.....55

JUSTICE

Sophia Mösch 59

JUSTIZNUTZUNG

Karl Härter..... 62

KODIFIKATION

Peter Oestmann 66

LAW AS CULTURE (RECHT ALS KULTUR) [GER]

Andrea Nicolas..... 70

LAW AS CULTURE (RECHT ALS KULTUR) [ENG]

Andrea Nicolas.....74

LAW AS PROCESS [GER]

Andrea Nicolas..... 78

LAW AS PROCESS [ENG]

Andrea Nicolas..... 82

LEGAL MATERIALITY (ANTIQUITY)

Emilia Mataix Ferrándiz 86

LEGAL PLURALITY (ROMAN EGYPT)

Jakub Urbanik 88

LEGAL TRANSPLANTS

Heikki Pihlajamäki 92

LETTER OF MARQUE

Leslie Carr-Riegel..... 95

LEX MERCATORIA

Leslie Carr-Riegel..... 98

MULTINORMATIVITÄT

Thomas Duve 101

NORM, RECHTLICH (RECHTSNORM)

Gregor Albers 104

NORM, SOZIAL

Ulrike Ludwig 109

NORMENKONKURRENZ, HISTORISCH

Hillard von Thiesen 113

NORM-PRAXIS-KONFLIKT

Clara Harder/Benjamin Seebröker..... 117

PEASANTS (LATIN AMERICA)

Armando Guevara Gil..... 121

PRIVILEGIUM (ANTIKE)

Salvatore Marino..... 126

RECHTSEINHEIT (NATIONALSTAAT)

Dieter Gosewinkel 129

RECHTSVIELFALT

Peter Oestmann 132

STATUTENANWENDUNGSLEHRE

Sebastian M. Spitra 135

STATUTENKOLLISIONSLEHRE

Kristin Boosfeld 139

TRIBING AND TRIBALIZATION

João Figueiredo 143

SUSANNE LEPSIUS

APPELLATION

(MITTELALTER)

Der Begriff Appellation bezeichnete in Deutschland bis in die zweite Hälfte des 19. Jh. das häufigste und wichtigste Rechtsmittel. Seit der Reform des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Prozessordnungen im Jahr 1877 treten funktional an die Stelle der älteren Bezeichnung ‚Appellation‘ die aus ihr hervorgegangenen, heute gebräuchlichen Termini ‚Berufung‘ und ‚Revision‘. Nach heutiger juristischer Auffassung dienen Rechtsmittel dazu, nicht nur eventuelle Fehler durch Untergerichte oder Unterbehörden zu korrigieren und damit Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten, sondern vor allem dazu, grundsätzliche Rechtsfragen zu klären, sowie das Recht zu vereinheitlichen (**Rechtseinheit**) und fortzubilden.

Die Appellation im gemeinen Prozessrecht (12. bis Mitte 19. Jh.) zeichnete sich wie die heutigen Rechtsmittel dadurch aus, dass die ursprünglich ergangene Entscheidung nicht vollstreckt werden konnte bis eine neue Sachentscheidung ergangen war (Suspensiveffekt). Darüber hinaus musste die Ausgangsentscheidung von einer höheren Behörde bzw.

von einem höheren Gericht überprüft werden (Devolutiveffekt), um eine unabhängige Prüfung zu ermöglichen [4. 188].

Die Erwartung, dass im Rechtsstaat und gerade auch mit dem Mittel der Appellation die „Herrschaft des gemeinschaftlichen objektiven Rechts“ (Hervorhebung S.L.) verwirklicht werden solle und dass eine „wiederholte Prüfung der Sache mit einer Entscheidung bis zur höchsten Behörde zulässig sei, wenn ein Bürger sich an seinem Recht durch die Staatsbehörden selbst verletzt glaubt“, wurde insbesondere in den Diskussionen um den bürgerlichen Rechtsstaat Anfang des 19. Jh. betont [7. 638–640]. Dies setzte notwendig den Aufbau eines klaren Instanzenzugs voraus, der in einem einzigen obersten Gericht innerhalb eines (rechtsstaatlichen) Nationalstaates kulminieren sollte, das dann vor allem über Appellationen zu entscheiden hatte.

Außerdem setzte die angestrebte Orientierungswirkung im Sinne einer gleichförmigen Anwendung des allgemeinen Gesetzes und die inhaltliche Rechtsvereinheitlichung bzw.

-harmonisierung durch die (Appellations-) Gerichtsbarkeit voraus, dass die Entscheidungen dieses Appellationsgerichts in offiziellen Entscheidungssammlungen publiziert wurden. Für Deutschland war beides erst durch die Rechtsprechung des 1870 neu eingerichteten Bundesoberhandelsgerichts, der Fall, das so zum Motor der Rechtsharmonisierung im Kaiserreich wurde [3].

An eine derartige Rechtsvereinheitlichung durch die Rechtsmittelrechtsprechung eines höchsten Gerichts war in den ersten drei Vierteln des 19. Jh. ohne Nationalstaat nicht zu denken. In der vorangehenden Zeit des Alten Reichs kamen für denkbare Appellation gegen Urteile unterer Territorialgerichte mit dem Reichskammergericht und dem Reichshofrat gleich zwei Höchstgerichte in Betracht, so dass es bereits an einem klaren, vereinheitlichenden Instanzenzug fehlte. Institutionell konnte wegen dieser verfassungsrechtlichen Gegebenheiten durch das an beiden Gerichten einlegbare Rechtsmittel der Appellation keine auf das Reich bezogene Rechtsvereinheitlichung bewirkt werden. Überdies hatten im Lauf der Jahrhunderte die wichtigeren Territorien sog. *privilegia de non appellando* erwirkt. Daneben versuchten viele Landesherren durch weitere Mittel, den Rechtsmittelzug an die Höchstgerichte des Reichs zu unterbinden, weil dies einen Verlust an eigener Gerichtsgewalt (*jurisdictio*) und damit einem zentralen Aspekt staatlicher

Souveränität bedeutete [5]; [6. 354–357]. Bürger aus derartigen Territorien konnten keine regulären Appellationen als Rechtsmittel an ein höchstes Reichsgericht einlegen.

Auch eine bewusste inhaltliche Vereinheitlichungs- oder Harmonisierungswirkung des materiellen Rechts im Wege der Appellationsgerichtsbarkeit konnte im Alten Reich seitens der Höchstgerichte nicht eintreten, weil Entscheidungen generell weder begründet waren, noch offiziell seitens der beiden Höchstgerichte publiziert wurden. Ein allgemeines Rechtswissen um die urteilsleitenden Gesichtspunkte der Höchstgerichte konnte daher weder beim Rechtsprechungspersonal unterer Gerichte noch bei den Bürgern entstehen.

Während für andere Höchstgerichte, insbesondere für das *parlement de Paris* seit dem Spätmittelalter eine aktive Rolle beim „processus d’unification et d’uniformisation du droit formel à l’intérieure des frontières comme à la périphérie du royaume“ [1. 72] konstatiert wird, wird man für die Höchstgerichte des Reichs lediglich von einer mittelbaren, nicht primär beabsichtigten, also informellen Rechtsvereinheitlichung durch die Appellation ausgehen können: Für eine erfolgreiche Appellation, insbesondere vor dem Reichskammergericht mussten sich die Parteien und ihre Vertreter (Advokaten, Prokuratoren) auf die Formalien und Maßstäbe

des Gerichts einlassen, die sie der zahlreich publizierten Anleitungsliteratur zum Kameralprozess entnehmen konnten [2. 7f.]. Durch den intensiven personellen Austausch zwischen den Juristen im Umfeld der Höchstgerichte und ihren Kollegen als Ratgebern der Territorialfürsten erwies sich vor allem das Reichskammergericht als Karrieredrehkreuz für Rechtspraktiker. Diese trugen die Maßstäbe und Entscheidungspraxis des Höchstgerichts in die Territorien zurück, wenn dort eigene Höchstgerichte aufgebaut werden mussten, um ein Appellationsprivileg zu erlangen, oder wenn eine eigene territoriale Prozessordnung erlassen werden sollte. Eine Standardisierungswirkung entfaltete die Appellation auch dadurch, dass schriftliche Abschriften aus den Prozessakten des

ersturteilenden Gerichts vorzulegen waren. Dadurch setzten sich insbesondere aufgrund der Appellationsverfahren vor dem Reichskammergericht die Anforderungen an die Verschriftlichung der wichtigsten Prozessetappen und das Entstehen von Prozessakten durch, die bei allen Unterschieden im Detail für das sog. gelehrte Verfahrensrecht charakteristisch waren [4. 192f.].

Über diese Formalien und die prozessualen Anforderungen hinaus war es jedoch weder vor den Höchstgerichten des Alten Reichs, noch nach dem damaligen gelehrten Prozessrecht ein Ziel, mittels der Appellation die formal gleiche Wirkung des materiellen Gesetzesrechts durchzusetzen.

LITERATUR

- [1] Serge Dauchy: *Cours souveraines et genèse de L'Etat. Le Parlement de Paris*, in: Bernhard Diestelkamp (Hrsg.): *Oberste Gerichtsbarkeit und zentrale Gewalt*, Köln/Weimar/Wien 1996, 45–72.
- [2] Heinz Duchhardt: *Das Reichskammergericht*, in: Bernhard Diestelkamp (Hrsg.): *Oberste Gerichtsbarkeit und zentrale Gewalt*, Köln/Weimar/Wien 1996, 1–13.
- [3] Thomas Henne: *Art. Bundesoberhandelsgericht*, in: Albrecht Cordes, Heiner Lück, Dieter Werkmüller, Ruth Schmidt-Wiegand (Hrsg.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. 1* Berlin 22008, 715–716.
- [4] Susanne Lepsius: *Konfliktlösung im Gemeinen Prozess*, in: David von Mayenburg (Hrsg.): *Konfliktlösung im Mittelalter*, Berlin 2021, 183–199.

- [5] Jürgen Weitzel: Art. Appellation, in: Albrecht Cordes, Heiner Lück, Dieter Werkmüller, Ruth Schmidt-Wiegand (Hrsg.): Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1, Berlin 22008, 268–271.
- [6] Jürgen Weitzel: Der Kampf um die Appellation an das Reichskammergericht. Zur politischen Geschichte der Rechtsmittel in Deutschland, Köln/Weimar/Wien 1976.
- [7] Carl Welcker: Art. Appellation, in: Carl von Rotteck u. Carl Theodor Welcker (Hrsg.): Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften in Verbindung mit vielen der angesehensten Publicisten Deutschlands, Bd. 1 (1834), 637–641.

GREGOR ALBERS

AUSNAHME

Als Ausnahme bezeichnet man erstens eine besondere Norm in ihrer Beziehung zu einer allgemeineren Norm (Regel), die in den von der besonderen Norm erfassten Sachverhalten nur wegen dieser besonderen Norm nicht gilt. Auch der Sachverhalt, der dadurch geprägt ist, dass die besondere Norm gilt, kann Ausnahme heißen; präziser spricht man hier vom Ausnahmefall oder – dies allerdings oft in einem besonderen Sinne – vom Ausnahmestand. Die Ausnahme kann einen einzigen Fall betreffen oder eine Gruppe von Fällen. Außer bei präskriptiven (juristischen, sozialen, moralischen) Normen begegnet die Ausnahme zweitens auch als besonderer beschreibender Satz, der von einem allgemeineren beschreibenden Satz abweicht.

In beiden Fällen gilt: Besonderheit und Allgemeinheit können rein formal verstanden werden, dann ist die Ausnahme eine Frage der Formulierung. Wer eine Norm aufstellt für oder eine Aussage macht über alle Säugetiere, außer die, die an Land leben, für die eine andere Norm oder eine andere Aussage gelten soll, macht Wal und Delfin zum Regelfall der Säugetiere, Hund und Katze zum Ausnahmefall. Häufig erhebt die Kennzeichnung

als Ausnahme aber nicht nur einen formalen, sondern auch einen inhaltlichen Anspruch: Quantitativ soll diese Norm oder dieser Satz einen kleineren Bereich erfassen als die Regel, das seltenere gegenüber dem häufigeren Phänomen bezeichnen; oder qualitativ von einem durch die Regel gegebenen Ideal abweichen. In jedem Fall ist die Ausnahme eine Frage der Perspektive: Die formale wird dadurch zur Ausnahme, dass der Sprecher sie so formuliert, die inhaltliche dadurch, dass jemand sie als solche qualifiziert.

Im Recht steht die Ausnahme in der Spannung zwischen **Rechtseinheit** und **Rechtsvielfalt**. Wer eine Ausnahme identifiziert, setzt eine Hierarchie von Normen voraus, in die die Ausnahme sich fügt; benennt den Teil eines Ganzen, der sich von anderen Teilen auffällig unterscheidet. Die Ausnahme steht zur Regel nicht im Widerspruch, denn beide Normen konkurrieren nicht miteinander um Geltung, sondern erkennen einander an. Durch ihre Erfassung als Ausnahmen werden Abweichungen in den Dienst des Ganzen gestellt. Was viele Ausnahmen hat, ist kleinteilig und bunt, aber doch in Ordnung. Das gilt vor allem dann, wenn Ausnahmen nicht

aus pragmatischen Gründen gemacht werden, sondern weil ein übergeordnetes Prinzip (*aequitas*, Billigkeit, *equity*) die Anwendung einer Regel verbietet. Solch eine Ausnahme erlaubt, an der Regel und dem Prinzip festzuhalten und beide im konkreten Fall in Einklang zu bringen.

Ausnahmen sind Mittel und Ausdruck der Veränderung von Recht und nicht selten Vorboten für die Ablösung einer alten Regel durch eine neue. Juristen und Herrscher haben nicht immer die Befugnis oder Macht, eine Regel abzuschaffen. Mitunter scheuen sie die dafür erforderliche Mühe und den damit einhergehenden Streit. Für sie kann es einfacher sein, von der Regel eine Ausnahme zu machen. Am leichtesten fällt das, wenn die Ausnahme nur im gerade vorliegenden Fall gelten soll (Dispens, Privileg, **Begnadigung**). Mit etwas mehr Aufwand lässt sich eine abstrakt gefasste Ausnahme etablieren, die für gleichartige Fälle in Zukunft gelten soll (*ius singulare*). Nehmen die Ausnahmen an Zahl und Bedeutung zu, höhlen sie die Regel aus und verkehren sie – bei inhaltlicher Betrachtung – ins Gegenteil.

Das entsprechende lateinische Wort *exceptio* wurzelt selbst im römischen Zivilprozess: Der Magistrat konnte die überlieferte Prozessformel, mit der er dem Richter vorgab, nach welchen Kriterien ein Fall zu entscheiden war, um eine Ausnahmeklausel (*exceptio*) ergänzen (Institutionen 4,13). So konnte er die Anwendung des strengen *ius civile* auf einen konkreten Fall verhindern. Er gewährte diese Ausnahmen aber nicht nur spontan, sondern kündigte in seinem Edikt an, in gewissen Fällen gewisse Ausnahmeklauseln einzufügen. Ihrer praktischen Bedeutung nach wurden diese Klauseln, obwohl sie formal Ausnahmen blieben, zu gleichberechtigten Elementen der Regel. Auf diese Weise konnte der Magistrat die Rechtspraxis modernisieren, ohne mit dem überlieferten Recht zu brechen [4].

Die spätere juristische Methodenlehre kennt den Satz, dass Ausnahmen eng auszulegen oder nicht analogiefähig seien [5. 85–87]. Er geht auf ein Argument Ciceros zurück: Wenn eine Ausnahme ein Verhalten verbiete, so müsse es in den Fällen als erlaubt gelten, in denen keine Ausnahme greife (Pro Balbo 14,32: *quod si exceptio facit ne liceat, ubi non sit exceptum, ibi necesse est licere*). In den von der Ausnahme nicht erfassten Fällen gilt das Gegenteil von dem, was sie anordnet. Versteht man eine Norm als Ausnahme, so hat man die gegenteilige Regel aufgestellt: Die Ausnahme bestätigt die Regel (*exceptio probat / firmat regulam in casibus non exceptis*). Das Argument hängt davon ab, dass man die Ausnahme als eine auch im inhaltlichen Sinne bewertet – etwa im Fall Ciceros, weil erlaubt sein muss, was nicht verboten ist.

Die philosophische Literatur urteilt über Ausnahmen unterschiedlich. Für Leibniz verleiht eine Regel ihren Sinn, wenn sie Ausnahmen erleidet, weil man ihr dann nicht trauen könne. Die landläufige Behauptung, dass es keine Regel ohne Ausnahme gebe, entlarvt er als paradox [7. 62: *Quod si regulae habent exceptiones, frustraneae sunt, quia fidi illis non potest. Quod igitur vulgo jactatum est: Nullam regulam esse sine exceptione, mihi perinde esse videtur ac illud: Nunc ego mentior* (2. Teil, §24)]. Hingegen schildert Kierkegaard in seiner „Wiederholung“, wie erst die Ausnahme das Ganze belebt und zu erkennen erlaubt [6. 92–95].

Eine besondere Karriere hat der Begriff des Ausnahmezustands gemacht. Er betrifft das Verhältnis zwischen dem Recht und den Um-

ständen, unter denen es gelten soll. Nietzsche bezeichnet es in der Genealogie der Moral als Ausnahmezustand, dass es einer Rechtsordnung gelingt, sich gegen die natürlichen Triebe des Menschen Geltung zu verschaffen [9. 312f., 2. Abh., 11. Kap.]. Meist charakterisiert man damit umgekehrt eine Situation als Ausnahme, in der **Rechtsnormen** einstweilen nicht gelten. Carl Schmitt postuliert, dass im Ausnahmezustand der Souverän erst die Voraussetzungen für ihre Geltung schaffen müsse [11. 19f.]. Rechtlicher Normierung unterliegt hingegen der Notstand des heutigen Rechtsstaates, unter dessen Voraussetzungen von einzelnen Normen in bestimmtem Umfang abgewichen werden kann: Diese Ausnahme soll erlauben, auch extremen Situationen mit den Mitteln einer einheitlichen Rechtsordnung gerecht zu werden.

LITERATUR

- [1] Agamben, Giorgio: Ausnahmezustand (Homo Sacer II.1), aus dem Italienischen von Ulrich Müller-Schöll, Frankfurt am Main 2004.
- [2] Forsthoff, Ernst: Ausnahmezustand, in: Joachim Ritter (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 1, Darmstadt 1971.
- [3] Hofmann, Hasso: Ausnahme II, in: Joachim Ritter (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 1, Darmstadt 1971.
- [4] Mantovani, Dario: La regola e l'eccezione, Vortrag vom 4.5.2022: <https://www.youtube.com/watch?v=kX56qqv7XZw>. Die Schriftfassung soll erscheinen in der Reihe des Istituto italiano per gli studi storici.

- [5] Reimer, Franz: Apologie der Ausnahme. Rechtstheoretische Perspektiven, in: Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.): Ausnahmen brechen die Regel (Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht, Bd. 12), Berlin 2019, 71–89.
- [6] Zhavoronkov, Alexey G.: Foundations of a Philosophical Theory of Exceptions: A Historical Perspective, in: Journal of Siberian Federal University. Humanities & Social Sciences 13, 8 (2020): 1405–1415.

Verwendete Quellenausgaben:

- Marcus Tullius Cicero, Die Prozessreden, Bd. 2, hrsg., übers. u. erl. von Manfred Fuhrmann, Zürich 1997.
- Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, Bd. I: Institutionen, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben hrsg. von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler, Heidelberg 1990.
- Sören Kierkegaard, Die Wiederholung. Drei erbauliche Reden 1843, übers. von Emanuel Hirsch, Düsseldorf 1955.
- Gottfried Wilhelm Leibniz, Frühe Schriften zum Naturrecht, hrsg. von Hubertus Busche, Hamburg 2003.
- Friedrich Nietzsche, Kritische Studienausgabe, hrsg. von Giorgio Colli und Mazzino Montinari, Bd. 5, Neuausgabe München 1999.
- Carl Schmitt, Politische Theologie, 2. Ausg. München/Leipzig 1934.

ULRIKE LUDWIG/QUENTIN VERREYCKEN

BEGNADIGUNG

IM KONTEXT DES STRAFRECHTS (FRÜHE NEUZEIT/ MITTELALTER, CHRISTLICHES EUROPA)

Im Kontext des Strafrechts und der Strafrechtspraxis lässt sich Begnadigung als vollständiger oder teilweiser Erlass der für ein bestimmtes Handeln eigentlich vorgesehenen Rechtsfolgen/Strafen fassen. Die Gründe für eine Begnadigung liegen dabei jenseits des Rechts bzw. werden mit einer höheren Gerechtigkeit begründet. Zur Begnadigung berechtigt waren in Mittelalter und Früher Neuzeit typischerweise jene herrschaftlichen Gewalten, die die Gerichtsherrschaft in einem bestimmten Raum innehatten. Begnadigungen spiegeln damit immer auch den Anspruch auf strafrechtliche Zuständigkeit in einem bestimmten Gebiet und über bestimmte Personengruppen. Dem entspricht, dass Begnadigungen und die (Entstehung der) öffentlichen Strafgewalt im Kontext der alteuropäischen Entwicklungen des Strafrechts eng verbunden sind. Das Recht zu begnadigen wird daher wie das Recht zu strafen zu den herrschaftlichen Regalien gezählt. Ausgangspunkt von Begnadigungen waren in aller Regel Bitten um Gnade, entweder von den Delinquent:innen selbst oder aber

durch Dritte, die mit diesen Bitten das herrschaftliche Recht auf Begnadigung und damit auch das Recht zu strafen anerkannten. Im jeweiligen Einzelfall war die Möglichkeit zur Begnadigung allerdings zumeist auch daran gebunden, dass ein Konflikt nicht privatrechtlich verfolgt wurde.

Zu unterscheiden ist Begnadigung von Privileg, Dispens (Nichtanwendung eines bestimmten Gesetzes im Einzelfall) – die beide v. a. jenseits des Strafrechts bedeutsam waren, sowie von Abolition (Aufhebung von Strafverfahren vor dem regulären Abschluss) und Amnestie (Begnadigung einer bestimmten Personengruppe).

Historische Entwicklung

In Alteuropa war die Begnadigung eng mit den christlichen Vorstellungen von Gnade (christl.), Barmherzigkeit und Nächstenliebe verknüpft. Eine Entsprechung fand dies seit dem 8. Jh. in der Vorstellung der ‚Gnadengesinnung‘ des charismatischen Herrschers.

Fassbar wird in dieser Zeit auch, dass sich das Begnadigungsrecht des Königs von einer Beschränkung auf seine unmittelbaren Gefolgsleute löste und sich zumindest dem Anspruch nach auf sämtliche Untertan:innen des jeweiligen Reiches erstreckte. Überliefert sind freilich nur Einzelfälle, so dass über die Begnadigungspraxis kaum Aussagen möglich sind.

Im hohen und späten Mittelalter lässt sich dann eine zunehmende Zersplitterung der Gerichtsgewalten und damit verbunden auch der Gnadengewalten innerhalb größerer Reiche beobachten, was sich auch in einer zunehmend breiteren Quellenbasis spiegelt. Wesentliche Bedeutung kam in dieser Phase dem ‚Richten nach Gnade‘ zu, das dem ‚Richten nach Recht‘ gegenüberzustellen ist. ‚*Richten nach Gnade*‘ zielte angesichts eines noch fehlenden Strafrahmens bzw. begrenzter Möglichkeiten, im Prozess den Umständen des vorliegenden Einzelfalls hinreichend Geltung zu verschaffen, darauf ab, milder als im Recht vorgesehen zu urteilen. In Abgrenzung dazu fasst die Forschung *Begnadigungen* als Milderungen eines bereits ergangenen Strafurteils aus Gründen, die jenseits des Rechts liegen. Diese Unterscheidung ist idealtypisch und lässt sich bis zum Beginn der Frühen Neuzeit und gerade im Kontext städtischer Gnadenpraxis auch noch darüber hinaus nur bedingt voneinander trennen. Mit dem Bedeutungsrückgang des ‚Richtens nach Gnade‘ bildete sich die Begnadigung

allmählich zum Reservatrecht von Herrschaft aus.

Insgesamt ist aber an der Wende zur Frühen Neuzeit eine grundlegende Verschiebung festzustellen: Mit der Ausdifferenzierung des strafrechtlichen Rahmens und der Etablierung der *Poena arbitraria* konnten schuld-mildernde Gründe zunehmend leichter im Strafverfahren selbst berücksichtigt werden. Damit verlor das ‚Richten nach Gnade‘ an Bedeutung. Greifbar wird dies zunächst bei zentralen Strafgesetzen, etwa der *Constitutio Criminalis Carolina*, die kein ‚Richten nach Gnade‘ mehr kennt, sondern strafmildernde Gründe rechtlich regelt. Es ist allerdings anzunehmen, dass sich diesbezüglich erhebliche Unterschiede zwischen verschiedenen Herrschaftsebenen und in verschiedenen Regionen Europas ausmachen lassen. Insgesamt lässt sich im Laufe der Vormoderne zudem stets eine parallel auf verschiedenen Herrschaftsebenen bestehende Gnadenpraxis ausmachen, wobei mit zunehmender Tendenz eine Zentralisierung der Gnadengewalt bei der Landesherrschaft festzustellen ist. Darüber hinaus ist eine sukzessive Formalisierung der Supplikations- und Begnadigungspraxis zu beobachten.

Im Zuge der Aufklärung gerieten Begnadigungen zunehmend als Ausdruck einer fehlenden Gleichheit vor dem Recht und mangelhafter Rechtssicherheit in die Kritik;

im 19. Jh. gewann sie angesichts der tendenziell schärferen Sanktionspraxis der wieder aufkommenden Schöffengerichte mit Laienbeteiligung aber zeitweilig wieder an Bedeutung. Gänzlich verschwunden ist die Gnade nie.

Zusammenhang zu Einheit und Vielfalt im Recht

Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass Gnade i. S. einer Ausnahme von der Regel i. e. S. kein Ausdruck von **Rechtsvielfalt** (i. S. einer ‚Mehrheit von Rechten im Gegensatz zur **Rechtseinheit**‘) ist. Auf zwei Beobachtungen ist aber hinzuweisen:

1. Gerade für das Mittelalter ist festzuhalten, dass die Rechtsregel selbst nicht immer klar zu fassen und damit der Ausnahmecharakter nur bedingt greifbar ist. Zudem erzeugte die Schärfe und Inflexibilität des ‚Richtens nach Recht‘ mit dem ‚Richten nach Gnade‘ eine spezifische Form von Rechtsvielfalt, zumindest dann, wenn sich für ein Gericht oder aber eine Herrschaftsinstanz eine gewisse Regelhaftigkeit der Begnadigungspraxis ausmachen lässt. Die begrenzte Quellenlage macht Aussagen aber oft schwierig.

In der Frühen Neuzeit lässt sich hingegen ein neuer Grad der Regelhaftigkeit von Gnade greifen: Nun gewannen einzelne regelhaftete Formen der Begnadigung selbst Rechtscharakter. Damit bildete sich ein Anspruch auf Begnadigung aus, der gleichwohl anders als andere Rechtsregeln von Bedingungen außerhalb des Rechts abhängig blieb (z. B. im Fall der Begnadigungen im Kontext von Ehebrüchen das Verzeihen der Ehepartner:innen). Weit verbreitet war zudem die Herausbildung von internen Regeln der Begnadigungspraxis bei den zur Begnadigung berechtigten Instanzen, die als Normsystem im weiteren Kontext des Rechts (wenngleich auch nicht als Recht i. e. S.) verstanden werden können. Damit lässt sich bei der gemeinsamen Betrachtung der Straf- und Begnadigungspraxis durchaus von einer Rechtsvielfalt i. w. S. sprechen, denn erkennbar wird im herrschaftlichen Umgang mit Straftaten zweifellos eine Mehrheit von Normsystemen (**Multinormativität**) im Unterschied zu einer Normeinheit. Vor diesem Hintergrund wären Überführungen einzelner Regeln aus den Begnadigungsnormen in das gesatzte Recht wiederum Ausdruck von (Rechts-)Vereinheitlichung.

LITERATUR

- [1] Andreas Bauer: Das Gnadenbitten in der Strafrechtspflege, Frankfurt a. M./ New York 1996.
- [2] Cecilia Nubola, Andreas Würigler (Hrsg.): Bittschriften und Gravamina. Politik, Verwaltung und Justiz in Europa (14.–18. Jahrhundert), Berlin 2005.
- [3] Quentin Verreycken: The Power to Pardon in Late Medieval and Early Modern Europe. New Perspectives in the History of Crime and Criminal Justice, in: *History Compass* 17, 6 (2019), DOI: <https://doi.org/10.1111/hic3.12575>.

DIETER GOSEWINKEL

CITIZENSHIP, CONCEPT OF

If, with Reinhart Koselleck, it is generally true for the history of concepts that “language is to be understood on the one hand as an indicator of the ‘reality’ found, and on the other [as] a factor in this finding of reality” [1. 99], this applies to legal language, in particular. Legal terms represent and shape the development of law and, thus, its unity and diversity (**Rechtsvielfalt**). This applies to the use of legal terms within the same language as well as in different languages. The comparison with other legal languages opens up a further linguistic-cultural indicator of diversity in the “finding of reality”. In order to examine this assumption, the German legal term “Staatsbürgerschaft” is analysed below in comparison to its semantic equivalents in modern English and French legal languages. Since English and French dominated the legal language of non-European territories by way of European colonial expansion, the following considerations, based on European languages, also concern the non-European legal world.

The term “Staatsbürgerschaft”/“citoyenneté”/“citizenship” developed since the late 18th century in political and legal sources in

opposition to the term “Untertanen”/“sujet”/“subject”. The German term “Staatsbürger”, with its frontal position against inequality and monarchical government, primarily denoted the early constitutional citizen with voting rights (to the exclusion of the female sex). But the equalising effect of citizenship was largely exhausted in the formal, legal equality of state members. From the turn of the 20th century, this contributed to the extensive disappearance of the term from legal and political usage. This political reduction in the designation of membership status favoured the rise of the term “Staatsangehöriger” in German legal language. As a term for the equal legal affiliation of individuals to the state, it was a technical legal instrument for advancing the process of political unification and legal standardisation on the way from the German Confederation to the federal state in the course of the 19th century (**Rechtseinheit**).

In contrast to the continental terminology, the British terminology, based on the monarchical tradition, adhered to the legal concept of “subjecthood” until after the Second World War [2. 50–59, 184–194]. It repre-

sented political continuity with its reference to the person of the monarch, which at the same time held the British Empire together. It was only with the gradual dissolution of the Empire after 1945 that the term “citizenship” entered the legal language of the United Kingdom. The borrowing of the non-feudal legal concept of “citizen” was intended to place the newly emerging Commonwealth on a post-colonial, equality-driven terminological footing [critical 3. 116–120].

The US terminology of “citizenship” embodied the historical and conceptual counter-model to the English “subjecthood”, which was considered a lower feudal and colonial status - in contrast to the new republican world of ideas [4. 14]. In the revolutionary phase, the word “citizen” prevailed as a term of the written federal constitution over related expressions such as “subject” and “inhabitant” and developed into the key term of a state order based on democracy and constitutionality. The legal term “citizen”/“citizenship” acquired a genuine double meaning. It inseparably denoted both the formal legal affiliation to the state and the material rights and duties that flowed from the status of “citizen”.

As in the US, the French concept of “citoyen” was the product of a political revolution and marked a break in the conception of state belonging by delegitimising and abandoning

the political concept of “sujet” as a relic of the feudal ancien régime. “Citoyen” as a constitutional term denoted a politically active member of the political community endowed with political rights. In contrast, formal membership of the French state was assigned the legal term “nationalité” from the 1830s onwards, which is equivalent to the German term “Staatsangehörigkeit” [5. 15]. Similar to Germany, the semantic field of citizenship thus split into a formal affiliation to the state on the one hand and the status of material rights from this affiliation on the other. But the differences from German usage remained evident: while the German concept of “citizenship” was depoliticized by coming out of political usage for long stretches, the “citoyenneté” in France preserved an entire political-emancipatory programme for the implementation of an ideal, the active, democratic citizen.

Overall, this conceptual-historical comparison since the age of the Atlantic double revolution shows a double picture. First, a diversification emerged: The age of the nation-state, even though it is generally regarded as an era of standardization, began to form different national manifestations of the conceptual field of “Staatsbürger”/“citizen”/“citoyen”. The originally common political-participatory content of the conceptual triad began to fade in Germany in the 19th century and survived most distinctly in France. Second,

a process of conceptual (re)convergence began in the second half of the 20th century. The positive social and participatory content of citizenship emerged from the social policy of the English welfare state and its use in the social sciences. The unbroken constitutional and republican force of the American and French concepts had a reinforcing effect and contributed to the fact that German usage also began to adapt to a ‘Western’ conceptual tradition in the 1980s. Since then, German

“Staatsbürgerschaft” has increasingly been used in the sense of American “citizenship”: as a designation of state-legal belonging as well as material rights that spring from the ideal of republican participation and civic equality. This showed at first the imprinting of a research concept by a political source concept. Finally, above all, it meant a certain reduction of plurality by way of legal approximation through conceptual transfer.

BIBLIOGRAPHY

- [1] Reinhart Koselleck: Stichwort: Begriffsgeschichte, in: ders. (Hrsg.), *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt a. M. 2006, 99–104.
- [2] Dieter Gosewinkel: *Struggles for Belonging. Citizenship in Europe, 1900–2020*, Oxford 2021.
- [3] Rieko Karatani: *Defining British Citizenship. Empire, Commonwealth, and Modern Britain*, London/Portland 2003.
- [4] Rogers M. Smith: *Civic Ideals. Conflicting Visions of Citizenship in U.S. History*, New Haven/London 1997.
- [5] Gérard Noiriel: Socio-histoire d’un concept. Les usages du mot ‘nationalité’ au XIXe siècle, in : *Genèses* 20 (1995), 4–23.

JAKUB URBANIK

CONSTITUTIO ANTONINIANA

Around 212 CE, the emperor Antoninus Caracalla issued an edict granting Roman citizenship to almost all free inhabitants of the *oikumene*. This grant, albeit not entirely unprecedented for the traditional Roman policy of admission to their polity, is still regarded as extraordinary. A somewhat superficial popular opinion assumes it to have brought unity to the extremely diverse population of the empire. The unification of personal status meant that law application according to the principle of personality was now to be simplified and unified: all Romans were to be subjected to the same Roman private law. The plural legal world of before was to irrevocably disappear, taking with itself the hitherto applied local legal orders. The law of the centre finally overtook the law of the periphery, and the sporadic and erroneous application of the norms of the latter was to meet a stern opposition of the proponents of the now all-encompassing precepts of the former.

In his groundbreaking work *Reichsrecht und Volksrecht in östlichen Provinzen* [2], Ludwig Mitteis took a more nuanced view. He was astonished that this model view did not in

fact correspond to the actual situation on the ground found in the sources. The picture emerging from the abundant papyrological and epigraphic documentation, as well as from the imperial decisions preserved in the Justinianic Code (chiefly from the times of Diocletian), presents a surprising number of inconsistencies with the ‘standard’ Roman law. These range from the law of persons – marriage, divorce, guardianship – to the law of property and rules concerning its transfer (see an overview by Alonso in [1]). Mitteis saw thus that some local usages survived this process: He observed that as late as in the reign of Diocletian (r. 284–305 CE), almost a century after the grant, they were still in use, in contradiction to the Roman law forms. This relation he defined in belligerent terms professing the triumph of the Roman order.

One may ask the reasons for the main premise and the consequential surprise at its non-corroboration by the evidence. At its foundation lays a modern proposition that any uniformization presupposes a total operation and that in legal terms it must lead – at least on the theoretical level – to the exclu-

siveness of the imperial, central law. This idea was born in Germany in the specific conditions of a uniform legal territory of the 2nd German Reich, at the dawn of the codification works (**Kodifikation**) that eventually led to the fundamental German Civil Code. This code replaced the centuries of modern use of the Pandects, which had also been conceptualized, very much in the character of their proponent, the emperor Justinian, as the all-encompassing and exclusive, uniform source of all legal norms, notwithstanding their internal inconsistencies and the secular jurisprudential tradition that grew on their foundations.

Such an anachronism could be perhaps avoided if we take as the possible point of comparison fitting into this theoretical construct the ‘classical’ stadium of Roman private law and not the Roman *Reichsrecht* intended by Mitteis was territorially applicable, which as to survive for millennia to come in its Justinianic form. With the anachronistic limitations that modern categories always bring to the description of the past, one may say that classical Roman law had grown in fact as a plurality. On the basis of the archaic law of citizens (*ius civile*), a much more flexible layer of *ius honorarium*, the law created by granting judicial remedies by the magistrates, would grow. This one, defined as ‘the living voice of the law of citizens’, by the late-classical jurist Modestinus (D. 1.1.1.8), took

into account the legal practices and precepts present in the Mediterranean, and common elements of various legal orders (theorized as *ius gentium*, ‘law of nations’), in particular in the sphere of commercial relations, granting also to non-citizens access to justice. Ulpian (c. 170–228 CE), one of the most important later classical jurists, whose prolific output was most frequently used in the composition of the Digest, explained that the agreements made according to this layer of law (*ius gentium*) which could be ‘translated’ (Institutional translation) into Roman law terms gave rise to judicial claims, and those that could not, allowed the magistrate to grant exceptions, barring the other party from effective suing (**Ausnahme**) (cf. D. 2.14.7 pr.–1.). It should not surprise thus that in such a paradigm there was room for accommodation of the laws of others, especially if applied to them or their contacts with the Romans. The only limitation would have been their possible flagrant breach of Roman legal principles – which could be somehow compared to the modern notion of *ordre public*. Seen in this way there is no, and there cannot be, an opposition between the ‘centre’ and the ‘periphery’ and their laws, or a specific subordination of one to another. This would be particularly true in those regions of the Roman Empire which at the moment of conquest had well-rooted legal cultures – primarily the Eastern provinces, and among them Egypt (**Legal Plurality (Roman Egypt)**). No won-

der thus, that these commercial practices had long paved their way into the Roman law before the universal grant of citizenship was effectuated.

Various scholars, most recently Józef Méléze Modrzejewski [3]; [4], have observed that the Grant of Caracalla left surprisingly few imprints in the sources. A completely accidental find of a papyrus, P. Halig. 40, brings the only detailed direct testimony thereof. Likewise, there is only one recollection of the act of ostensibly fundamental legal importance in the strictly understood legal sources. Arguably, more than three centuries after the grant, its notice seemed obsolete to the Justinianic compilers in the context of the almost mono-civic community of the inhabitants of the Empire: They only bothered with one laconic mention of the general change of the civic status of the inhabitants of the Roman empire, placing it in the Digest title devoted to personal status (D. 1.5). The original context seems to have been quite specific, viz. the rules of divisibility of a verbal collateral modified by a constitution of Hadrian (D. 1.5.17). Its author, Ulpian, might thus have wanted to stress that these rules would be then applicable to all, since *'the ones who [were] in the Roman world, ha[d] been made Roman citizens in virtue of the constitution of the emperor Antoninus'* (i.e. Caracalla). This initial setting shows that the reform of Caracalla simply mattered little in terms of legal

practices already in the time in which it was decreed. The legal figures previously reserved to the Romans had now been opened to everyone. In the realm of private law, though, such figures had only been few, and moreover of decreasing importance already in the time before the grant. Such was, for instance, the Roman-exclusive form of verbal contract, *sponsio* (cf. G. 3.92). After the grant, a sort of uniform version of the verbal contract would be, for safety reasons, added to literally every other agreement, just to assure its judicial enforceability. The Roman-reserved way of transferring property, a formal and abstract act of *mancipatio*, seems also to have become almost obsolete before 212 CE, with the ever lesser importance of the so-called mancipable things in commerce. It was gradually replaced by simple physical transfer (*traditio*), which is much more comprehensible in terms of common-sense reasoning. Finally, the Roman last will communalized itself through the admittance of Greek in its execution by Alexander Severus and merged in the local-form of will making. A Roman testament however, a product of very specific and rigidly formal legal thinking, had been alien to the minds of many Romans long before it became the only way to secure one's last will for almost everyone in the Empire.

The Edict of Caracalla did bring some changes but their number was quite meagre. Particularly instructive is the law of marriage,

inherently civic. So, there was no place for acceptance of endogamic marriages in Egypt anymore (it disappeared from the documentation a few years after) or tolerance to any legal restraints of the intrinsically Roman freedom of marriage, as the famous prohibition of the self-limitation of divorce restated by Alexander Severus demonstrates (cf. CJust. 8.38.2, 223 CE).

The local, yet not peripheral in the modern sense, legal forms survived that universal grant of citizenship, as much as they survived the Roman conquest of the Eastern Provinces. What started back then, however, continued: the gradual merging and mix of mutual influences. The uniformization of the

law should rather be seen as a bottom-up process and not as a reasoned act of centralization directed against peripheral uses. The late 3rd century CE Diocletianic constitutions directed against the improper understanding of the ‘true’ Roman law, which Mitteis interpreted as the final act of the battle between local laws and the *Reichsrecht*, should rather be viewed as an attempt of bringing the normative order to the legal practices in the newly recreated empire under the Dominate. Yet not as a curbing of the local practices but rather as imposing the dogmatic version of legal forms on the commoners who, then, just as now, oftentimes think in terms of natural and not legal reasoning.

BIBLIOGRAPHY

- [1] José Luis Alonso: The Constitutio Antoniniana and Private Legal Practice in the Eastern Empire, in: Kimberly Czajkowski, Benedikt Eckhardt, Meret Strothmann (Ed.): Law in the Provinces of the Roman Empire, Oxford 2020, 44–64.
- [2] Ludwig Mitteis: Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. Mit Beiträgen zur Kenntnis des griechischen Rechts und der spätrömischen Rechtsentwicklung, Leipzig 1891.
- [3] Joseph Modrzejewski: Ménandre de Laodicée et l’Édit de Caracalla, in: Joseph Modrzejewski, Detlef Liebs (Ed.): Symposium 1977. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln/Weimar 1982, 335–364.
- [4] Joseph Méléze Modrzejewski ‘Un empire universel’, in IDEM, Droit et justice dans le monde grec et hellénistique (JJurP Supp. 10), Varsovie 2010, ch. XXIV, pp. 475–496, esp. pp. 492–fin. (= ‘L’Édit de Caracalla de 212: la mesure de l’universalisme romain’, [in:] T. GIARO (ed.), Roman Law and Legal Knowledge. Studies in Memory of Henryk Kupiszewski, Warsaw 2011, pp. 21–36).
- [5] Jakub Urbanik: Józef inter gentes. On status and law between the centre and periphery, in: The Journal of Juristic Papyrology 49 (2019), 289–345.

SOPHIA MÖSCH

DISPUTE SETTLEMENT

(PREMODERN EUROPE)

Dispute settlement is an analytical concept in English scholarship that relates to the practical dimensions of law. The concept refers to the various processes involved in resolving legal disputes and offers insight into the dynamics between formal and informal elements of law (**law as process / Recht als Prozess**). In so doing, it enquires into the factors that contribute to legal diversity or unity within a community. Given the temporal and geographical scope in which it has found application, it is necessary to consider dispute settlement in conjunction with other legal practice concepts today. Framed within the discourse of “legal realism” in American jurisprudence, this entry concentrates on the application of dispute settlement in the context of premodern Europe.

The American “legal realism” debate of the 1930s, which focused on conflict resolution mechanisms [5], catalysed a shift towards dispute settlement in anthropology during the 1950s [4], extending to other humanities disciplines. Medieval scholars, influenced by the Law and Society Movement (L&S),

embraced dispute settlement to gain insights into settlement practices and the broader legal landscape of premodern Europe. Robert C. Palmer’s seminal social-legal study, *The Whilton Dispute, 1264–1380* (1984) [7], illuminated both formal mechanisms like royal and Church courts and informal mechanisms such as self-help and mediation. Examining the roles of lords, tenants, and judges, the study explored their impact on social and economic relationships within the affected community. Another influential collection conceived as a book, *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe* by Wendy Davies and Paul Fouracre (1986) [2], emphasised the comparative application of dispute settlement. By analysing Frankish, Celtic, Greek, Italian, and Spanish charters from the fifth to the tenth century, the study uncovered practical resolution practices through people’s behaviours and interactions. Moving away from prescriptive law-codes, charters allowed for localised and particularised analysis while identifying overarching trends in community organisation.

Dispute settlement in premodern settings recognises the role of non-legal actors. The participation of non-legal actors and their interaction with legal actors in disputes was common in contexts where written law was incomplete, inadequate, or aspirational and where local customs and traditions influenced dispute settlement (**Gewohnheitsrecht**, **Droit Coutumier**). While legal diversity was a feature of premodern Europe (**Rechtsvielfalt**), there were efforts to promote legal unity: the Carolingian capitularies (*capitula*), for example, were attempts to standardise legal practice. However, through the study of dispute settlement, exemplified by Rob Meens, it has become clear that these legal texts were idealised and not uniformly applied and that conflicting views on crime, sin, and punishment existed concurrently (**Normenkonkurrenz**, **historisch**), even amongst the ruler's closest legal advisors [6]. In recent research, the use of dispute settlement has been extended to a range of contexts and languages, including German research, which employs “Konfliktbewältigung” to examine settlement strategies of premodern (and modern) communities. Stefan Esders, in his edition *Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung* (2007) [3], emphasises local context and regional diversity in judicial and extrajudicial strategies across premodern Europe. The flexibility and variability of action possibilities (*ad hoc* solutions, appealing to general norms, the exploitation of leeway, the involvement of mediators, and the use of force) are exposed.

Similarly, Oliver Auge (et al.) explores the diverse strategies, formal and informal, as well as the role of media and material culture, in expressing conflict generation and resolution during the Middle Ages in the edition *Bereit zum Konflikt* (2008) [1]. Conflicts are seen as processes of integration, differentiation, or disintegration, prompting enquiry into their unifying effects (identity formation, standardisation, institutionalisation) and their role in developing procedures to promote legal, cultural, religious, or political unity for controlling and resolving such conflicts.

The question of legal diversity within and patterns of legal pluralism across communities has been addressed in multidisciplinary research or studies adopting a longer, comparative perspective, including premodern, colonial, and postcolonial contexts. In *Conflict Management in the Mediterranean and the Atlantic, 1000–1800* (2020) [8], editors Louis Sicking and Alain Wijffels base their argument on the premise that premodern societies were characterised by legal pluralism, i.e., the coexistence, interaction, and overlapping of legal spheres, such as Islamic law, canon law, and customary law. The traditional categories of peaceful trade and violent robbery fail to provide a comprehensive understanding of premodern maritime conflicts and their management. Here, the dispute settlement framework, coupled with an examination of the perspectives of the involved actors (rulers, merchants, judges, diplomats,

religious authorities), enables an exploration of how legal pluralism operated in practice and how actors navigated these legal spheres and utilised mechanisms for dispute settlement (formal courts, arbitration, mediation, negotiation).

Dispute settlement presents itself as an analytical concept that can fruitfully be deployed and discussed in conjunction with other concepts and tools pertaining to the study of legal practice in various disciplines.

Dispute settlement operates at the intersection between the official, prescriptive, and aspirational dimensions of law (e.g., written law) and the informal dimensions of law (e.g., legal practices, customs, and social norms). Thus, as an analytical framework, it is well-suited for identifying the factors that contribute to legal diversity or unity within a community, as well as for recognising patterns of legal pluralism across different contexts.

BIBLIOGRAPHY

- [1] Oliver Auge, Felix Biermann, Matthias Müller, Dirk Schultze (Ed.): *Bereit zum Konflikt. Strategien und Medien der Konflikterzeugung und Konfliktbewältigung im europäischen Mittelalter*, Ostfildern 2008.
- [2] Wendy Davies, Paul Fouracre (Ed.): *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, New York/Cambridge 1986.
- [3] Stefan Esders (Ed.): *Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung. Gerichtliche und außergerichtliche Strategien im Mittelalter*, Köln 2007.
- [4] Max Gluckman: *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia (Zambia)*, Manchester 1955.
- [5] Karl N. Llewellyn: *A Realistic Jurisprudence. The Next Step*, in: *Columbia Law Review* 30, 4 (1930), 431–465.
- [6] Rob Meens: *Sanctuary, Penance, and Dispute Settlement under Charlemagne. The Conflict between Alcuin and Theodulf of Orléans over a Sinful Cleric*, in: *Speculum* 82, 2 (2007), 277–300.
- [7] Robert C. Palmer: *The Whilton Dispute, 1264–1380. A Social-Legal Study of Dispute Settlement in Medieval England*, Princeton 1984.
- [8] Louis Sicking, Alain Wijffels (Ed.): *Conflict Management in the Mediterranean and the Atlantic, 1000–1800. Actors, Institutions and Strategies of Dispute Settlement*, Leiden/Boston 2020.

MARIE SEONG-HAK KIM

DROIT COUTUMIER

Ancien régime France was a country of legal pluralism. Instead of a unified state law, several distinct sources of law coexisted. In the sixteenth century, Étienne Pasquier enumerated four kinds of law in force in a distinct hierarchical order: “first, royal ordinances; second, diverse *coutumes* of the provinces; third, general maxims which we transplanted in France, not the entirety of the law of Romans but a part of it; fourth, the *arrêts* of each parlement” [7. 30]. The *droit coutumier*, together with the *loi du roi* (royal ordinances and edicts), Roman law, canon law, case law (judicial decisions), and doctrine (learned juristic writings), regulated the people’s legal relations. The *coutumes*, by definition, applied in a limited territory. Varying greatly from one locality to the next, they dealt primarily with such matters of private law as property, succession, persons, and procedures. Marriage belonged to the realm of church law, but the marriage patrimony was subject to custom.

A generally accepted definition of custom is “the ensemble of usages or rules of a social group that acquired binding force through the repetition of public and peaceful acts for

a long period of time” [3. 263f.]. *Consuetudo* in the Middle Ages before the twelfth century referred to fiscal exactions, taxes, fines, or duties, imposed by feudal lords on the people in their estates. As feudalism waned, villagers and townspeople wrested various concessions from the seigneurs, and the movement to draw up documents to reshape the relationship between the lords and inhabitants progressed.

A profound change came about by the second half of the thirteenth century as judicial practice at royal courts adopted Romano-canonical procedures and new methods of proof. Medieval doctors set out on the task of reconciling Germanic and feudal customs with the *Corpus juris civilis*, the compendium of Roman law in the sixth century. The canonists theorized that custom, in order to obtain the force of law, required two elements: first, repetition by people of the similar act, anchored in time immemorial; and second, *opinio necessitatis*, or popular belief of its binding force. There is little dispute about the fact that the development of *jus consuetudinarium* was a result of the intellectual breakthrough paved by the renaissance of Roman law. Legal

practitioners recorded the customs of their regions, which came to be called *coutumiers*. One of the most famous was the *Coutumes de Beauvaisis* composed by Philippe de Beaumanoir in 1283.

Le droit coutumier is contrasted with le **Droit Écrit**. In the *pays de droit écrit* in the south of France, Roman law was regarded as a *coutume générale*. In the *pays de droit coutumier* in the north, the **ius commune** was a subsidiary law which was referred to only to fill the silence of the *coutumes*; Roman law was in theory not more than written reason (*raison écrite*). Yet the division between the *pays de droit écrit* and the *pays de droit coutumier* was rather artificial. The geographical delimitation was solidified less by reason of law than by the practice of law, resulting from the establishment of the provincial parlements after the end of the Hundred Years War (1337–1453) and also the official redaction of the customs from the late fifteenth century.

The redaction of customs by authors continued through the fifteenth century. Since these were private collections, however, the problems of the proof of custom were not alleviated. In 1454, Charles VII, through the famous ordinance of Montils-lès-Tours, launched the official redaction of the customs in each bailiage of France. In accordance with the procedures mandated by the king, customs were discussed in the assemblies of the three estates

under the supervision of royal commissioners before they were approved and issued in the name of the king. Once this process, known as homologation, was completed, no customs other than the officially published customs could be alleged by the parties or considered by judges. Many customs in the west and the center of the kingdom were written down under Louis XII and Francois I, including the *Coutume de Paris* in 1510. In the late 1550s, a new phase of campaign started to compile the customs of the remaining regions and also to reform the customs that had already been written down. The *Nouvelle coutume de Paris* saw its promulgation in 1580, a tour de force of Christophe de Thou, the *premier président* of the Parlement of Paris. At the closing of the sixteenth century, there were some sixty general customs (*coutumes générales*) and over three hundred local customs (*coutumes locales*) across the kingdom.

The official texts of the customs allowed scholars to analyze and compare them. They set out to identify the general principles of an authentically French law, which the jurist Guy Coquille dubbed the “civil law of the French.” Charles Dumoulin famously proposed the idea of *le droit commun coutumier*. The efflorescence of doctrinal and jurisprudential activities, at the height of legal humanism, stimulated royal legislative initiatives, in particular under Chancellor Michel de L’Hôpital. All such developments were nothing short of

remarkable, considering that this was precisely the time when France was ravaged by the religious wars (1562–1598).

The idea of the unification of law remained strong throughout the seventeenth and eighteenth centuries, but political will to implement it was absent. Despite the assertion of

unchallenged legislative power, the monarchy took little effort in intervening in the field of private law. Following the French Revolution, the *Code civil* was promulgated in 1804, and all preexisting laws – royal law, *coutumes*, and Roman law – were declared null and void. Yet a large number of provisions of the civil code had their origins in the *droit coutumier*.

BIBLIOGRAPHY

- [1] Charles A Bourdot de Richebourg et al: *Nouveau coutumier général, ou Corps des coutumes générales et particulières de France, et des provinces: connues sous le nom des Gaules; exactement vérifiées sur les originaux conservez au greffe du Parlement de Paris & des autres cours du royaume*, 4 vols., Paris 1724.
- [2] René Filhol: *Le premier président Christophe de Thou et la réformation des coutumes*, Paris 1937.
- [3] John Gilissen: *Loi et coutume: quelques aspects de l'interpénétration des sources du droit dans l'ancien droit belge*, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 21 (1953), 257–296.
- [4] Martine Grinberg: *Écrire les coutumes: Les droits seigneuriaux en France, XVIe–XVIIe siècle*, Paris 2006.
- [5] Marie Seong-Hak Kim: *Custom, Law, and Monarchy: A Legal History of Early Modern France*, Oxford 2021.
- [6] Jacques Krynen: *Voluntas domini regis in suo regno facit ius: Le roi de France et la coutume*, in: Aquilino Iglésia Ferreirós (Ed.): *El dret comú I Catalunya*, Barcelona, 1998, 59–89.
- [7] Étienne Pasquier: *L'interprétation des Institutes de Justinian: Avec la conférence de chaque paragraphe aux ordonnances royales, arrêts de parlement et coutumes générales de la France*, Étienne-Denis Pasquier and Charles Giraud (Ed.), Paris 1847.

MARIE SEONG-HAK KIM

DROIT ÉCRIT

Droit écrit refers to the sources of law such as *jus commune*, statutes, charters, or other regulations in written form. In ancien régime France, the term *droit écrit* was used to designate the legal regime in the south of the kingdom, called the pays de droit écrit, as opposed to the *pays de Droit Coutumier* in the north. The division between the two legal zones, on either side of a La Rochelle-Geneva line, hinged on the status of Roman law.

While the notion of *jus commune* allowed a remarkable doctrinal unity in continental Europe, the place of Roman law in the legal hierarchy varied in different countries. The Holy Roman Empire was the only entity in medieval Europe that granted Roman law the status of the common law, and the sweeping nature of its recognition rendered the use of the formulas like *jus commune* or Gemeines Recht quite malleable. France, which never recognized Roman law as its *droit commun*, was a different story. In 1312, Philip IV declared that Roman law was followed in France as custom and usage, not the written law, and this by the permission of him and his ancestors. Since Roman law was one of the general *coutumes*, deriving its validity from the roy-

al will, other customs in the kingdom could derogate from it. In other words, the legal authority of *droit écrit* in France was neither more nor less than other *coutumes*.

Historians have largely abandoned the conventional view that *droit écrit* evolved seamlessly, drawn from the Theodosian Code, preserved by the Visigothic compilations, and rekindled by the revival of Roman law in the twelfth and thirteenth centuries. Instead, they argue that the emergence of the legal order in Languedoc, Dauphiné, and Provence, known as the Midi, was a result of the convergence of socio-economic and political developments, with the prominent presence of royal power in the background. These provinces did not have regional customs but had a number of local customs, called *droit étroit*, which would continue to exist all the way to the Revolution. Municipal statutes began to appear in the cities in the delta of the Rhône. They included Roman law solutions that had passed through daily life in a customary form, with limited attention to the *Corpus juris civilis*. The custom of Montpellier was written down in 1204 and that of Toulouse between 1283 and 1286 following its annex-

ation to the kingdom. But these customs soon fell into disuse as their provisions were subject to the control by the royal courts that adopted the procedures of Romano-canonical proofs. Jurists preferred to apply resurgent Roman law, which became the *droit écrit*.

One way of ascertaining the differences between *droit écrit* and *droit coutumier* is to focus on their respective authority. From the fourteenth century, jurists distinguished between the supplementary authority (*autorité supplétive*) and the doctrinal authority (*autorité doctrinale*) of laws. In the *pays de droit coutumier* in the northern and central regions where Roman law existed as a purely doctrinal authority in the form of *ratio scripta*, the judge could refer to Roman law only if it was in conformity with the dominant principles of the custom in his jurisdiction and also only if it seemed just to him; even when it seemed just to him, he could still decide to turn to a different *coutume* instead, the *coutume* of Paris for example, if he deemed it preferable. In the *pays de droit écrit* where Roman law held the authority as *droit supplétif*, by contrast, the judge was obliged to apply it in the absence of the general custom. Local custom was to apply insofar as it was consonant with the relevant precepts of Roman law.

There is a common misconception that Roman law was unknown in the *pays de coutumes* or conversely that there was no local

custom in the *pays de droit écrit*. In reality, custom and written law coexisted in many areas and were enforced concurrently. Enclaves of *droit coutumier* remained in the jurisdictions of *droit écrit*, and vice versa. The influence of the learned Roman law tended to soften inflexible customary rules of patrimonial bequest. Under Roman law, a person enjoyed considerable liberty in disposing of property by gifts and wills. Many provisions of the *Coutume de Paris* of 1580 included elements from Roman law principles. After most customs in the kingdom were redacted and reformed in the sixteenth century, the jurist Louis le Caron declared: “Now that all the customs of major provinces of the *pays* of France which one used to call *coutumier* are recorded in writing, it seems that the distinction of *droit écrit* and *non écrit* no longer exists.”

European jurists long accepted the idea that all particular legal norms, whatever their sources, should be considered the implementation of a set of rules from Justinian’s compilations, which had, in theory, universal application to all litigants. The preeminent authority of Roman law in Europe’s legal civilization is indisputable. Yet, Roman law in observance in the *pays de droit écrit* was a Roman law that had been filtered to accommodate each provincial parlement’s tradition and adapted to local needs. The jurisprudence maintained flexible attitudes toward

the formulas implemented by practitioners. In France, legal pluralism (Rechtsvielfalt) as an expression of local particularism was powerfully in place all the way until 1789.

BIBLIOGRAPHY

- [1] Émile Chénon: Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815, 2 vols., Paris 1926.
- [2] John Gilissen: La coutume. Typologie des sources du Moyen Âge occidental, Turnhout 1982.
- [3] Jean Hilaire: La vie du droit coutumes et droit écrit, Paris 1994.
- [4] Peter Stein: Roman Law in European History, Cambridge 1999.
- [5] Alain Wijffels: Le Code civil entre ius commune et droit privé européen, Brussels 2005.

JAN MATTHIAS HOFFFROGGE

FÖDERALISMUS

Der Föderalismus betrifft **Einheit** und **Vielfalt** im öffentlichen Recht. Es handelt sich in der Zeit nach ca. 1800 um ein Prinzip der Staatsorganisation: Der Gesamtstaat ist als Bundesstaat verfasst und aus Gliedstaaten zusammengesetzt (*foedus*, lat. Bund oder Vertrag). Die Gliedstaaten wiederum besitzen originäre Staatsgewalt und haben die Kompetenz, bestimmte Angelegenheiten eigenständig zu regeln. Vom Staatenbund unterscheidet sich ein Bundesstaat durch die Existenz einer gemeinsamen Ordnung mit regulierenden Institutionen; von einer bloßen Devolution durch die Garantie der Machtverteilung. Das Gegenteil des Föderalismus ist der Zentralismus, ein Prinzip, nach dem Staaten Kompetenzen in einem hauptstädtischen Zentrum konzentrieren.

Föderale Züge trugen zwar unter anderem das antike Römische Reich, das Heilige Römische Reich, die Alte Eidgenossenschaft in der Schweiz sowie die Sieben Vereinigten Provinzen in den Niederlanden. Charles B. Blankart sieht auch im japanischen Shogunat Kennzeichen des Föderalismus [1. 37f.]. Als erster echter gemeinhin föderaler Staat gelten allerdings die USA (durch die Verfassung

von 1787) (zum größeren vormodernen bzw. nichtstaatlichen Zusammenhang siehe [4]).

In gesamtstaatlicher Perspektive kann sich in einem föderalen System durch Unterschiede zwischen den Gliedstaaten eine große **Rechtsvielfalt** ergeben, die nicht nur in der Zentrale, sondern auch vom Bürger wahrgenommen werden können. Zugleich sind die Bürger eines föderalen Staates mit unterschiedlichen Souveränen innerhalb eines Territoriums bzw. sozialen Feldes konfrontiert, insofern ihnen neben dem Recht des Gesamtstaates auch immer das Recht des Gliedstaates begegnet [5. 505].

Der Bezug zu den Leitthemen sei in drei Aspekten herausgestellt: Ein enger Zusammenhang mit Einheit und Vielfalt im Recht zeigt sich erstens bereits bei der Entstehung föderaler Ordnungen. In Bezug auf moderne Staaten lassen sich zwei Modi beobachten, in denen der Föderalismus als Organisationsprinzip eingeführt wird: a) der allmähliche Zusammenschluss zuvor selbstständiger Staaten (z.B. in den USA 1777/87 und in Deutschland 1867/71 bzw. 1949) sowie b) die Föderalisierung eines zuvor zentral ver-

walteten Staates, wie sie z.B. in Belgien seit den 1970er-Jahren vorgenommen wird („Coming-Together“ vs. „Holding-Together“ [6. 21f]). Bei der Auflösung föderaler Strukturen finden sich äquivalente Modi. Geschehen kann sie a) durch eine Aufteilung in selbstständige Staaten, die auf den ehemaligen Bundesstaaten basiert (nach 1992 in Jugoslawien). Der andere Modus der Auflösung ist b) eine Zentralisierung (1795 in den Niederlanden). Sowohl die Einführung als auch die Auflösung einer föderalen Ordnung kann durch endogene Faktoren und/oder exogene Faktoren beeinflusst werden. Zu den inneren Faktoren zählt der Druck entsprechender *peer groups*; zu den äußeren insbesondere der Oktroi durch fremde Groß- oder ehemalige Kolonialmächte (kurzzeitig in Indonesien 1949/50).

Beim Oktroi geht es häufig um eine Schwächung des Verbandes. Gerade, wenn der Föderalismus selbstgewählt ist, lässt er sich hingegen vor allem als Versuch verstehen, Vielfalt produktiv zu bändigen. Der Föderalismus reagiert auf eine regional ausgeprägte kulturelle oder politische Heterogenität (Sprache, Konfession, verschiedene Verwaltungstraditionen), indem er diese unterschiedlichen Gebiete durch Autonomiegewährung in einen Gesamtverband integriert. Gelingensbedingungen sind dabei hinreichend leistungsfähige Gliedstaaten und ein Mindestmaß an

Loyalität gegenüber dem Bundesstaat in den Gliedstaaten.

Zweitens hängen die Bewertungen des Föderalismus stark von Einheits- und Vielfaltsvorstellungen ab. Befürworter – wie etwa die Autoren der Federal Papers im Kontext der US-amerikanischen Verfassungsdiskussionen 1787/88 – betrachten den Föderalismus als Form der Gewaltenteilung. Daneben entspreche der Föderalismus dem Subsidiaritätsprinzip, dem zufolge politische Probleme möglichst vor Ort gelöst werden sollen und nicht in fremden Entscheidungszentren. Positiv bewertet wird hier häufig auch ein angenommener Wettbewerb zwischen den Gliedstaaten. Vielfalt wird hier positiv konnotiert. Kritiker des Föderalismus sehen hingegen eine unnötige Komplexität aus der Perspektive des Bürgers, für den die Vielfalt eher eine Last darstelle, etwa bei Wohnortwechseln. Föderalismus berge zudem die Gefahr einer Verantwortungsdiffusion. Außerdem könne die Wettbewerbslogik ruinöse Folgen für kleine Glieder haben. In dieser Sichtweise ist Vielfalt eine Gefahr, kein Potential [7. 8–15, 149–153].

Die Funktionsweise föderaler Ordnungen kann – drittens – als Einheit in Vielfalt beschrieben werden: Wesentliche Merkmale einer föderalen Ordnung sind nach Thomas A. Hüglin i) eine Machtverteilung auf verschiedene Ebenen, ii) ein verfassungsrechtliches

Verbot einseitiger Änderungen dieser Machtverteilung und iii) die Gleichberechtigung der Gliedstaaten [3. 44]. Beachtet werden muss bei solch analytischen Zugängen aus praxeologischer Perspektive jedoch, dass ein Staat wie Russland sich durchaus als föderal bezeichnen kann, ohne das letzte Kriterium zu erfüllen. Ein umgekehrter Fall ist Spanien: Die heutige Verfassung weist föderale Merkmale auf, spricht aber nicht explizit vom Föderalismus.

Bezüglich der politischen Entscheidungsfindung und Verwaltungspraxis unterscheidet die Forschung häufig ein kontinentaleuropäisches von einem US-amerikanischen Modell. Das kontinentaleuropäische ist demnach sehr viel stärker von einer Verflechtung der glied- und bundesstaatlichen Kompetenzen geprägt (Mitsprache etwa der deutschen Länder bei Bundesgesetzen mittels des Bundesrates).

Das US-amerikanische Modell wird folglich als „dualer Föderalismus“ bezeichnet, das bundesdeutsche als „kooperativer Föderalismus“ [7. 17] (siehe auch [3]; [5]).

Im Falle von Kollisionen kennen allerdings sowohl die US-amerikanische Verfassung (Art. 4) als auch das deutsche Grundgesetz (Art. 31) Regelungen, die das Bundesrecht vor Landesrecht stellen. Kompetenzkonflikte werden außerdem durch Verfassungsgerichte gelöst, die auf der Bundesebene angesiedelt sind. Ferner hat der Bund das Recht, im Ausnahmezustand in die inneren Verhältnisse der Gliedstaaten einzugreifen (Insurrection Act von 1807 als 10 U.S.C. § 331f. bzw. in Deutschland Art. 91 GG). Aus diesen Gründen ist der Föderalismus als eine Ausprägung des „schwachen Rechtspluralismus“ nach Griffiths anzusehen.

LITERATUR

- [1] Charles B. Blankart: Föderalismus in Deutschland und in Europa, Baden-Baden 2007.
- [2] John Griffiths: What is Legal Pluralism?, in: *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 18, 24 (1986), 1–55.
- [3] Thomas O. Hueglin: Comparing federalism. Variations or Distinct Models?, in: Arthur Benz, Jörg Broschek (Hrsg.): *Federal Dynamics. Continuity, Change, and the Varieties of Federalism*, Oxford 2013, 26–47.
- [4] Reinhart Koselleck: Bund, Bündnis, Föderalismus, Bundesstaat, in: Otto Brunner, Werner Conze, Reinhart Koselleck (Hrsg.): *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 1, Stuttgart 1972, 582–671.

- [5] Erin Ryan: Federalism as Legal Pluralism, in: Paul Schiff Berman (Hrsg.): *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism*, Oxford 2020, 491–531.
- [6] Alfred Stepan: Federalism and Democracy. Beyond the U.S. Model, in: *Journal of Democracy* 10, 4 (1999), 19–34.
- [7] Roland Sturm: *Föderalismus*, Baden-Baden ³2020.

PETER OESTMANN

GEMEINES RECHT

IUS COMMUNE

Gemeines („allgemeines“) Recht bezeichnet ein räumlich oder persönlich übergreifendes allgemeines Recht. Der Begriff setzt als Gegenstück ein nicht-gemeines Recht voraus. Bei formaler Betrachtung steht Gemeines Recht für **Rechtseinheit**, Universalität, Verallgemeinerbarkeit und Anwendungsvermutung, nicht-gemeines Recht dagegen für räumliche oder persönliche Begrenztheit, Spezialität, Sonderrecht und damit für Partikulares. Diese Grenzlinie lässt sich abstrakt beschreiben. Viel schwieriger ist die Frage, was inhaltlich unter Gemeinem Recht zu verstehen ist. In der europäischen Rechtstradition gab es über Jahrhunderte unterschiedliche, auch praktisch relevante Auffassungen über den Umfang des Gemeinen Rechts. Erschwert wird die Annäherung durch eine unscharfe moderne Vermengung von Begriffs- und Sachgeschichte. Gemeines Recht war als zeitgenössischer Begriff (*ius commune*) seit dem antiken römischen Recht bis ins späte 19. Jahrhundert hinein geläufig. Zugleich benutzt das rechtshistorische Schrifttum denselben Begriff als Synonym für römisches Recht, römisch-kanonisches Recht, gelehrtes

Recht oder allgemein für rezipiertes Recht [1]; [5]. Rechtshistorisch ergiebig kann es nur sein, die jeweiligen zeitgenössischen Verwendungsweisen und damit Vorstellungen über den Inhalt des Gemeinen Rechts näher zu bestimmen. Als Begriff taucht Gemeines Recht in vielen Sprachen auf (ital. *diritto comune*; franz. *droit commun*; span. *derecho común*), wobei die französische Rechtssprache damit zugleich auch übergreifendes modernes europäisches Recht bezeichnet. Die ältere französische Unterscheidung von **Droit Coutumier** und **Droit Écrit** ist mit der Grenze von Gemeinem und nicht-gemeinem Recht nicht identisch. In der anglo-amerikanischen Rechtssprache beschreibt *common law* dagegen die einheimische Rechtstradition im Unterschied zum gelehrten *civil law*.

Im römischen Recht taucht *ius commune* sowohl in den Institutionen als auch in den Digesten mehrfach auf und bezeichnet das für alle Völker maßgebliche Recht im Gegensatz zum speziellen Recht der Römer, andererseits aber auch allgemeine Regeln im Unterschied zu Spezialvorschriften für Soldaten, Frauen

oder Stadtrechte [5. 63f.]. In der entstehenden mittelalterlichen Rechtswissenschaft wurde Gemeines Recht seit dem späten 13. Jahrhundert zu einem zentralen Begriff der Rechtsquellen- und -anwendungslehre. Das *ius commune* umfasste hiernach das rezipierte römische Recht des *Corpus Iuris Civilis*, ging aber darüber hinaus. Anerkannt als Gemeines Recht war zudem das kanonische Recht der römischen Kirche (später sog. *Corpus Iuris Canonici*). Ebenfalls zum Gemeinen Recht zählte das langobardische Lehenrecht (*Libri Feudorum*). Diese Quellen wurden an mittelalterlichen Universitäten bearbeitet und im Rechtsunterricht gelehrt. Daneben gab es partikulare, örtlich begrenzte Rechte, die nach allgemeiner Auffassung zum Gemeinen Recht zählten, dies aber nur innerhalb ihres räumlichen Geltungsbereichs. Auf diese Weise konstruierten Juristen neben dem universalen Gemeinen Recht ein partikular verschiedenes *ius commune in loco*. Gemeines Recht bedeutete damit lokale Rechtseinheit und zugleich Vielfalt. Dahinter stand eine praktisch wichtige Weichenstellung. Beim Aufeinandertreffen von Gemeinem Recht und nicht-gemeinem Recht sollte eine Anwendungsvermutung zugunsten des Gemeinen Rechts sprechen. Die Gerichte hatten die Aufgabe, Gemeines Recht von Amts wegen zu berücksichtigen, Sonderrecht dagegen nur, wenn die Parteien seine Existenz und seinen praktischen Gebrauch dargelegt und bewiesen hatten (**Statutenanwendungsleh-**

re). Je nachdem, welche Quellen auf diese Weise Teil des *ius commune in loco* wurden, konnte sich die Rechtslage vor Gericht entscheidend ändern. Zugleich unterschied sich materiell die Zusammensetzung des Gemeinen Rechts von Territorium zu Territorium. In Italien zählten die Statuten der Städte zum Gemeinen Recht, dies aber teilweise nur dann, wenn sie schriftlich vorlagen und die Rechtserkenntnis durch bloßes Nachschlagen leicht zu gewinnen war (*per aperturam libri*). Das jeweilige Gemeine Recht sollten Gerichte und Rechtsgelehrte im Rahmen der zeitgenössischen Methodenlehre interpretieren und auch analog auf andere Sachprobleme anwenden. Das nicht-gemeine Recht dagegen unterlag einem Analogieverbot und musste im Rahmen der strikten Interpretation eng ausgelegt werden. Im Konflikt zwischen Gemeinem und nicht-gemeinem Recht wurden Normen des Gemeinen Rechts in vielfacher Hinsicht bevorzugt.

Im Heiligen Römischen Reich übersetzte die frühneuzeitliche Gesetzgebung *ius commune* häufig mit „des Reichs gemeinen Rechten“ (z. B. Reichskammergerichtsordnung 1555, Teil 1, Titel 23 § 1). Diese Gemeinen Rechte im Plural bezeichneten das römische und kanonische Recht und standen den ausdrücklich zusätzlich genannten Gesetzen des Alten Reiches gegenüber. Zumindest terminologisch bedeutete dies einen Unterschied zur Lehre vom *ius commune in loco*, auch

wenn sich die speziellen Beweisregeln für Spezialrecht auf Gewohnheiten (**Gewohnheitsrecht**) und Statuten beschränkten. Das nicht-beweisbedürftige Recht und das Gemeine Recht waren auf diese Weise nicht deckungsgleich.

Die prozessualen und methodischen Vorteile des Gemeinen Rechts führten zu dem Bestreben, weitere Rechtsquellen als Gemeines Recht anzuerkennen. Die größte Bedeutung erlangte im Alten Reich das Gemeine Sachenrecht, das in weiten Teilen Norddeutschlands unabhängig von Territoriumsgrenzen maßgeblich war [4]. Vermutlich hat gerade die Anerkennung der sächsischen Überlieferung als Gemeines Recht dazu beigetragen, dass sich in Sachsen eine Wissenschaft vom einheimischen Recht bildete und das sächsische Recht bis weit in die Neuzeit als eigene

Rechtssmasse stabil blieb. Auf der anderen Seite haben Germanisten seit etwa 1700 versucht, ein gemeines deutsches Privatrecht neben der römisch-kanonistischen Überlieferung zu konstruieren [7. 93–119, 303–345]. Damit sollte es zwei Gemeine Rechte, ein einheimisches und ein fremdes geben und damit eine methodische und prozessuale Gleichstellung des deutschen Rechts mit dem römischen-kanonischen Recht. Die praktische Relevanz dieser Lehre ist unklar.

Im späten 19. Jahrhundert sprachen Gerichte vom „gemeinen deutschen Recht“ und bezeichneten damit römische Rechtssätze im Gegensatz zu den Gesetzen des 1871 errichteten Kaiserreiches. Erst mit der staatlichen Rechtseinheit durch **Kodifikationen** verlor das Gemeine Recht seine Bedeutung für die Rechtsquellenlehre.

LITERATUR

- [1] Manlio Bellomo: L'Europa del diritto comune (1988/2016); dt.: Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des Ius Commune, München 2005; engl.: The Common Legal Past of Europe. 1000–1800, Washington 1995; span. La Europa del Derecho común, Rom 1996/1999.
- [2] Francesco Calasso: Medio evo del diritto, Milano 1954.
- [3] Helmut Coing: Europäisches Privatrecht. Bd. I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985.
- [4] Heiner Lück: Art. Gemeines Sachsenrecht, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II, Berlin 2012, Sp. 77–84.

- [5] Klaus Luig: Art. Gemeines Recht, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte II, Berlin ²2012, Sp. 60–77.
- [6] Tilman Reppen: *Ius Commune*, in: Hans-Peter Haferkamp, Tilman Reppen (Hrsg.): *Usus modernus pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*. Köln/WeimarWien 2007, 157–173.; engl. *Civil Law*, in: *Encyclopedia of Legal History*, hrsg. von Stanley Katz, 2009, Bd. 1, 4–11.
- [7] Frank Ludwig Schäfer: *Juristische Germanistik. Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht*, Frankfurt a. M. 2008.

JOSEF BONGARTZ

GERICHTSLANDSCHAFTEN

Das Konzept der Gerichtslandschaft(en) dient der Beschreibung der Beziehungen vormoderner Gerichte zueinander und des hieraus entstehenden Beziehungsgeflechts, das die jeweilige Landschaft bildet.

Das zeitgenössisch nicht verwendete und erst zu Beginn des 21. Jahrhunderts in rechtshistorische Forschungen eingeführte Konzept deutet einerseits die Vielfalt und Vielgestaltigkeit der vormodernen Gerichte an und verweist andererseits darauf, dass diese Vielfalt in einem sozialen Zusammenhang verstanden werden muss [3. 2], der die gemeinhin etwa als weltlich, geistlich, territorial, städtisch, dörflich oder bäuerlich, ständisch sowie berufs- oder religionsbezogen kategorisierten Gerichte miteinander verband [2. 33f.] (**Rechtsvielfalt**). Darüber hinaus evoziert die Verwendung des Begriffs eine Unabgeschlossenheit in diesen Beziehungen und an den Grenzen der konstruierten Landschaft, die den vormodernen Verhältnissen insoweit Rechnung trägt, als Zuständigkeiten zwischen verschiedenen Gerichten vielfach umstritten waren und keineswegs den vermeintlich klaren Grenzen der noch im Entstehen befindlichen Territorien ent-

sprachen. Insofern bietet der Begriff auch die Möglichkeit, das Gefüge der vormodernen Gerichte aus der Perspektive der Justiznutzer anzudeuten, für die weniger strukturelle Fragen des Justizaufbaus als die effektive Durchsetzung ihrer Interessen von Bedeutung gewesen sein dürften.

Es ist nicht zu vermeiden, dass die mit der Begriffsverwendung intendierte Unabgeschlossenheit zu einer gewissen Unschärfe führt, die anderen Konzepten auf den ersten Blick nicht anhaftet. Bei näherer Betrachtung ermöglicht der Begriff indessen eine wissenschaftliche Einordnung zeitgenössischer Verhältnisse, die Fehlannahmen und anachronistische Zuschreibungen eher vermeidet als etwa die (keineswegs einheitlich verwendeten) Begriffe Gerichtsorganisation oder -verfassung [4. 30f.].

Von der Gerichtsorganisation als Gesamtheit der Gerichte eines bestimmten Gerichtsherrn [7. 54] unterscheidet sich eine Gerichtslandschaft dadurch, dass sie gerade nicht von einer bestimmten Herrschaft aus gedacht werden sollte, weil eine solche Verwendung dem konzeptuellen Bedürfnis nicht entsprä-

che, das mit der Einführung des Begriffs verbunden war. Eine in diesem Sinne verstandene Gerichtsorganisation legt nämlich ein allzu modernes Verständnis von Ursache und Wirkung zwischen Landes- und Gerichtsherrschaft zugrunde. Die Landesherrschaft war jedoch der Gerichtsherrschaft (*jurisdiction*) nicht vorausgesetzt, sondern ging mit ihr einher. So erweisen sich etwa nicht selten Zuständigkeitsrügen im Rahmen gerichtlicher Streitigkeiten bei näherer Betrachtung als Streitigkeiten mehrerer Gerichtsherrn um die Herrschaft vor Ort. Insbesondere Forschungen zu herrschaftlich stark zerklüfteten Gebieten des Reichs treffen daher eine weitreichende methodische Vorentscheidung, wenn sie die vormodernen Gerichte aus der Perspektive einer Landesherrschaft analysieren, zu deren Entstehung sie erst beitragen.

Zwischen der Gerichtsverfassung als Gesamtheit der Gerichte in einem Gebiet [7. 54] und der entsprechenden Gerichtslandschaft bestehen ersichtliche Parallelen. Ein maßgeblicher Unterschied besteht jedoch darin, dass das Konzept der Gerichtslandschaft stärker einer Bottom-up- als einer Top-down-Perspektive verpflichtet ist und auch deshalb den vormodernen Gegebenheiten besser entspricht. Denn schon begrifflich enthält das Wort Verfassung Aspekte des Ordnen oder Herstellens, die nahelegen, dass die jeweilige Gerichtsverfassung durch ordnende obrigkeitliche Eingriffe gestaltet worden wäre.

Derartige Vorstellungen vermögen allenfalls für das Heilige Römische Reich im 17. und 18. Jahrhundert zu überzeugen, sind jedoch für das Mittelalter und den Beginn der Frühen Neuzeit wenig brauchbar, als Tradition und Herkommen einem Gericht größere Legitimität verliehen als die Ordnungsinteressen des jeweiligen Gerichtsherrn.

In der jüngeren Zeit findet zudem auch der Begriff der Rechtsräume Verwendung, der ebenfalls eine Orientierung an Raumkonzepten nach dem sogenannten *spatial turn* nimmt, jedoch – soweit man dieses Konzept, von dem selbst die Befürworter sagen, dass es „unermesslich viele Methodenprobleme“ [5. 61] mit sich bringt, überhaupt in kohärenter Weise fruchtbar machen kann – deutlich weiter gefasst, aber auch umfänglicher methodisch reflektiert ist. Beiden Begriffen, Raum und Landschaft, ist gemeinsam, dass sie ein vordefiniertes Verständnis der Beschaffenheit des untersuchten Raumes voraussetzen, das von dem physikalischen Verständnis eines ‚Containers‘ für menschliche Körper und Gegenstände bis zu dem relationalen Verständnis eines in ständiger Veränderung begriffenen Raums sozialer Interaktionen reicht [8. 425]. Folgt man, wie hier vorgeschlagen, diesem relationalen Verständnis von Raum und Landschaft, bietet die Bezugnahme auf die vormodernen Gerichte im Gegensatz zu dem ebenfalls abstrakten und relationalen Begriff des Rechts eine hilfreiche

Einschränkung des ansonsten ausufernden Raumbegriffs, die diesen für rechtshistorische Forschungen handhabbar werden lässt.

Vor dem Hintergrund der vorgenannten Überlegungen sollte bei der Verwendung des Begriffs Folgendes beachtet werden: Zunächst bietet sich das Konzept der Gerichtslandschaften insbesondere für die Analyse vormoderner Gerichte an, die nicht derselben Gerichtsherrschaft unterfielen. Darüber hinaus sollte berücksichtigt werden, dass der Begriff der Landschaft nicht zu der Annah-

me einer tatsächlichen, d. h. ontologischen, (Kultur-)Landschaft verleiten darf, die an romantisierende Landschaftskonstruktionen seit dem 19. Jahrhundert erinnert und Vorstellungen von Struktur, Ordnung und Harmonie evoziert [6. 279–284]. Daher müssen insbesondere die Kommunikationsprozesse in den Blick genommen werden, welche die jeweilige Landschaft konstituieren, und der Begriff Gerichtslandschaft ausschließlich als Forschungsbegriff betrachtet werden, der mit den Erkenntnismitteln der zeitgenössischen Justiznutzer nicht fassbar war.

LITERATUR

- [1] Anja Amend, Anette Baumann, Stephan Wendehorst, Steffen Wunderlich: Recht und Gericht im frühneuzeitlichen Frankfurt zwischen der Vielfalt der Vormoderne und der Einheit der Moderne. Einleitung, in: dies. (Hrsg.): Die Reichsstadt Frankfurt als Rechts- und Gerichtslandschaft im Römisch-Deutschen Reich, München 2008, 9–13.
- [2] Anja Amend-Traut, Josef Bongartz, Alexander Denzler, Ellen Franke, Stefan A. Stodolkowitz: Gerichtsvielfalt und Gerichtslandschaften. Annäherungen und Perspektiven, in: dies. (Hrsg.): Unter der Linde und vor dem Kaiser. Neue Perspektiven auf Gerichtsvielfalt und Gerichtslandschaften im Heiligen Römischen Reich, Köln/Weimar/Wien 2020, 9–37.
- [3] Anette Baumann, Anja Amend, Stephan Wendehorst: Einleitung, in: Anja Amend, Anette Baumann, Stephan Wendehorst, Siegrid Westphal (Hrsg.): Gerichtslandschaft Altes Reich. Höchste Gerichtsbarkeit und territoriale Rechtsprechung, Köln/Weimar/Wien 2007, 1–5.
- [4] Josef Bongartz: Gericht und Verfahren in der Stadt und im Hochstift Würzburg. Die fürstliche Kanzlei als Zentrum der (Appellations-)Gerichtsbarkeit bis 1618, Köln/Weimar/Wien 2020, bes. 29–32.
- [5] Caspar Ehlers: Rechtsräume. Ordnungsmuster im Europa des frühen Mittelalters, Berlin/Boston 2016.

- [6] Gerhard Hard: Der Spatial Turn, von der Geographie her beobachtet, in: Jörg Döring, Tristan Thielmann (Hrsg.): Spatial Turn. Das Raumparadigma in den Kultur- und Sozialwissenschaften, Bielefeld ²2009, 263–315.
- [7] Heiner Lück: Appellationsprivilegien als Gestaltungsfaktoren der Gerichtsverfassung im Alten Reich, in: Leopold Auer, Eva Ortlieb (Hrsg.): Appellation und Revision im Europa des Spätmittelalters und der Frühen Neuzeit (Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, Bd. 1/2013), Wien 2013, 53–66.
- [8] Gerd Schwerhoff: Spaces, Places, and the Historians. A Comment from a German Perspective, in: *History and Theory* 52, 3 (2013), 420–432.

PETER OESTMANN

GEWOHNHEITSRECHT

Gewohnheitsrecht ist eine Rechtsquelle und beruht auf langer Übung und allgemeiner Überzeugung. Darunter versteht man Rechtssätze, die ohne hoheitliche Setzung durch dauerhaft gleichbleibende Praxis und die Überzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit, sie zu befolgen, entstanden sind. Gewohnheitsrecht ist in vielen Rechtskulturen anerkannt, unterlag historisch aber vielfach Inhaltskontrollen und einschränkenden Interpretationen. In Rechtsordnungen, die weitere Entstehungsgründe von Recht kennen, also insbesondere Gesetzgebung, führt Gewohnheitsrecht immer zu **Rechtsvielfalt**. Bei Gewohnheitsrecht, das dem gesetzten Recht zuwiderläuft (sog. *consuetudo contra legem*), stellt sich die Frage nach dem Vrangverhältnis zwischen obrigkeitlich erlassenen und in der Bevölkerung entstandenem Recht. Teilweise haben europäische Juristen in der frühen Neuzeit versucht, diesen Gegensatz aufzulösen. Wenn ein Herrscher bzw. der Staat, so meinten sie, Gewohnheitsrecht nicht verbiete, habe er es damit stillschweigend als eigenes Recht anerkannt (*tacitus consensus*). Deswegen sei es unproblematisch,

wenn Gewohnheitsrecht älteres gesetztes Recht verdränge (Derogation). Solche Lehren versuchen, Gewohnheitsrecht der Sache nach zu verstaatlichen. Ob sie die Rechtsbildung innerhalb der Bevölkerung damit angemessen erfassen können, ist höchst fraglich.

Der Gegensatz von Gewohnheitsrecht und Gesetz setzt eine Rechtskultur mit planmäßiger, zumeist schriftlicher Normsetzung voraus. Für Epochen und Kulturen, denen dieser Gegensatz unbekannt ist, sollte man den Begriff deswegen vermeiden. Stattdessen spricht die deutsche rechtshistorische Forschung seit ca. 1960 zunehmend von Rechtsgewohnheiten. Dieses Kunstwort soll helfen, einen staatszentrierten Rechtsbegriff zu vermeiden. Ob es in überwiegend rechtsgewohnheitlich geprägten Rechtsordnungen daneben weitere Rechtsquellen gibt oder gab und sie damit durch Rechtsvielfalt geprägt sind, ist nicht ausgeschlossen und je nach Einzelfall verschieden. Das deutsche Wort Gewohnheitsrecht entstand spätestens in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts, vermutlich in der Rechtspraxis. Die gelehrte

lateinische Literatur sprach nach römischem Vorbild immer von *consuetudo*, wobei dieser Begriff tatsächliche Gewohnheiten von bindendem Gewohnheitsrecht nicht trennen kann, selbst wenn gelegentlich die Formulierung *ius consuetudinis* auftaucht. Sobald Gewohnheitsrecht aufgezeichnet wird, ändert es seine Überlieferungsform, nicht zwingend aber seinen Rechtsquellencharakter. Im mittelalterlichen kanonischen Recht sprach Gratian deswegen von einer *consuetudo in scriptis redacta*. In demselben Sinne nannten einige italienische Städte, die im späten 12. und frühen 13. Jahrhundert ihr Stadtrecht verschriftlichten, ihre frühesten Aufzeichnungen *consuetudines*.

Wie lang eine Gewohnheit bestehen muss, um als Grundlage für die Entstehung von Gewohnheitsrecht zu dienen, haben Juristen unterschiedlich beantwortet. In der römischen oder kanonistischen Tradition orientierte man sich häufig an Verjährungsfristen von bis zu 40 Jahren. Ungelehrte Rechtshonoratioren glaubten teilweise an das gute, alte Recht, später sprach man vom Herkommen. Ob eine Gewohnheit innerhalb der gesamten Bevölkerung befolgt wird, ist für die Entstehung von Gewohnheitsrecht unerheblich. Entscheidend ist die einheitliche Handhabung in einem fest umrissenen, über längere Zeit stabilen Personenkreis. Historisch vielfach belegt sind Gewohnheiten für Adlige, etwa im Erbrecht und Ehegüterrecht, und

vor allem im Handelsrecht. Das spezifische Gewohnheitsrecht von Kaufleuten bezeichnet man als **Handelsbrauch**. Diese rechtlich bindenden Kaufmannsbräuche sind zugleich Ausprägungen des **Personalitätsprinzips**. Ob der Fernhandel ein einheitliches Kaufmannsrecht im vormodernen Europa schuf, wird seit dem 19. Jahrhundert kontrovers diskutiert (**Lex Mercatoria**). Wenn es dagegen im Geschäftsleben lediglich eine einheitliche Übung ohne dahinterstehende Rechtsüberzeugung gibt, spricht man abgeschwächt von Verkehrssitte.

Der Geltungsbereich von Gewohnheitsrecht ist grundsätzlich unabhängig von Staatsgrenzen. Es kommt ganz darauf an, in welchem räumlichen Gebiet eine einheitliche Übung herrscht. Die moderne Rechtssprache nennt kleinräumiges Gewohnheitsrecht seit dem späten 19. Jahrhundert Observanz. Das ist terminologisch unglücklich, denn die lateinische *observantia* des gelehrten Rechts bezog sich gerade auf die Befolgung von Normen auch des gesetzten Rechts. Die französischen Coutumes des Ancien Régime waren dagegen von vornherein immer nur regionale Rechte (**Droit Coutumier**). Daneben ist länderübergreifend Völkergewohnheitsrecht anerkannt, bei dem die lange Übung allerdings nicht von der Bevölkerung, sondern von einer einheitlichen Staatenpraxis abhängt.

Gelehrte Rechtswissenschaftler haben in der europäischen Vormoderne häufig versucht, Gewohnheitsrecht zurückzudrängen und auf diese Weise die Rechtsvielfalt zugunsten des übergreifenden gemeinen Rechts zu begrenzen. Sie erklärten kurzerhand die Existenz von Gewohnheitsrecht zu einer beweisbedürftigen Tatsache und bürdeten so den Parteien eines Gerichtsverfahrens die Beweislast hierfür auf. Das Gericht durfte nach dieser Doktrin Gewohnheitsrecht nicht von Amtes wegen ermitteln und anwenden. Erst mit dem Buch „Das Gewohnheitsrecht“ von Georg Friedrich Puchta 1828/37 begann die prozessuale Angleichung von Gewohnheitsrecht und anderen Rechtsquellen. Oftmals sollte die Anerkennung des Gewohnheitsrechts auch von Inhaltskontrollen abhängen. Nach einer Lehrmeinung des **ius commune** waren nur gute und vernünftige Gewohnheiten rechtlich beachtlich. Mit solchen Ansätzen unterwarf man das Gewohnheitsrecht der Deutungshoheit der Rechtswissenschaft.

Ob studierte Juristen die spezifische Befähigung haben, Gewohnheitsrecht leichter zu erkennen als andere Bevölkerungskreise, lässt sich schwer sagen und war insbesondere im 15. Jahrhundert stark umstritten. Die deutsche Historische Rechtsschule des 19. Jahrhunderts erklärte die Juristen aber kurzerhand zu Repräsentanten des Volksgeistes und sprach ihnen die Gabe zu, das im Volk ohne staatliche Setzung gewachsene Recht

in besonderer Weise erkennen zu können. Nach dieser Konzeption entstand Recht in erster Linie ohne staatliche Normsetzung allein aus der Rechtsüberzeugung als wichtigster Rechtsquelle. Im Ergebnis sollte es damit **Rechtseinheit** auf der Grundlage einer christlich überhöhten Volksüberzeugung geben, die sich zugleich in einem „System des heutigen römischen Rechts“ niederschlug.

In modernen Staaten spielt Gewohnheitsrecht nur eine geringe Rolle. Teilweise gibt es Versuche, die ständige Rechtsprechung von Gerichten als Richterrecht und damit mittelbar als Gewohnheitsrecht anzuerkennen. In abgeschwächter Form kannte bereits die Vormoderne den **Gerichtsgebrauch** (*stilus curiae*) als prozessrechtliche Richtschnur. Eine rechtliche Bindung von Gerichten an ihre eigene Praxis ist dem kontinentaleuropäischen Recht aber fremd, in den Ländern des *common law* dagegen weithin anerkannt. Allgemeine Geschäftsbedingungen, so verbreitet sie im Vertragsrecht seit dem europäischen Mittelalter auch sind, stellen juristisch kein Gewohnheitsrecht dar, weil sie immer einseitig sind und nicht aus einer gemeinsamen Geschäftspraxis entstehen.

Als Forschungsbegriff ist Gewohnheitsrecht bzw. Rechtsgewohnheit auch zur Beschreibung von Kulturen geeignet, die sachlich nicht zwischen Sitte, Moral, Recht und Religion unterscheiden und auch sprachlich nicht

zwischen Gewohnheit und Gewohnheitsrecht differenzieren können. Das Erkenntnisinteresse ist hierbei spezifisch auf rechtliche Formen von Normativität ohne Staat

gerichtet. Damit erfasst man zwar nicht den gesamten Bereich von Normativität, ermöglicht aber rechtskulturelle Vergleiche über Epochen- und Ländergrenzen hinweg.

LITERATUR

- [1] Gerhard Dilcher u. a.: *Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten im Mittelalter*, Berlin 1992.
- [2] Fokus: *Legal History in Action. Laying Down Indigenous Customs in Writing*, in: *Rechtsgeschichte* 24 (2016), 219–326, bes.: Emanuele Conte: *Consuetudine, Coutume, Gewohnheitsrecht and Ius Commune. An Introduction*, 234–243.
- [3] Marie Seong-Hak Kim: *Law and Custom in Korea*, Cambridge 2012, 13–40.
- [4] *La Coutume – Custom. Recueils de la Société Jean Bodin pour l’Histoire Comparative des Institutions*, LI–LIV, 1989–92.

SONJA BREUSTEDT

HANDELSBRAUCH

Unter einem Handelsbrauch wird heutzutage eine Kaufleute untereinander verpflichtende Regel im Rahmen kaufmännischer Handelsgeschäfte verstanden, die auf einer gleichmäßigen, einheitlichen und freiwilligen Übung der beteiligten Kreise für vergleichbare Geschäftsvorfälle über einen angemessenen Zeitraum hinweg beruht und der eine einheitliche Auffassung der Beteiligten zugrunde liegt. Zentral im deutschen Recht ist der als Transformationsnorm bezeichnete § 346 HGB, der die rechtliche Wirkung des Handelsbrauchs erst ermöglicht, da der Handelsbrauch selbst weder Gesetz noch verbindliche **Rechtsnorm** ist und keine Wirkung aus sich selbst heraus entfalten kann. Die Rechtswissenschaft des 21. Jahrhunderts differenziert zwischen Handelsgewohnheitsrecht als Rechtsquelle, Handelsübung als faktische Übung und dem zwischen beiden stehenden Handelsbrauch als Verkehrssitte des Handels, die auch ohne Kenntnis oder Akzeptanz der beteiligten Parteien normative Wirkung hervorruft.

Die strikte Trennung zwischen Handelsbrauch, Handelsgewohnheitsrecht und Han-

delsübung ist indes eine moderne Erscheinung. Die ab der Mitte des 16. Jahrhunderts auftretenden Quellenbegriffe sind neben dem lateinischen *usus* vor allem der französische Begriff *usage*, aber auch der niederdeutsche Ausdruck *usantye*. Als deutscher Begriff bildete sich die Handelsusage oder Handlungsusage heraus. Zunächst bezeichnete die *usage* vornehmlich zwischen Kaufleuten vereinbarte oder ortsübliche Zahlungs- oder Wechseltermine. Besonders häufig trat der Begriff *usage* in Zusammenhang mit Wechselbriefen auf. Nicht selten wurden Wechsel *a uso* ausgestellt und damit nach Ortsbrauch (*uso*) fällig. Die Frist betrug je nach örtlicher Gepflogenheit zwischen 14 und 30 Tagen. Hinter der einheitlichen Bezeichnung verbarg sich also eine gewisse **Rechtsvielfalt**. Teilweise bekam der ursprüngliche Handelsbrauch normativen Charakter, wenn die gelebten Wechselbräuche schließlich Eingang in örtliche Wechselordnungen fanden und sie damit geschriebenes Partikularrecht wurden. Ein weiteres großes Feld, in dem Handelsbräuche eine Rolle spielten, war das Seerecht. Eine erste umfassende Aufzeichnung west- und nordeuropäischer Seerechtsbräuche von

12. bis zum 17. Jh. unternahm 1647 der französische Anwalt Étienne Cleirac in seinem Werk „Us et costumes de la mer“, in dem er auch auf die Diskrepanz zwischen **Gewohnheitsrecht** und schriftlichem Recht hinwies.

Neben den Bereichen des Wechsel- und Seerechts begegnet der Begriff Handelsbrauch in der Frühen Neuzeit vor allem im Plural als Handelsbräuche in der nichtjuristischen Literatur. Viele Fernkaufleute legten Handbücher an, in denen sie die Handelsbräuche unterschiedlicher Plätze, von Lissabon bis Ofen und von Neapel bis Nowgorod, notierten. Unter die Handelsbräuche fielen vor allem die ortsüblichen Maße, Gewichte und Münzen. Die Kaufleute notierten aber auch ortsspezifische Regeln zum Unterkauf, zu Arbeitslöhnen, zum Wechselverkehr oder zu Transport- und Zahlungsvorschriften. Die vielen Rechtsfragen, die unerschwellig Eingang in die kaufmännischen Handbücher fanden, aber nicht als solche behandelt wurden, zeigen die offenbar existierende große Diskrepanz zwischen gelebten Handelsbräuchen und im Schrifttum diskutierten rechtlichen Fragestellungen, die unter dem Begriff Handelsbrauch oder Usance in der zeitgenössischen Literatur erörtert wurden.

Im deutschsprachigem kaufmännischen und dann auch juristischen Schrifttum wurde die Handelsusance zunächst ausschließlich für wechselrechtliche Vorschriften verwendet.

Erst Ende des 18. Jahrhunderts bekam die *usance* bzw. der Handelsbrauch mit all seinen Synonymen eine allgemeinere Bedeutung und meinte ortsspezifisches kaufmännisches Gewohnheitsrecht. Diese Entwicklung dürfte der bis dahin mangelnden Beschäftigung studierter Juristen mit dem Handelsrecht geschuldet gewesen sein. Die ortsüblichen Handelsusancen waren regelmäßig zwar innerhalb der das Handelsrecht beherrschenden Kaufmannschaft bekannt, nicht aber unter den am gelehrten Recht ausgebildeten Juristen, sodass die jeweils ortsüblichen Usancen ab der Mitte des 17. Jahrhunderts oftmals mittels kaufmännischer Rechtsgutachten, sogenannter *Pareres*, beigebracht wurden. Aber auch diese Gutachten enthielten noch überwiegend Wechselrecht.

Die Ausweitung des Begriffs Handelsusance bzw. Handelsbrauch erfolgte schließlich auch im normativen Bereich. So sah das 1781 erlassene preußische *Corpus Iuris Fridericianum* vor, dass in Orten ohne Handelsgericht ein erfahrener Kaufmann, der Kenntnis über die Handlungusancen, Gebräuche und Gewohnheiten vor Ort habe, hinzugezogen werden muss (Zweiter Teil, Sechster Titel, § 3). Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861 normierte schließlich die Berücksichtigung des Handelsbrauchs von Gerichts wegen: In Beziehung auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen war auf die

im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen (Art. 279 ADHGB). Ähnlich formuliert es der bis heute im Wortlaut identisch bestehende Art. 346 des Handelsgesetzbuchs (HGB) aus dem Jahr 1897: Unter Kaufleuten ist in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

Parallel zur Normierung des Handelsbrauchs in den handelsrechtlichen Gesetzen nahm im 19. Jahrhundert die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Handelsbrauch durch studierte Juristen wie Goldschmidt oder Laband zu. Der Begründer der modernen Handelsrechtswissenschaft, Levin Goldschmidt, verstand unter einer *Usance* eine kaufmännische oder Handelsgewohnheit oder einen Handelsgebrauch und setzte die *Usance* mit den Quellenbegriffen *usus*, *consuetudo* und *stylus mercatorum* bzw. ihren englischen und französischen Synonymen gleich. Er bezeichnete die *Usance* als größte handelsrechtliche Rechtsquelle, da selbst kodifizierte Reichs- als auch Partikularrechte den Richter in Handelssachen auf kaufmännische Gewohnhei-

ten verwiesen. Goldschmidt sah in den Handelsbräuchen geltendes Gewohnheitsrecht, das die Grundlage für die Verschriftlichung des Handelsrechts ab dem Ende des 17. Jahrhunderts bildete. Eine Differenzierung zwischen Gewohnheitsrecht, Handelsbrauch, Übung oder Sitte nahm Goldschmidt anders als das moderne Schrifttum nicht vor. Der Staatsrechtler Paul Laband hingegen differenzierte zwischen dem Handelsbrauch, den er als *Usance* bezeichnete und in Art. 279 ADHGB verwirklicht sah, und der Handelsgewohnheit, die seiner Ansicht nach in Art. 1 ADHGB Erwähnung fand, der regelte, dass die Berücksichtigung von Handelsgebräuchen Gesetzeslücken schließen sollte. Spätestens mit Labands Aufsatz dürfte die strikte Unterscheidung zwischen Handelsgewohnheitsrecht und Handelsbrauch im Schrifttum etabliert worden sein.

Mit dem im ganzen Deutschen Reich einheitlich geltenden HGB wurde durch die verpflichtende Berücksichtigung der Handelsbräuche die vorhandene Rechtsvielfalt beibehalten, durch ihre das Gericht verpflichtende Anwendung wiederum aber eine Vereinheitlichung des Prozesses gewährleistet.

LITERATUR

- [1] Anja Amend-Traut: Wechselverbindlichkeiten vor dem Reichskammergericht. Praktiziertes Zivilrecht in der Frühen Neuzeit, Köln/Weimar/Wien 2009.
- [2] Sonja Breustedt: Kaufmännische Rechtsgutachten des 18. Jahrhunderts. Die Pareres der Frankfurter Börsenvorsteher in vergleichender Perspektive, Köln/Weimar/Wien 2020.
- [3] Levin Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts, Erster Band, Erste Abtheilung, § 35, Erlangen 1864.
- [4] Phillip Hellwege: Handelsbrauch und Verkehrssitte, in: Archiv für die civilistische Praxis 214, 6 (2014), 853–887.
- [5] Paul Laband: Die Handels-Usancen, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 17 (1872), 466–511.
- [6] Francesca Trivellato: Usages and Customs of the Sea. Étienne Cleirac and the Making of Maritime Law in Seventeenth-Century France, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 84, 1–2 (2016), 193–224.

KARL HÄRTER

INFRAJUSTIZ/INFRAJUDICIAIRE

Das Konzept Infrajustiz (im franz. *Infrajudiciaire*) wird verwendet, um im spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Europa die Bearbeitung und Regulierung von Konflikten und Devianz/Kriminalität außerhalb von Gerichten oder im Zusammenspiel zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Akteuren methodisch zu erfassen. Infrajustiz bezieht folglich außergerichtliche und soziale Praktiken der Konfliktregulierung sowie Alternativen zur formalen Rechtsprechung als konstitutiv mit ein, behält aber das obrigkeitlich-,staatliche' Rechtsgefüge als Bezugsrahmen bei. Insofern bildet Infrajustiz einen Interaktionsraum oder eine Übergangszone zwischen obrigkeitlich-,staatlicher' Justiz und informeller sozialer Autoregulierung von Konflikten bzw. außergerichtlicher und gerichtlicher Konfliktlösung. Im Rahmen des Konzepts erforscht die Kriminalitäts- und Rechtsgeschichte nicht-staatliche Akteure und Konfliktparteien, ihre vielfältigen Rollen und Funktionen und die teils bis ins Spätmittelalter zurückreichenden Interaktions- und Verfahrensweisen.

In der Infrajustiz bedienten sich Parteien oder soziale Akteure mehr oder weniger freiwillig „Dritter“, zu denen neben Amtsträgern aus dem Umfeld von Gerichten (z. B. Schreiber, Schöffen, Friedensrichter) auch Adlige, kirchliche Organe und Amtspersonen (wie Pfarrer), Zünfte bzw. Zunftgerichte, genossenschaftliche Gemeinschaften/Organe, Amtspersonen wie Notare und Advokaten, bürgerliche ‚Honoratioren‘ und Dorfälteste, Nachbarschaften, Familienangehörige oder Paten zählten. Sozial verortet lassen sich diese in den lokalen Eliten und als Funktionsträger lokaler Organe, die über allgemeines Ansehen und Einfluss sowie über spezifische Kommunikationsfähigkeiten und rechtliche Kenntnisse verfügten. Auch Inhaber von Herrschafts- und Jurisdiktionsrechten bis hin zu Fürsten, Kaisern, Bischöfen und Päpsten konnten als ‚Dritte‘ beteiligt sein, die außerhalb des formalen Rechtswegs beispielsweise Gnade oder Asyl gewährten. Die ‚dritten‘ Akteure der Infrajustiz wurden als Vermittler/Mediatoren, Schlichter, Schiedsleute, Interzedierende, Supplikanten, Unterstützer und Kommunikatoren tätig, die zwischen

Parteien schlichteten, aber auch mit obrigkeitlich-staatlichen Gerichten interagierten.

Das Konzept Infrajustiz erfasst zahlreiche Interaktions- und Verfahrensweisen, denen gemeinsam ist, dass Konflikte oder Devianz/Kriminalität nicht auf der Basis von obrigkeitlichen **Rechtsnormen** in formalen Gerichtsverfahren entschieden, sondern unter Beteiligung Dritter gütlich und weitgehend ohne Zwang nach Billigkeit und Ermessen auf der Basis von sozialen oder religiösen Ordnungsvorstellungen ausgehandelt, reguliert oder sanktioniert wurden. Dazu zählen Mediation, Schlichtung, Schiedsverfahren und Sühneverträge, die auf gütliche Einigung, Versöhnung, Vergleich, Wiedergutmachung oder Kompensation zielten, aber auch teilweise öffentliche und formalisierte Praktiken wie Buße, Sühne, Abbitte, Versöhnung, Ehrenerklärungen oder die *réconciliation en publique*.

Ebenfalls dem Bereich der Infrajustiz zuzuordnen lassen sich stärker formalisierte Verfahren wie Dispensgesuche, Bittschriften, Suppliken, *Lettres de cachet*, Fürbitten und Interzessionen, die entweder Betroffene oder Dritte an Gerichte und Obrigkeiten richteten. Sie konnten dazu dienen, ein juridisches Verfahren zu initiieren (oder damit zu drohen), auf diesen informellen Einfluss zu nehmen oder eine formale Entscheidung abzuändern, um Strafen abzumildern oder durch **Begna-**

digung aufzuheben. Letzteres war das Ziel der Gnadenbitten mittels Gnadensuppliken an den Herrscher/Gerichtsherren, die bis ins 18. Jahrhundert hinein eine große Rolle im inquisitorischen Strafverfahren spielten, um fehlende Verteidigungsmöglichkeiten und Rechtsmittel zu substituieren oder außegerichtlich ausgehandelte Vergleiche, Schadenersatz oder Kompensationen einzubringen. Ähnlich wie die Begnadigung diente auch das vormoderne Asyl dazu, ein formales Strafverfahren und Kriminalstrafen zu vermeiden und Sanktionen oder Kompensationen z. B. bei Totschlag, Körperverletzung, Bankrott oder Schulden auszuhandeln. Infrajustizielle Praktiken konnten daher auch einen informellen Zugang zum formalen Justizsystem eröffnen.

Infrajustizielle Akteure und Praktiken hat die Forschung für zahlreiche Konfliktfelder untersucht, von eher ‚privaten‘ Streitigkeiten zwischen Familien, Ehepartnern oder Nachbarschaften, über ökonomische Konflikte bis hin zu Ehr- und Gewaltkonflikten. Noch bis ins 18. Jahrhundert konnten Körperverletzung und Totschlag oder Sexualdelikte wie Unzucht und Ehebruch parallel oder nach einem Strafverfahren infrajustiziell reguliert werden. Dies gilt gerade für geringfügige Delikte wie Verbalinjurien und Schlägereien, wo das private und soziale Interesse an materieller Kompensation und Versöhnung groß, der ‚obrigkeitlich-,staatliche‘ Strafanspruch

jedoch eher gering war. Auch im Bereich der Ehekonflikte und der sexuellen Devianz lassen sich infrajustizielle Praktiken feststellen, die die obrigkeitlich-,staatliche‘ Justiz durch außergerichtliche Einigungen (z. B. über den Unterhalt außerehelicher Kinder oder eheliche Verzeihung) beeinflussen, zur Milderung von Strafen führen und zivilrechtliche Verfahren de facto substituieren konnten. Insofern hatten Obrigkeiten ebenfalls ein Interesse an infrajustiziellen Verfahrensweisen, um Frieden und gute Ordnung herzustellen und eine zu starke Belastung der Justiz zu verhindern.

Infrajustiz weist Bezüge zu Konzepten wie **Justiznutzung** oder *Alternative Dispute Resolution* auf. Gegenüber letzterem berücksichtigt Infrajustiz allerdings, dass in der Vormoderne noch kein geschlossenes staatlich-professionelles Justizsystem auf der Basis eines Gewalt- und Justizmonopols operierte,

neben dem separiert eine autonome „private“ Streitschlichtung existiert hätte. Insofern vermeidet Infrajustiz Dichotomien wie ‚privat-öffentlich‘, ‚außergerichtlich-gerichtlich‘ oder ‚vermitteln-entscheiden‘ und wird der Pluralität des vormodernen Justizsystems eher gerecht (**Rechtsvielfalt**). Freilich können weder die vormoderne Justiz noch die Infrajustiz als herrschaftsfreie Räume konzipiert werden, sondern sie bildeten ein flexibles System miteinander verschränkter formaler und informeller Sozialkontrolle. Insofern erscheint es fraglich, Infrajustiz lediglich als ‚alternativ-substitutives Rechtssystem‘ zu konzeptualisieren, das autonom soziale Konfliktregulierung betrieb. Da sich im vormodernen Europa die Bereiche einer obrigkeitlichen, infrajustiziellen und autonomen sozialen Regulierung von Konflikten und Kriminalität kaum scharf trennen lassen und vielfach überlappten, bleibt freilich auch die Sphäre der Infrajustiz theoretisch unscharf.

LITERATUR

- [1] Benoît Garnot (Hrsg.): *L'infrajudiciaire du Moyen-âge à l'époque contemporaine*, Dijon 1996.
- [2] Benoît Garnot: Justice, infrajustice, parajustice et extra justice dans la France d'Ancien Régime, in: *Crime, Histoire & Sociétés/Crime, History & Societies* 4, 1 (2000), 103–120.
- [3] Karl Härter: Infrajustiz und außergerichtliche Formen der Konfliktregulierung, in: David von Mayenburg (Hrsg.): *Handbuch zur Geschichte der Konfliktlösung in Europa*, Bd. 3: Konfliktlösung in der Frühen Neuzeit, hrsg. von Wim Decock, Berlin 2021, 37–47.

- [4] Karl Härter: Konfliktregulierung im Umfeld frühneuzeitlicher Strafgerichte. Das Konzept der Infrajustiz in der historischen Kriminalitätsforschung, in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung 95 (2012), 130–144.
- [5] Karl Härter: Infrajudicial Modes of Conflict Regulation through Negotiation, Mediation and Arbitration in Early Modern European Criminal Justice, in: Karl Härter, Carolin Hillemanns, Günther Schlee (Hrsg.): On Mediation. Historical, Legal, Anthropological and International Perspectives, New York/Oxford 2020, 15–41.
- [6] Francisca Loetz: L'infrajudiciaire. Facetten und Bedeutung eines Konzepts, in: Andreas Blauert, Gerd Schwerhoff (Hrsg.): Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne, Konstanz 2000, 545–562.

SOPHIA MÖSCH

JUSTICE

THE BIBLICAL-CHRISTIAN ELEMENTS OF *IUSTITIA*

Justice in the biblical and Christian sense is a virtue that is closely linked with the love of God in the first instance and the love of neighbour in the second instance (which is also reflected in the Decalogue). In his early works, Augustine of Hippo started to apply this Christian notion of *iustitia* to social and political ethics. His reasoning was that, because the right love of God involves the right love of neighbour, the Church instils the teaching that relations between family members, citizens as well as between subordinates and superiors (e. g. the people and their ruler) must be maintained by *caritas*, which *iustitia* compels [3. s. v. *Iustitia*]. In early Christianity, it was a matter of course that *pietas* and *caritas* form a pair. However, early Christianity was not in the first place concerned with the state. *Caritas* was considered a responsibility of the individual rather than the state. Only when Christianity was made the state religion in the fourth century, *caritas* increasingly became a public concern for ruler and citizen. Along these lines, *caritas* gained importance in Augustine's political ethics as one of the foremost civic duties. The presence of

caritas in the political sphere also brought a new, Christian dimension to the concept of *iustitia*. The merging of the biblical-Christian with the philosophical-juridical elements of *iustitia* in Augustine's political thought resulted in the belief that *vera iustitia* presupposes *vera pietas*, whose essential feature is the knowledge and love of the true God (as we can see in the instance where *gentilitas* is identified with *iniustitia* in Ambrose's *De officiis*). From this, it follows that, throughout the *De civitate Dei*, Augustine argues that a *societas iusta* is one that worships God correctly. This *societas* is synonymous with the *civitas Dei*, since in the *De civitate Dei* Augustine – based on Marcus Tullius Cicero – establishes *iustitia* as the precondition for a *civitas Dei* [4. 200].

Robert Dodaro, in the *Augustinus-Lexikon* s. v. *iustitia*, claims that in certain letters to public officials and authorities engaged in secular pursuits (e. g. Augustine's *epist. 48 ad Vincentium*), Augustine puts forward an argument concerning the transformation of the four *virtutes civiles* (*sapientia/prudentia*,

temperantia, *fortitudo/magnitudo animi* and *iustitia*) beyond the fundamental level of virtue attained by pagan politicians who lack *vera pietas* (which consists in the knowledge and love of the true God) [3. s. v. *Iustitia*]. By allowing that their conception of *iustitia* is transformed through *fides*, *spes* and *caritas*, Christian politicians, according to Augustine, may fight wars more virtuously than by relying on the Roman concept of *bellum iustum* and may punish offenders with *iustitia* that is moderated by *miserericordia* [4. 55].

This double meaning of *iustitia*, created by the late antique thinkers who were involved in reconciling the Christian ideas about the nature of man's existence in politically organised communities with the change in the Church's mode of existence in the fourth century, culminated in Augustine's alternative definition of "people" (*populus*) based on Cicero's definition of "state" (*res publica*):

Cicero, *De re publica*, I 39 [5. 28]: "A state is the affair of a people; [...] a people is [...] associated in a consensus with respect to justice and welfare for the community." (*Res publica res populi; populus [...] coetus multitudinis iuris consensus et utilitatis communione sociatus.*)

Augustine, *De civitate dei*, XIX 24 [2. 400]: "A people is a rational union of a crowd associated in a concordant communion over things that it loves." (*Populus est coetus multitudinis rationalis rerum quas diligit concordi communione sociatus.*)

The transformed definition of "people" (*populus*) not only laid the foundation for a versatile application of Augustine's own Christian political thought and ethics in later periods. It also fostered a 'pluralism' in the Latin West in terms of different understandings of the quality of justice (*iustitia*) that may exist within politically organised communities.

BIBLIOGRAPHY

- [1] Jed W. Atkins: *Cicero on Politics and the Limits of Reason. The Republic and Laws*, Cambridge 2013.
- [2] Bernhard Dombart, Alfons Kalb (recogn.): *Augustinus Hipponensis. Sancti Aurelii Augustini episcopi De civitate Dei libri XXII.*, Stuttgart 1993.

- [3] Cornelius Mayer, Christof Müller, Robert Dodaro (Ed.): *Augustinus Lexikon*, vol. 3, Basel 2004–2010.
- [4] Sophia Moesch: *Augustine and the Art of Ruling in the Carolingian Imperial Period. Political Discourse in Alcuin of York and Hincmar of Rheims*, Abingdon/New York 2019.
- [5] J. G. F. Powell: *Marcus Tullius Cicero. De re publica; De legibus; Cato maior de senectute; Laelius de amicitia*, Oxford/New York 2006.

KARL HÄRTER

JUSTIZNUTZUNG

Das Konzept Justiznutzung richtet die Perspektive von einer repressiven und disziplinierenden obrigkeitlich-staatlichen Justiz auf die vielfältigen Handlungsmöglichkeiten sozialer Akteure und Konfliktparteien, die im vormodernen Europa justizielle Institutionen aktiv nutzten, um Konflikte zu regulieren, deviantes bzw. kriminelles Verhalten sanktionieren zu lassen und eigene Interessen durchzusetzen. Über die Zivilgerichtsbarkeit hinaus werden von der Forschung vor allem die Strafjustiz und die ‚niedereren‘ Gerichtsbarkeiten beobachtet. Im Mittelpunkt stehen die Bedürfnisse und Interessen der Bevölkerung, die Nachfrage nach Justiz ‚von unten‘, die Rechts- und Justizpraxis und die unterschiedlichen gerichtlichen, infrajustiziellen und außergerichtlichen Verfahrensweisen. Justiznutzung schließt dabei auch Prozesse der Aneignung und Veränderung durch die Nutzer mit ein. Insofern werden Wandlungsprozesse vormoderner Justiz weniger als Ergebnis planvoller Staatsbildung, sondern auch als Folge der Justiznutzung sozialer Akteure gedeutet, auf die die Obrigkeiten reagierte.

Die komplexe Vielfalt unterschiedlicher Gerichtsbarkeiten und Institutionen mit justiziellen Funktionen im vormodernen Europa bilden Ausgangspunkt und Voraussetzung von Justiznutzung, denn dadurch konnten soziale Akteure und Konfliktparteien verschiedene Gerichte wählen und z. T. parallel nutzen. Als paradigmatisch kann die vielgestaltige **Gerichtslandschaft** des fragmentierten Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation gelten. Forschungen zu den Reichsgerichten (Reichskammergericht und Reichshofrat) zeigen z. B. deren strategische Nutzung durch Frauen und Juden. Die Nutzung konnte dabei auf dem ‚ordentlichen Rechtsweg‘ mittels **Appellation** gegen Urteile von Vorinstanzen, aber auch durch erstinstanzliche Klagen und Mandatsgesuche oder weniger formell mittels Supplikationen an den Kaiser erfolgen.

Folglich richtet Justiznutzung den Blick nicht nur auf eine bestimmte Gerichtsbarkeit oder ein Gericht. Sowohl für die Reichsgerichte als auch für spezifische Konfliktfelder hat die Forschung die parallele Nutzung unterschiedlicher Gerichte belegt wie z. B. von

kirchlichen Gerichten, Zivilgerichtsbarkeit und Strafjustiz in familiären und ehelichen Konflikten. So nutzten unverheiratete Frauen durch Selbstanzeigen bei Unzuchtsdelikten das inquisitorische Strafverfahren, um neben einer Zivilklage Unterhaltsansprüche gegen zahlungsunwillige Väter ihrer illegitimen Kinder durchzusetzen.

Forschungen zur Reichsgerichtsbarkeit bestätigen ebenfalls die generelle Beobachtung, dass Justiznutzung keineswegs nur auf obrigkeitliche Entscheidungen zielte. Vielfach wurden Verfahren nicht durch ein Urteil beendet, sondern ‚versandeten‘, und Konflikte wurden nicht justiziell, sondern außergerichtlich gelöst. Eine Klage konnte dabei als Druckmittel dienen, um eine außergerichtliche Streitschlichtung zu erzielen. Insofern integriert Justiznutzung auch außergerichtliche und infrajuzizielle Praktiken und weist Interdependenzen mit dem Konzept **Infrajuztiz/Infrajuziciaire** auf: Mediation, Schlichtung oder **Begnadigung** wurden neben formellen Gerichtsverfahren eingesetzt, um Konflikte zu regulieren oder Kriminalität und Strafen auszuhandeln. Auch höhere Strafgerichte berücksichtigten in Ehr- oder Gewaltkonflikten außergerichtlich ausgehandelte Kompensationen oder soziale Sanktionen wie öffentliche Abbitten, die von den Akteuren z. B. mittels Supplikationen in das ordentliche Strafverfahren eingebracht wurden.

Weiterhin bezieht Justiznutzung stärker die lokale Niedergerichtsbarkeit mit ein, darunter insbesondere die Frevel- und Rügegerichte. War doch die vormoderne Niedergerichtsbarkeit durch eine große Vielfalt an Gerichten sowie obrigkeitlicher und sozialer Institutionen und Akteure gekennzeichnet. Neben der Amtsgerichtsbarkeit waren lokale Verwaltungsinstitutionen, kirchliche Amtsträger der geistlichen Gerichtsbarkeit, genossenschaftliche und kommunale Gerichte und lokale Funktionsträger an der Bearbeitung von Konflikten und der Sanktionierung der entsprechenden Delikte (wie z. B. Forst- und Flurfrevel) beteiligt. Da es sich meist nicht um professionelle Juristen, sondern um Laien handelte und die Verfahren einen geringen Formalisierungsgrad aufwiesen, ergaben sich für soziale Akteure zahlreiche Möglichkeiten der Nutzung semi-justizieller, infrajuzizieller und außergerichtlicher Verfahrensweisen. Für Ehr- und Gewaltkonflikte hat die Forschung gezeigt, dass lokale Akteure sowohl Frevel- und Rügegerichte nutzten, um z. B. Schadenersatzansprüche oder Kompensation über das Rügeverfahren und die Schöffen durchzusetzen, als auch mittels Anzeige den Konflikt als ‚Policeyvergehen‘ bei der lokalen Amtsgerichtsbarkeit vorbrachten, die in einem nur gering formalisierten Policeystrafverfahren Sanktionen verhängte.

Justiznutzung bezieht folglich die ganze Bandbreite justizieller, infrajustizieller und außergerichtlicher Handlungsmöglichkeiten und Praktiken ein und bietet Anknüpfungspunkte an komplementäre Konzepte wie *Access to Justice*, *Forum Shopping* und *Popular Justice*, die ebenfalls die Akteurs- und Interaktionsperspektive adressieren. Kritisch einzuwenden ist, dass die vormoderne Justiz kaum als herrschaftsfreier Raum konzipiert werden kann, den die Bevölkerung beliebig für autonome Konfliktlösung nutzen konnte. Justiznutzung behält vielmehr das vormoderne Rechtssystem als Bezugspunkt bei, das bei der Bearbeitung von Konflikten und Kriminalität Eigendynamiken und Eigenlogiken entwickelte. Zudem konnte die Zugänglichkeit von Gerichten insbesondere durch soziale Faktoren oder hohe Kosten begrenzt sein. Daher sollte Justiznutzung die Dimen-

sionen von Herrschaft, sozialer Ungleichheit und unterschiedlicher Macht- und Definitionspotentiale nicht ausblenden und kann als Form verschränkter formeller/vertikaler und informeller/horizontaler Sozialkontrolle verstanden werden, die für soziale Akteure wie für die Obrigkeiten nur eine Option bildete, um sozialen Frieden und Ordnung herzustellen. Der Mehrwert des Konzeptes besteht folglich darin, dass es die Perspektiven im Hinblick auf nicht-justizielle Akteure und Verfahrensweisen und die Wechselwirkungen zwischen Gerichten, Infrajustiz und sozialer Konfliktregulierung erweitert und vergleichende Untersuchungen der gerichtlichen und infrajustiziellen Bearbeitung von Konflikten und Devianz/Kriminalität in vormodernen Gesellschaften in globaler Perspektive ermöglicht.

LITERATUR

- [1] Martin Dinges: Frühneuzeitliche Justiz. Justizphantasien als Justiznutzung am Beispiel von Klagen bei der Pariser Polizei im 18. Jahrhundert, in: Heinz Mohnhaupt, Dieter Simon (Hrsg.): Vorträge zur Justizforschung. Geschichte und Theorie, Bd. 1, Frankfurt a. M. 1992, 269–292.
- [2] Martin Dinges, Justiznutzungen als soziale Kontrolle in der Frühen Neuzeit, in: Andreas Blauert, Gerd Schwerhoff (Hrsg.): Kriminalitätsgeschichte. Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne, Konstanz 2000, 503–544.
- [3] André Griemert: Der Reichshofrat in der Justiznutzung von Juden in der Herrschaftszeit Rudolfs II. – Die Causa Israel von Lübbecke contra Hilmar von Quernheim, in: Christoph

Kampmann, Ulrich Niggemann (Hrsg.): Sicherheit in der Frühen Neuzeit. Norm, Praxis, Repräsentation, Köln u. a. 2013, 548–568.

- [4] Karl Härter: Kriminalität und Praxis der Strafjustiz im geistlichen Territorialstaat des Alten Reiches. Sexuelle Delinquenz und Justiznutzung im frühneuzeitlichen Kurmainz, in: Marco Bellabarba, Gerd Schwerhoff, Andrea Zorzi (Hrsg.): *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo Medioevo ed età moderna/Kriminalität und Justiz in Deutschland und Italien. Rechtspraktiken und gerichtliche Diskurse in Spätmittelalter und Früher Neuzeit*, Bologna/Berlin 2001, 101–134.
- [5] Karl Härter: Infrajustiz und außergerichtliche Formen der Konfliktregulierung, in: David von Mayenburg (Hrsg.): *Handbuch zur Geschichte der Konfliktlösung in Europa*, Bd. 3: Konfliktlösung in der Frühen Neuzeit, hrsg. von Wim Decock, Berlin 2021, 37–47.
- [6] Griet Vermeesch, Manon van der Heijden, Jaco Zuijderduijn (Hrsg.): *The Uses of Justice in Global Perspective, 1600–1900*, London 2019.

PETER OESTMANN

KODIFIKATION

Eine Kodifikation ist die umfassende und abschließende Regelung eines gesamten Rechtsgebietes durch ein Gesetz. Sie verwirklicht **Rechtseinheit** innerhalb ihres Geltungsbereichs und beseitigt regelmäßig entgegenstehende ältere Rechte, Teilregelungen oder regionale Vorschriften. In der Rechtswissenschaft und in der Rechtsgeschichte handelt es sich bei dem Begriff Kodifikation um einen festen Terminus. Die bloße Verschriftlichung von Recht, der Erlass von Spezialgesetzen ebenso wie die Gesetzgebung neben weiterbestehenden anderen Quellen stellen grundsätzlich keine Kodifikationen dar. Auch privat geschaffene größere Regelungswerke führen nicht zur Kodifikation ihres Gegenstandes. Der Erlass einer Kodifikation setzt nicht zwingend einen modernen Staat, mindestens aber einen Herrscher oder eine hierarchische Organisation voraus.

In dieser begrifflichen Zuspitzung war *das Corpus Iuris Civilis*, die bedeutendste Rechtsquelle der abendländischen Tradition, eine Kodifikation im technische Sinne. Der oströmische Kaiser Justinian befahl 529 in der *Constitutio Tanta*, dass künftige Rechtsstreitigkeiten ausschließlich auf der Grundlage

der von ihm erlassenen Institutionen, Pandekten und des Codex entschieden werden durften. Die Berücksichtigung älterer und anderer Rechtsquellen war verboten, alle Gerichte sollten das kaiserliche Gesetzbuch in ihrer Rechtsprechung beachten. Härteste Strafen drohten demjenigen, der versuchte, in der Praxis andere Gesetze zu berücksichtigen (Cod. 1, 17, 2, 19 und 24). Diese Grundsätze lassen sich fast unverändert in den auf der iberischen Halbinsel entstandenen frühmittelalterlichen *Leges Visigothorum* wiederfinden. Mit der **Rezeption** in der Zeit ab 1100 verlor das römische Recht dann seinen Charakter als Kodifikation. Es war nicht mehr alleinige Rechtsquelle, und seine Autorität beruhte nach Auffassung der Gelehrten auf der schriftgewordenen Vernunft (*ratio scripta*). Beginnend mit Hermann Conring setzte sich ab 1642 die Auffassung durch, das römische Recht sei durch praktischen Gebrauch und Gerichtsübung seit dem Mittelalter neu verbreitet worden. Damit war es nur noch eine Autorität unter vielen. Mittelalterliche und frühneuzeitliche Rechtsbücher oder Stadt- und Landrechte erhoben ohnehin nie den Anspruch, vollständig und abschließend zu sein. Das gilt auch für die *Constitutio*

Criminalis Carolina, das Strafgesetzbuch von 1532, das ausdrücklich unbenannte Fälle und den Rückgriff auf das gelehrte Recht zuließ.

Die große Rechtsüberlieferung der mittelalterlichen Kirche, das *Corpus Iuris Canonici*, stellt keine Kodifikation dar. Sein erster Teil, das *Decretum Gratiani*, ist eine private Zusammenstellung älterer Quellen. Der 1234 verkündete *Liber Extra*, die Sammlung päpstlicher Dekretalen, bildet zwar das größte Gesetzeswerk des europäischen Mittelalters, erhob aber nie den Anspruch auf alleinige Befolgung und wurde auch schnell durch andere Sammlungen von Papstgesetzen ergänzt. Erst der 1917 in Kraft getretene *Codex Iuris Canonici* kodifizierte das katholische Kirchenrecht in einem einheitlichen Gesetzbuch.

Die gelehrte Grundlegung der Kodifikationsidee erfolgte durch den englischen Juristen und utilitaristischen Philosophen Jeremy Bentham in den Jahren um 1800. Genau in dieser Zeit begann in der Gesetzgebung das Kodifikationszeitalter. Die bayerischen Kodifikationen der Naturrechtsepoche aus den 1750er Jahren behielten die subsidiäre Geltung des römisch-kanonischen Rechts bei und besaßen daher noch nicht den später typischen Exklusivitätscharakter. Das änderte sich mit dem preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794, das weitgehende Rechtseinheit im gesamten Königreich ver-

wirklichte. Im Gesetzgebungsverfahren war zunächst der Titel Gesetzbuch vorgesehen. Diesen Begriff lehnte der König jedoch ab, weil die Rückübersetzung aus dem französischen Wort *code* zu stark nach Rechtsgleichheit im Gefolge der Französischen Revolution klang. In der Kodifikationsidee sahen die Zeitgenossen also den Kern gleicher rechtlicher Freiheit unmittelbar enthalten. Wegweisend für das 19. Jahrhundert wurde sodann der französische *Code Civil* von 1804. Er beseitigte die Zweiteilung Frankreichs in ein pays de **Droit Coutumier** und ein pays de **Droit Écrit**. Durch die napoleonischen Eroberungen prägte der Code Civil die Rechtskultur mehrerer europäischer Länder und beeinflusste auch den US-amerikanischen Bundesstaat Louisiana. Das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (1811), das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch (1900), das schweizerische Zivilgesetzbuch (1912) und der italienische *Codice civile* (1942) sind weitere wichtige europäische Kodifikationen. Als Rechtsquellentyp sind Kodifikationen nicht auf das Zivilrecht beschränkt. Staatsverfassungen, Prozessordnungen, Handelsgesetzbücher und insbesondere Strafgesetzbücher erfüllen oftmals ebenfalls die Merkmale von Kodifikationen. Im Strafrecht verlangt der *nulla poena sine lege*-Grundsatz nachgerade, dass alle strafbaren Handlungen in einem einheitlichen Gesetz zusammengestellt sind. Zahlreiche Staaten in Südamerika und Asien haben dieses europäische Modell über-

nommen. In der Gesetzgebungspraxis ist das Kodifikationsideal dabei nur selten vollständig verwirklicht. Lücken im Gesetz werden mehrfach zugestanden und auf verschiedene Weisen geschlossen, etwa durch den Richter als Ersatzgesetzgeber (Schweiz) oder durch Rückfrage bei der Regierung (Rom, Westgoten, Preußen). Als subsidiäre Rechtsquelle ist **Gewohnheitsrecht** teilweise ausdrücklich zugelassen, so etwa in Deutschland.

Kodifikationen sind formal-technische Möglichkeiten des Staates, Rechtseinheit herzustellen. Inhaltlich sind sie weder für Gewaltenteilung noch für Rechtsstaatlichkeit zwingend erforderlich. Insbesondere die anglo-amerikanische Tradition des common law verzichtet auf Kodifikationen und traditionell sogar weitgehend auf Gesetzgebung. Auch die Historische Rechtsschule des 19. Jahrhunderts versuchte Rechtseinheit ohne Kodifikation, sondern durch Wissenschaft zu erreichen. Nach dem Zweiten Weltkrieg begann eine Debatte, ob der moderne Staat die Kraft zur Kodifikation verloren habe bzw. ob Kodifikationen als gesetzgeberisches Ideal

überhaupt notwendig seien. Hierfür setzte sich das Schlagwort Dekodifikation durch [insbesondere 4]. Es gibt allerdings das erneuerte niederländische Burgerlijk Wetboek von 1992, das erhebliche Ausstrahlung unter anderem auf die Nachfolgestaaten der Sowjetunion entfaltete. Zugleich wird die mit der Kodifikation bezweckte Rechtseinheit durch moderne Überlappungen immer stärker zurückgedrängt. EU-Richtlinien, Verbraucherschutz, Tarifverträge, internationale Schiedsgerichtbarkeit, aber auch die teilweise Rückkehr zum Personalitätsprinzip sind nur wenige Beispiele für die Abkehr vom Kodifikationsgedanken. In der historischen Rechtsvergleichung ist teilweise bereits von nichtstaatlichen Kodifikationen die Rede. Statt vom Gesetzbuch spricht man untechnisch und geradezu vormodern nur noch von Autoritäten. Möglicherweise ist das Kodifikationszeitalter parallel zum Niedergang der klassischen Staatsgewalt seit ca. 1960 ausgelaufen. Die interdisziplinäre Verständigung über Kodifikationen ist durch die unterschiedliche Begriffsschärfe in einzelnen Geisteswissenschaften deutlich erschwert.

LITERATUR

- [1] Jeremy Bentham: Principles of the Civil Code (1786), in: John Bowring (Hrsg.): The Works of J. Bentham, Bd. 3, New York 1962 [1838], 155–210.
- [2] Jeremy Bentham: A General View of a Complete Code of Laws (1802), in: John Bowring (Hrsg.): The Works of J. Bentham, Bd. 3, New York 1962 [1838], 297–364.

- [3] Pio Caroni: *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel 2003.
- [4] Natalino Irti: *L'eta della decodificazione*, Mailand 1979.
- [5] Nils Jansen: *The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, Oxford 2010.
- [6] Jan H. A. Lokin, Willem J. Zwalve, Cornelis J. H. Jansen: *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, Den Haag 52020.
- [7] Bernd Mertens: *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikation*, Tübingen 2004.
- [8] Stanislaw Salmonowicz (Hrsg.): *La codification européenne du Moyen-Age au siècle des Lumières*, Warschau 1997.
- [9] Reinhard Zimmermann: *Codification. History and Present Significance of an Idea*, in: *European Review of Private Law* 3 (1995), 95–120.

ANDREA NICOLAS

LAW AS CULTURE

(RECHT ALS KULTUR) [GER]

Law as Culture bezeichnet einen Theorie- und Methodenansatz im Überschneidungsfeld von soziologischer, anthropologischer und juridischer Rechtsforschung. Zentrale Aussage darin ist, dass Recht durch Kultur konstituiert wird (und damit zugleich Bestandteil von Kultur ist), und umgekehrt Kultur entscheidend durch Recht geprägt wird. Der Ansatz kennzeichnet einen *cultural turn* in der wissenschaftlichen Untersuchung rechtlicher Erscheinungen [9]. Er widerspricht Rechtsauffassungen, die von einer Isolation des Rechts in der Gesellschaft ausgehen [8. 5], und daher Recht allein aus seiner eigenen Logik heraus erklären. Stattdessen unterstreicht der Ansatz, dass Recht jeweils in spezifischen kulturellen und historischen Kontexten geformt wird, kulturell konstruiert ist, und in seiner gegenwärtigen Form und Wirkung ebenfalls im jeweiligen sozialen und kulturellen Kontext verstanden werden muss. Recht wäre damit Teil der Kultur und nicht als abgeschlossene, unabhängige Domäne zu betrachten.

Als Vorläufer dieser „kulturellen Wende“ könnte man die deutsche historische Rechtsschule vom Beginn des 19. Jahrhunderts betrachten, die allerdings in ihrer Betonung nationaler Eigenheiten eine andere Richtung nahm [6. 844]. Weitgehend unabhängig davon entwickelte sich in den USA der 1980er Jahre das Feld der *Legal Culture(s)*. Die deutschsprachige Wissenschaft brachte eine vergleichbare rechtssoziologische Forschungstradition hervor. Die in Deutschland insbesondere seit den 2010er Jahren erstarkende Theorierichtung, die unter dem Begriff *Recht als Kultur* bekannt ist, steht in Tradition dieser Ansätze [4]. Sie verortete sich in ihrer Entstehung stärker in der historisch-soziologischen Diskussion deutsch- und französischsprachiger soziologischer Klassiker (ab dem 18. Jh. und der Wende zum 20. Jh.) als ihr amerikanisches Pendant, das vor allem auf die amerikanische Gegenwartsgesellschaft (beginnend mit den 1970er Jahren) abzielte [9]. In seiner anthropologischen Ausprägung wurde das Feld von den Arbeiten von Lawrence Rosen inspiriert, einem in Marokko und den USA forschenden

den Anthropologen und Juristen. In seinem 1989 erschienenen Werk *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society* prägte er maßgeblich den Begriff Law as Culture [7]. Später baute er diesen Ansatz in *Law as Culture: An Invitation* (2006) zu einem weitergefassten, kulturell-historisch vergleichenden Ansatz aus, der namensgebend für diese Theorierichtung wurde [8].

Eine Kernaussage der Theorie von *Law as Culture* beinhaltet, dass „offizielle“ Formen des Rechts nicht getrennt von der weiteren normativen Ebene erklärt werden können [1. 105]. Rechtliche „Tatbestände“ beispielsweise basieren auf normativen Standards und Verhaltenserwartungen in der Gesellschaft, so etwa in der Frage, was als legitime Entnahme und was als Diebstahl gilt. Auch rechtliche Wahrheitsfindung und Faktizität lassen sich nicht losgelöst von kulturellen Narrativen und Anschauungen über die Welt verstehen [1. 104]. Die Zuweisung dessen, was als Information juristisch zugelassen oder zu einem Fakt erklärt wird, welche Art der Aussage als überzeugend und richtig gelten kann, und was umgekehrt als spekulativ oder irrational eingeordnet wird, ist an spezifische Setzungen gebunden. In einem Fall können DNA-Tests als legitime Beweisführung dienen, in anderen Fällen Gottesurteile oder die öffentliche Meinung. Rechtliche Begründungen und Verfahren sind demnach kulturell verortet [8. 133]. Ihr Stil und Inhalt

können viel über die kulturellen Wertvorstellungen einer Gesellschaft aussagen [10]. Das betrifft in besonderem Maße auch Moralvorstellungen, die in verschiedenen Rechtssystemen unterschiedlich verankert sind [8. 23]. Deutlich wird dies auch in der Frage, welche rechtlichen Übertretungen welche Formen von Strafe oder Sanktion nach sich ziehen sollen [3]. Eindringliches Beispiel hierfür ist die Todesstrafe, die in vielen Rechtsordnungen aus ethischen Erwägungen heraus ausgeschlossen wird, während sie andernorts als legitim erachtetes Strafmaß verhängt wird [2]. Recht und Strafe können aus dieser Sicht als „kulturelle Artefakte“ [3] bezeichnet werden. Untersucht man Recht als Teil der Kultur, kann man auch verfolgen, wie sich Normen und Werte über die Zeit hinweg verändern [10], zum Beispiel im Erb- und Eherecht.

Rechtliche Institutionen (Gerichte, Gesetzbücher, Verfahren) sind demnach nicht einfach „da“, sondern das Ergebnis historischer Entwicklungen und oft auch sozialer und kultureller Auseinandersetzungen [2. 11]. Umgekehrt prägt Recht maßgeblich kulturelle Gegebenheiten, Ansichten und soziale Interaktionen in der Gesellschaft [6. 850]. Rosen zufolge trägt Recht dabei zur Schaffung einer „ganzen Kosmologie“ bei [8. 11], sei es über seine definitorische Autorität bei der Erstellung sozialer Kategorien („Bürger“, „Minderjährige“, „Straftäter“, „Ehegatten“), oder über gesetzliche Vorschriften.

Während der Begriff *Rechtskultur* von manchen Autoren als eine eigenständige „Kultur des Rechts“ innerhalb der Gesellschaft verstanden wird, verneint der Ansatz von *Law as Culture* die Vorstellung einer Isolation oder vollkommenen Autonomie des Rechts. Ein gegebenes Rechtssystem mag demzufolge zwar eine charakteristische Vergangenheit haben, über eigene Terminologie und Personal verfügen, aber selbst bei intensiver Spezialisierung wäre es dennoch nicht kulturell isoliert [8. 4–5]. Professionelle Arbeitsteilung und eine Differenzierung von Laien und Experten können, anders betrachtet, eben gerade auch Merkmal eines bestimmten kulturellen Kontextes sein.

Die Theorie des *Law as Culture* ist in Kontexten des Rechtspluralismus von besonderer Bedeutung. Indem sie die kulturell-spezifischen Eigenheiten und Hintergründe einzelner Rechtssysteme thematisiert, kann die Theorie zur Erklärung von **Rechtsvielfalt** beitragen. Ihre Grundannahme widerspricht der Idee eines universal gültigen „Naturrechts“ [8. 65]. Sie hinterfragt damit zugleich die öffentliche Selbstzuschreibung von Objektivität, Zeitlosigkeit oder auch Neutralität

einzelner Rechtssysteme. Recht definiert sich zwar selbst oft im Singular, müsste demnach jedoch grundsätzlich im Plural gedacht werden, als *Law(s) as Culture(s)*. Neben der deskriptiven und analytischen Ebene hat dies auch eine normative Dimension: staatliches Recht wäre demnach nur eines unter vielen (ebenso wie es verschiedene staatliche Rechte gibt), und müsste seinen übergeordneten Geltungsanspruch gegenüber anderen Formen der Rechtlichkeit erst durchsetzen, gesondert begründen oder neu aushandeln. Ist Recht relativ? Obwohl die Theorie des *Law as Culture* auf Implikationen einer konkreten Anwendung wenig eingeht, so hat doch die Möglichkeit einer kulturellen „Relativität des Rechts“ durchaus juristische Relevanz. Kritiker des Ansatzes bemängeln vor allem die Unschärfe des Kulturbegriffs (oder auch eine mögliche essentialisierende Überbetonung von „Kultur“) [5], und stellen die Frage, wenn Recht überall in der Kultur ist, was dann eigentlich *nicht* Recht sei [9. 477]. Ebenso wenig erklärt die Theorie Momente des Transfers, wandernde Modelle des Rechts, oder gegenseitige Verwebungen von Rechtssystemen in globalen Kontexten.

LITERATUR

- [1] Paul Schiff Berman: The Enduring Connections Between Law and Culture: Reviewing Lawrence Rosen, Law as Culture, and Oscar Chase, Law, Culture and Ritual, in: The American Journal of Comparative Law 57 (2009), 101–111.
- [2] Christian Boulanger, Austin Sarat: Putting Culture into the Picture. Toward a Comparative Analysis of State Killing, in: Austin Sarat, Christian Boulanger (Hrsg.): The Cultural Lives of Capital Punishments. Comparative Perspectives, Stanford 2005, 1–45.
- [3] David Garland: Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory, Oxford 1990.
- [4] Werner Gephart, Jan Christoph Suntrup (Hrsg.): Rechtsanalyse als Kulturforschung II, Frankfurt am Main 2015.
- [5] Thomas Gutmann: Recht als Kultur? Über die Grenzen des Kulturbegriffs als normatives Argument. Baden-Baden 2015.
- [6] Menachem Mautner: Three Approaches to Law and Culture, in: Cornell Law Review 96, 4 (2011), 839–867.
- [7] Lawrence Rosen: The Anthropology of Justice. Law as Culture in Islamic Society, Cambridge 1989.
- [8] Lawrence Rosen: Law as Culture. An Invitation, Princeton/ Oxford 2006.
- [9] Susan S. Silbey: Legal Culture and Cultures of Legality, in: John R. Hall, Laura Grindstaff, Ming-Cheng Lo (Hrsg.): Handbook of Cultural Sociology, London 2010, 470–479.
- [10] Erin E. Stiles: The Anthropology of Law, in: Paolo Barbaro (Hrsg.): Ethnology, Ethnography and Cultural Anthropology. UNESCO - Encyclopedia of Life Support Systems (EOLSS), 2022 [2002].

ANDREA NICOLAS

LAW AS CULTURE

(RECHT ALS KULTUR) [ENG]

Law as culture refers to a theoretical and methodical approach in the overlapping field of sociological, anthropological and juridical legal research. Its central statement is that law is constituted by culture (and is therefore at the same time a part of culture), and that culture, in turn, is decisively shaped by law. The approach marks a *cultural turn* in the scientific investigation of legal phenomena [9]. It dissents with legal opinions that assume that law exists in isolation from society [8. 5] and that wish to explain law solely according to its own internal logic. Instead, the *law as culture* approach stresses that law emerges in specific cultural and historical contexts, is culturally constructed, and in its current form and operation must also be understood in the respective social and cultural context. The approach emphasizes that law is part of culture and should not be regarded as a closed, independent domain.

The German historical school of law from the beginning of the 19th century could be regarded as a precursor of this *cultural turn*,

although it took a different direction in its emphasis on national peculiarities [6. 844]. The field of *legal culture(s)* developed largely independently of this in the USA in the 1980s. German-speaking scholarship produced a comparable research tradition in the sociology of law. The theory known as *Recht als Kultur*, which has gained strength in Germany particularly since the 2010s, stands in the tradition of these approaches [4]. When it came into being, it was positioned more strongly in the historical-sociological discussion of German and French-language sociological classics (from the 18th century and the turn of the 20th century) than its American counterpart, which is primarily focused on contemporary American society (beginning with the 1970s) [9]. In its anthropological form, the field was inspired by the work of Lawrence Rosen, an anthropologist and jurist researching in Morocco and the United States. In his 1989 work *The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society*, he coined the term *law as culture* [7]. He later developed this tenet in *Law as Culture: An*

Invitation (2006) into a broader, cultural-historical comparative approach, which gave this theory its name [8].

A core tenet of *law as culture* is that ‘official’ forms of law cannot be explained separately from the broader normative level [1. 105]. Legal ‘facts’, for example, are based on normative standards and behavioral expectations in society, such as the question of what counts as legitimate removal and what counts as theft. Legal truth-finding and factuality cannot be understood in isolation from cultural narratives and views of the world [1. 104]. The assignment of what is legally permitted as information or declared a fact, what kind of statement can be considered convincing and correct, and what is conversely classified as speculative or irrational, is tied to specific assumptions. In one case DNA tests may serve as legitimate evidence, in other cases ordeals or public opinion. Legal justifications and procedures are therefore culturally located [8. 133] and their framing and content can testify to a society’s cultural values [10]. This particularly applies to ideas of morality, which may have different groundings in different legal systems [8. 23]. This is also conveyed in which legal violations should entail which forms of punishment or sanctions [3]. A poignant example of this is the death penalty, which is precluded in many jurisdictions for ethical reasons, while being used as a sentence considered legitimate elsewhere

[2]. From this point of view, law and punishment can be described as “cultural artefacts” [3]. In examining law as part of culture, one can also follow how norms and values change over time [10], for example in inheritance and matrimonial law.

Legal institutions (courts, codes of law, procedures) are therefore not simply ‘there’, but are the result of historical developments and often also social and cultural conflicts [2. 11]. Law, in turn, significantly shapes cultural conditions, views and social interactions in society [6. 850]. According to Rosen, law contributes to the creation of an “entire cosmology” [8. 11], through its authority to define social categories (‘citizens’, ‘minors’, ‘offenders’, ‘spouses’), and through legal regulations.

While the term *legal culture* is understood by some authors as an independent ‘culture of law’ within society, the *law as culture* approach negates the idea of an isolation or absolute autonomy of law. A given legal system may admittedly have a distinctive past, terminology and personnel of its own, but even with intense specialization it would nevertheless not be culturally isolated [8. 4–5]. Viewed from another angle, a professional division of labor and a differentiation between laypersons and experts can also be characteristics of a specific cultural context.

In addressing the culturally-specific peculiarities and backgrounds of individual legal systems, the theory of *law as culture* can contribute to explaining legal diversity. Its basic assumption negates the idea of a universally valid “natural law” [8. 65]. At the same time, it scrutinizes public self-attributions of objectivity, timelessness or neutrality of individual legal systems. Although law often defines itself in the singular, it should better be thought of in the plural, as *law(s) as culture(s)*. In addition to the descriptive and analytical level, this also has a normative dimension: state law would accordingly only be one form of legality among many (just as there are various state laws) and would first have to

assert, justify or renegotiate its superior claim to validity and authority compared to other forms of legality. Is law relative? Although the theory of *law as culture* does not deal with the implications of a concrete application, the possibility of a cultural ‘relativity of law’ has legal relevance. Critics of the approach primarily criticize the vagueness of the concept of culture (or a possible essentializing over-emphasis on ‘culture’) [5], and query, if law is everywhere in culture, what then is actually *not* law [9. 477]. The theory also does not explain moments of transfer, travelling models of law, or the mutual interweaving of legal systems in global contexts.

BIBLIOGRAPHY

- [1] Paul Schiff Berman: The Enduring Connections Between Law and Culture: Reviewing Lawrence Rosen, *Law as Culture*, and Oscar Chase, *Law, Culture and Ritual*, in: *The American Journal of Comparative Law* 57 (2009), 101–111.
- [2] Christian Boulanger, Austin Sarat: Putting Culture into the Picture. Toward a Comparative Analysis of State Killing, in: Austin Sarat, Christian Boulanger (Ed.): *The Cultural Lives of Capital Punishments. Comparative Perspectives*, Stanford 2005, 1–45.
- [3] David Garland: *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Oxford 1990.
- [4] Werner Gephart, Jan Christoph Suntrup (Ed.): *Rechtsanalyse als Kulturforschung II*, Frankfurt am Main 2015.
- [5] Thomas Gutmann: *Recht als Kultur? Über die Grenzen des Kulturbegriffs als normatives Argument*. Baden-Baden 2015.
- [6] Menachem Mautner: Three Approaches to Law and Culture, *Cornell Law Review* 96, 4 (2011), 839–867.

- [7] Lawrence Rosen: *The Anthropology of Justice. Law as Culture in Islamic Society*, Cambridge 1989.
- [8] Lawrence Rosen: *Law as Culture. An Invitation*, Princeton/ Oxford 2006.
- [9] Susan S. Silbey: *Legal Culture and Cultures of Legality*, in: John R. Hall, Laura Grindstaff, Ming-Cheng Lo (Ed.): *Handbook of Cultural Sociology*, London 2010, 470–479.
- [10] Erin E. Stiles: *The Anthropology of Law*, in: Paolo Barbaro (Ed.), *Ethnology, Ethnography and Cultural Anthropology. UNESCO - Encyclopedia of Life Support Systems (EOLSS)*, 2022 [2002].

ANDREA NICOLAS

LAW AS PROCESS [GER]

Mit *Law as Process* („Recht als Prozess“) wird ein Theorieansatz innerhalb der Rechtsanthropologie bezeichnet, der Prozesse der Formierung, der Weitergabe und des Wandels von Recht untersucht. Der Ansatz befasst sich dabei mit der Wirkung von Regelsetzungen in der Rechtspraxis und fragt nach den Möglichkeiten und Grenzen der Herstellung sozialer Ordnung über Recht. Neben Berührungspunkten mit den Feldern der Rechtsrhetorik, des Rechtsrealismus und Theorien der Praxiologie ist ein besonderes Merkmal dieser Theorierichtung ihre Hinwendung zur Berücksichtigung von Zeitlichkeit und Geschichtlichkeit. Der Prozessbegriff wird dabei auf das Recht insgesamt bezogen und ist vom einzelnen ‚Prozess‘ als individuellem ‚Fall vor Gericht‘ zu unterscheiden; letzterer kann jedoch Teil umfassenderer Prozesse der Regulierung und des Wandels sein.

Die Theorie von *Law as Process* entstand in Folge eines *processual turn* in den 1970er und 1980er Jahren als Weiterentwicklung und Reaktion auf kritische Strömungen innerhalb der Rechtssoziologie und Rechtsanthropologie. Dabei ging es um die Frage, ob und wie soziale Ordnung über Recht hergestellt

wird oder überhaupt umfassend hergestellt werden kann. Viele Studien verlagerten den Fokus von Regelmäßigkeit und Einheitlichkeit nunmehr auf „Wandel, auf Prozess über die Zeit, auf Paradox, Konflikt, Inkonsistenz, Widerspruch, Vielfalt und Manipulierbarkeit im sozialen Leben“ [2. 37]. Damit verbunden waren auch Änderungen in der methodischen Herangehensweise: statt der Fokussierung auf das ‚Recht nach dem Buche‘ konzentrierten sich Forschungen nun auf die Teilnahme an tatsächlich stattfindenden Gerichtsverhandlungen, Falluntersuchungen und Strategien der Prozessparteien [1. 14]. Allerdings warf die starke Betonung des Moments freien Aushandelns auch Fragen auf, wie die theoretische Gegenströmung des *Legalism* (Theorie der „Gesetzlichkeit“) betonte [6]. Denn vielfach können Regeln und Rechtsvorschriften von den Akteuren nicht beliebig manipuliert werden [2. 38]. Als Antwort auf diese (noch immer geführte) Debatte versucht der Ansatz von *Recht als Prozess*, zwischen den Positionen von Prozesshaftigkeit und Gesetzlichkeit zu vermitteln. Die Werke *Rules and Processes* (1981) der in Botswana und Südafrika forschenden Rechtsanthropologen und Juristen John L. Comaroff and Simon Roberts [1]

und *Law as Process: An Anthropological Approach* (1978) der in den USA und Tanzania arbeitenden Juristin und Anthropologin Sally Falk Moore [2] gelten als paradigmatische Schriften dieser Tradition.

Eines der Hauptmerkmale des Ansatzes von *Law as Process* besteht in seiner Ausrichtung auf Interaktion in der Rechtspraxis. Es geht darum, „Regelwerke in Aktion“ zu studieren [2. 3]. Streitfälle gelten damit nicht länger als „pathologische“ Abweichung [1. 5], sondern als normaler Teil des Prozesses der Rechts Herstellung, als Moment, wo das Recht tatsächlich „offenbart“ [1. 249], oder überhaupt erst hergestellt wird. Dabei schließen normierte und geordnete Rechtssetzungen einerseits, und konkurrenzorientiertes, politisches Verhalten andererseits einander nicht aus [1. 215–216, 241–244]. Denn selbst in ausgesprochen strategisch behandelten Fällen wird selten unter einfacher Missachtung der Regeln verhandelt, sondern vielmehr gerade durch ihr gezieltes Aufrufen, Zitieren, oder auch bewusstes Umklassifizieren (etwa, wenn in einem Fall von Landstreit Hexerei-Vorwürfe erhoben werden). Die Rechtsregeln als solche können dabei trotz der strategischen Auslegung der Fälle durch ihr affirmatives Zitieren bestätigt oder sogar verstärkt werden.

Die Theorie von *Law as Process* schlägt vor, **soziale Normen** und rechtliche Verfügun-

gen „im Hinblick auf die Wechselbeziehungen von drei Komponenten zu betrachten: die Prozesse der *Regularisierung*, die Prozesse der *situativen Anpassung* und den Faktor der *Unbestimmtheit*“ [2. 39]. Prozesse der Regularisierung umfassen alle Arten, in denen bewusste Anstrengungen unternommen werden, um der sozialen Realität Ordnung und Vorhersehbarkeit zu verleihen, wie staatliche Gesetzeserlasse (die allerdings auch ungewollte oder unvorhergesehene Effekte haben können) [2. 59]. Gegenläufige Prozesse dagegen sind jene, in denen Menschen ihre unmittelbaren Situationen arrangieren, indem sie die Unbestimmtheiten in der Situation ausnutzen oder die Regeln neu interpretieren [2. 50]. Aufgabe der empirischen Rechtsforschung wäre demnach zu untersuchen, wie Prozesse der Regularisierung und gegenläufige Prozesse zusammenwirken [2. 6].

Durch die kumulativen Entscheidungen und Ausgänge einzelner Gerichts- und Verhandlungsprozesse ergeben sich immer wieder Konsequenzen für künftige Fälle [1. 247], die über die Zeit hinweg Rechtswandel bewirken können. Einige Vertreter des prozessualen Ansatzes gehen hier so weit zu sagen, dass *jede* neue Verhandlung eine Änderung des Rechts bedeutet [4], da jeder Fall für sich genommen eine einzigartige Konstellation darstellt und somit auch ihre Begründung und Beschlussfassung ein ‚neuer Fakt‘ ist. Die meisten Prozessanalysen wenden den Begriff

des Rechtswandels jedoch nur auf deutlich hervortretende Änderungen im Recht an. Dass aber auch der Ausgang einzelner Fälle das Recht als Ganzes verändern kann, zeigt das Beispiel von Präzedenzfällen, die in das allgemeine juristische Repertoire eingehen und künftigen Urteilsbegründungen als Vorbild dienen. Umgekehrt wird auch Kontinuität nicht als statischer Zustand, sondern als aktiver Prozess aufgefasst, der über Interaktion und konkretes Handeln der Beteiligten umgesetzt wird. Das kann sowohl aktives Erlernen der Regeln als auch den Willen der Beteiligten erfordern, bestehende juristische Verfahrensweisen fortzuführen.

„Recht im Werden“ erweist sich aus historischer Perspektive als stückweise Veränderung und Anpassung an jeweils konkrete soziale und historische Gegebenheiten [2. 9]. Über die Zeit hinweg führt die Anlagerung vieler solcher Anpassungen zu einem zusammengesetzten, vorab nicht völlig planbaren, Gesamtergebnis [2. 9], das zum Teil erst im Nachhinein in gelehrter Interpretation als innerlich kohärentes Rechtssystem dargestellt wird [2. 9, 10]. Rechtsvorschriften sollten daher immer auch aus historischer Perspektive betrachtet werden [2. 243].

In rechtspluralistischen Kontexten ergeben sich Prozesse des Rechtswandels oft durch das Hinzutreten neuer Wahlmöglichkeiten oder Zwänge durch andere Akteure. Kann

man beispielsweise sagen, dass das ‚alte Recht‘ unverändert weiterbesteht, wenn sich am überlieferten Kirchenrecht in Heirats- oder Scheidungsangelegenheiten nominal nichts ändert, aber die meisten Betroffenen ihren Fall mittlerweile vor staatliche Institutionen bringen? Oder umgekehrt staatliches Recht einheitliche Gesetze proklamiert, jedoch die Mehrheit der Fälle gar nicht vor Gericht gelangen, sondern über lokale Mediation verhandelt werden? Hier wird auch die Bedeutsamkeit des Kontexts deutlich: (ein) Recht steht nicht allein.

Institutionalisierungs- und Kodifizierungsprozesse (**Kodifikation**) stellen häufig unmittlere Reaktionen auf Herausforderungen in pluralistischen Kontexten dar. Die Notwendigkeit, historische Kontaktsituationen als Interaktionsprozesse zu begreifen, die sich (auf allen Seiten) auf das Recht auswirken können, zeigt sich unter anderem an Beispielen wie der angestrebten Harmonisierung des EU-Rechts oder den in Nordostafrika weit verbreiteten inter-ethnischen Verfahren zum Umgang mit Tötungsdelikten [5]. Auch die Entstehung des Seerechts, des internationalen Rechts allgemein, oder auch von Recht in seiner hegemonialen Form, wie ‚Kolonialrecht‘, sind ohne ihre pluralen, historisch verteilten Entstehungskontexte nicht erklärbar. **Rechtseinheit** wäre demnach kein stabiler, voraussetzender, oder neutraler Zustand, sondern müsste in pluralen Kontexten jeweils

erst hergestellt und in historisch veränderten Konstellationen gegebenenfalls neu verhandelt werden. Aus der Langzeitperspektive betrachtet wäre es daher treffender, von Vereinheitlichungsprozessen (oder Versuchen dazu) zu sprechen, die auf Widerstände treffen können und oft bereits in ihrer Entstehung als institutionelle ‚Antwort‘ auf gegenläufige

Prozesse zu begreifen sind (etwa, wenn Kolonialgesetze bestimmte widerständige lokale Praktiken verbieten). Allerdings geht der Ansatz von *Law as Process* wenig auf Fragen von Legitimation und Macht ein. Auch blendet er formalisierte Verfahren, eine weitere wichtige Form des Prozessualen im Recht, weitgehend aus [5].

LITERATUR

- [1] John L. Comaroff, Simon Roberts: *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, Chicago/London, 1986 [1981].
- [2] Sally Falk Moore: *Law as Process. An Anthropological Approach*, London/Henley/Boston 1978.
- [3] Sally Falk Moore: *Comparing Impossibilities. Selected Essays of Sally Falk Moore*. Mit einem Vorwort von John Borneman, Chicago 2016.
- [4] James MacLean: *Rethinking Law as Process. Creativity, Novelty, Change*, Abingdon/New York 2012.
- [5] Andrea Nicolas: *From Process to Procedure. Elders' Mediation and Formality in Central Ethiopia*, Wiesbaden 2011.
- [6] Fernanda Pirie: *Legalism. Rules, Categories, and Texts*, in: Marie-Claire Foblets, Mark Goodale, Maria Sapignoli, Olaf Zenker (Hrsg.): *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, Oxford/New York 2022, 318–332.

ANDREA NICOLAS

LAW AS PROCESS [ENG]

Law as Process is a theoretical approach within legal anthropology that examines the processes of formation, transmission, and change in law. The approach deals with the effect of rule-making in legal practice and asks about the possibilities and limits of creating social order through law. In addition to points of contact with the fields of legal rhetoric, legal realism and theories of praxeology, a special feature of this direction of theory is its tendency to take temporality and historicity into account. The concept of process is related to the law as a whole and is to be distinguished from the individual 'process' as an individual 'case before a court'; however, the latter can be part of broader processes of regulation and change.

The theory of *Law as Process* emerged as a result of a processual turn in the 1970s and 1980s as a further development and reaction to critical currents within legal sociology and legal anthropology. It was concerned with the question of whether and how social order is created through law or can be comprehensively created at all. Many studies shifted the focus from regularity and uniformity to "a focus on change, on process over time, and on

paradox, conflict, inconsistency, contradiction, multiplicity, and manipulability in social life" [2. 37]. This was also associated with changes in the methodological approach: instead of focusing on the 'law according to the book', research now focused on the participation in actual court hearings, case investigations and strategies of litigants [1. 14]. However, the strong emphasis on the element of free negotiation also raised questions, as the theoretical countercurrent of *legalism* (theory of 'legality') emphasized [6], since in many cases rules and legal provisions cannot be manipulated by the actors at will [2. 38]. In response to this (still ongoing) debate, the Law as Process approach attempts to mediate between the positions of processuality and legalism. The works *Rules and Processes* (1981) by legal anthropologists and jurists John L. Comaroff and Simon Roberts [1], working in Botswana and South Africa, and *Law as Process: An Anthropological Approach* (1978) by jurist and anthropologist Sally Falk Moore [2], working in the USA and Tanzania, are regarded as paradigmatic writings in this tradition.

One of the key features of the *Law as Process* approach is its focus on interaction in legal practice. The point is to study "rule-orders in action" [2. 3]. Disputes are no longer considered "pathological" deviations [1. 5], but as a normal part of the law-making process, as the moment when the law actually "is revealed" [1. 249], or is produced in the first place. Standardized and orderly legislation on the one hand and competitive, political behavior on the other are not mutually exclusive [1. 215–216, 241–244], given that, even in extremely strategically treated cases, negotiations are rarely conducted by simply disregarding the rules but rather by purposefully invoking and citing them or even deliberately reclassifying them (e.g., when allegations of witchcraft are made in land disputes). Despite the strategic interpretation of cases, the legal rules as such can be confirmed or even strengthened by their affirmative citation.

Law as Process theory proposes to consider **social norms** (soziale Normen) and legal enactments "in terms of the inter-relationship of three components: the processes of *regularization*, the processes of *situational adjustment*, and the factor of *indeterminacy*" [2. 39]. Processes of regularization include all ways in which conscious efforts are made to bring order and predictability to social reality, such as government legislative acts (which can also have unintended or unforeseen effects) [2. 59]. Countervailing processes, on

the other hand, are those in which people arrange their immediate situations by using the vagueness of the situation or by reinterpreting the rules [2. 50]. The task of empirical legal research would, therefore, be to investigate how processes of regularization and countervailing processes interact [2. 6].

The cumulative decisions and outcomes of individual court and negotiation processes have consequences for future cases [1. 247], which can bring about legal changes over time. Some advocates of the procedural approach go so far as to say that every new hearing means a change in the law [4], since each case represents a unique constellation and, thus, a court's reasoning and decision-making constitutes a 'new fact'. However, most analyses of process apply the concept of legal change only to distinctly discernable changes in the law. The fact that the outcome of individual cases can also change the law as a whole is shown by the example of precedents that are part of the general legal repertoire and serve as models for future judgments. Conversely, continuity is not understood as a static state but as an active process that is implemented through interaction and concrete actions of those involved. This can require both active learning of the rules and the willingness of those involved to continue existing legal procedures.

From a historical perspective, ‘law in the making’ has been shown to be a piecemeal alteration and adaptation to specific social and historical circumstances [2. 9]. Over time, the accumulation of many such adjustments leads to a composite overall result that cannot be fully planned in advance [2. 9], and that often is only subsequently presented in scholarly interpretation as an internally coherent legal system [2. 9, 10]. Legislations should, therefore, always be viewed from a historical perspective [2. 243].

In legal pluralistic contexts, processes of legal change often result from the supervention of new options or constraints from other actors. Can one say, for example, that the ‘old law’ continues to exist unchanged, if nothing nominally changes in the traditional canon law in marriage or divorce matters, but most of those affected now bring their case before state institutions? Or, conversely, if state law proclaims uniform laws, but the majority of cases do not even go to court, and are negotiated via local mediation? The importance of the context also becomes clear here: (one) law does not stand alone.

Institutionalization and codification (**Kodifikation**) processes often represent imme-

diately reactions to challenges in pluralistic contexts. The need to understand historical contact situations as interaction processes that can (on all sides) affect the law is shown in examples such as the intended harmonization of the EU-law or the widespread inter-ethnic procedures in Northeast Africa for dealing with homicides [5]. The emergence of maritime law, of international law in general, or of law in its hegemonic form, such as ‘colonial law’, cannot be explained without these regulations’ plural, historically located contexts of origin. Legal unity (**Rechtseinheit**), therefore, is not a stable or neutral state that can be presupposed to exist. It would first have to be established in plural contexts and, whenever necessary, renegotiated in historically changed constellations. From a long-term perspective, it would, therefore, be more appropriate to speak of *processes* of unification (or attempts at it), which can encounter resistance and often emerge as institutional ‘responses’ to countervailing processes (e.g., when colonial laws forbid certain resistant local practices). However, the *Law as Process* approach does little to address issues of legitimacy and power. It also largely ignores formalized *procedures*, which are another important processual form in the sphere of law [5].

BIBLIOGRAPHY

- 1] John L. Comaroff, Simon Roberts: *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, Chicago/London, 1986 [1981].
- [2] Sally Falk Moore: *Law as Process. An Anthropological Approach*, London/Henley/Boston 1978.
- [3] Sally Falk Moore: *Comparing Impossibilities. Selected Essays of Sally Falk Moore. With a preface by John Borneman*, Chicago 2016.
- [4] James MacLean: *Rethinking Law as Process. Creativity, Novelty, Change*, Abingdon/New York 2012.
- [5] Andrea Nicolas: *From Process to Procedure. Elders' Mediation and Formality in Central Ethiopia*, Wiesbaden 2011.
- [6] Fernanda Pirie: *Legalism. Rules, Categories, and Texts*, in: Marie-Claire Foblets, Mark Goodale, Maria Sapiñoli, Olaf Zenker (Ed.): *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, Oxford/New York 2022, 318–332.

EMILIA MATAIX FERRÁNDIZ

LEGAL MATERIALITY

(ANTIQUITY)

Legal materiality, especially in the context of the history of trading in ancient times is concerned with how materials come to matter to law by being engaged in the production of legal meaning through practices and representations [3]. However, the new materialist approaches tend to regard the very matters or practices as shaping law's effects and often law itself [2]. Law can then be understood as being constituted through routines and praxis, so that it is more about what the objects represent for the practitioners [4], or with it, and concerning how the materials affect legal interactions and practices [6]; [7].

Legal materiality constitutes a theoretical approach that can be used to study manifold phenomena, especially when these reveal traces of **legal pluralism**, because materials and their changing features describe the dynam-

ics of legal and normative interactions, their appropriation within other normative orders, and forms of resistance to assimilation. For example, in the case of commercial activities, these implied a system of interaction among actors from different legal backgrounds and with differing access to justice. The need to use legal materiality is justified because commerce was part of a customary tradition; and thus, it constituted a rich source of experience and practice. In addition, many commercial practices have not left a written record, either due to a lack of preservation, or simply because the practitioners did not feel the need to record their transactions in writing. Thus, in this context, the focus on legal materiality helps us understand what these objects do in society, and how they structure social interactions [1. 160–167]; [5].

BIBLIOGRAPHY

- [1] Nicole Boivin: *Material Cultures, Material Minds: The Impact of Things on Human Thought, Society, and Evolution*, New York 2008.

- [2] Hyo Yoon Kang: *Law's Materiality: Between Concrete Matters and Abstract Forms, or How Matter Becomes Material*, in: Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos (Ed.) *Routledge Handbook of Law and Theory*, London 2018, 458.
- [3] Hyo Yoon Kang and Sara Kendall: *Legal Materiality*, in: Simon Stern, Maksymilian Del Mar, and Bernadette Meyler (Ed.), *The Oxford Handbook of Law and Humanities*, Oxford 2019, 22.
- [4] Bruno Latour: *An Enquiry into the Modes of Existence*, Cambridge, MA 2013.
- [5] Astrid Van Oyen, Martin Pitts: "What did objects do in the Roman world? Beyond representation", in: Astrid Van Oyen and Martin Pitts (Ed.), *Materialising Roman histories*, Oxford 2017, 3–12.
- [6] Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos: *Flesh of the Law: Material Legal Metaphors*, in: *Journal of Law and Society* 43 (2016), 45–65.
- [7] Thomas Scheffer: *Materialities of legal proceedings*, in: *International Journal for the Semiotics of Law* 17 (2004), 365–389.

JAKUB URBANIK

LEGAL PLURALITY

(ROMAN EGYPT)

Tacitus in his often-cited brief reference to Egypt censures her as a particularly riotous and superstitious province, a region oblivious to laws, and unacquainted with magistrates (Tacitus, *Hist.* I 11: *provincia ... superstitione ac lascivia discordans et mobilis, inscia legum, ignara magistratum*). Yet, the reality was quite the opposite. As disruptive as Egypt might have been, yet she was anything but ignorant of the laws. It was the multitude, not the want of them that made administration of justice in this area particularly challenging. The millennial-old local Egyptian legal tradition was enriched with additions brought by the Greek settlers and Graeco-Macedonian occupiers under the Ptolemies. Bringing laws of their original communities, they also contributed to the creation of the legal orders of the three Egyptian poleis (Naukratis, Ptolemais, Alexandria – boasting to be modelled after the mother of all, Athens), and to the fourth one, Antinoopolis founded by Hadrian in homage to his drowned Antinous, too. There were other populations, each with their own order: the Persians and the Jews (whose legal code translation, according to the pseudo-epigraphical *Letter of Aristeas* to

Philocrates was commissioned by one of the early Ptolemaic kings; it apparently happened to complete the holdings of the Library of Alexandria, but perhaps to serve as a source of knowledge on the law applicable to them as Józef Méléze Modrzejewski has argued).

The Ptolemaic courts, the local, Egyptian speaking, *laokritai*, and the Greek dikasteria, alongside the royal tribunal of *chrematistai* applied to the litigants the law of the country (*νόμος τῆς χώρας*) and civic laws (*πολιτικοὶ νόμοι*). These latter ones Hans Julius Wolff interpreted as the national law of the claimants, but they could also be understood as the laws of the particular ethno-politic communities in Egypt (and the already mentioned poleis). Despite the attempts of scholars, the exact functioning and the interactions of these courts remain shrouded. The only attempt to create a set of conflict of law rules of which we know, is a royal edict of Ptolemy VIII Euergetes II (*P. Tebt.* I 5, ll. 207–220). The *prostagma* decided the case-competence seemingly on the basis of the language of the document on which the claim was based, but it does not seem to have made a great impact.

The conquest of the Nile Country transformed the Hellenistic Kingdom into a Roman province of a specific standing: a model 'imperial' province in 30 BCE. Yet the advent of the Romans did not bring a profound structural change. The place of the kings (*locus regum* in the words of Tacitus) in the government was now occupied by the Roman governor, a personal envoy of the princeps, always a Roman equite. He headed the millennial-old system of administration based on exceptionally developed bureaucracy left in place by the occupiers. The administration of justice was, like in the case of any Roman prefecture, vested in the hands of the governor. He was aided in his judicial function by the high officials still of Ptolemaic pedigree – the justice of Alexandria (iuridicus Alexandriae, dikaiodotes), the supervisor of the Privy Purse (procurator of the idioslogos), the epistrategoi. There also judges delegated *ad hoc* to examine singular cases (chiefly Roman military officials or former provincial officers), or to conduct part of the cognition in order to report the results for the final decision of the praefect (strategoi, the chiefs of nome administration) (cf. a somewhat inaccurate description in Strabo *Geography* XVII 1.12–13, who while praising the Romans for restoring to order – or setting anew – the matters of Alexandria and the country, credited them also with creation of the lower administrative offices: epistrategoi, nomarchai, and ethnar-chai).

Under the Caesars, no attempt was made to replace the hitherto existing order of norms regulating legal relations of heterogenous former subjects of the Ptolemies, yet a further complication was only added by ever more visible presence of the Roman citizens: these originating from the West and those of new, among others post-military, creation in the province. In this multiplicity the issue of the appropriate law-application must have arisen anew. How it was in fact applied has been the subject of scholarly debate of juristic papyrology since its creation.

The self-imposed solution of deciding this problem according to the principle of personality of law simply could not find universal application in a society in which cross-ethnic contacts were the daily bread. And so, the legal acts arising from trade, management of estates, &c., would be governed by rules common to the whole population, in some cases imposed by the administrative legal framework of the country (like that of the registration of property), in others, following models to a certain extent freely chosen by the agents (cf. the notable example of slave sales). Contrariwise, the law of origin found its function only in the cases in which one's personal statute was at stake: *i.e.*, broadly understood family law (viz. marriage, legitimacy of offspring – thus also acquisition of civic status, succession, and kinship).

In some instances, however, the Roman authority decided to ignore such framing much to our (and likely their subjects') surprise. One thus becomes hopelessly tangled trying to find a theory that could systematically explain what principle lay beyond these decisions. Two scholars in the recent times have offered different solutions to the problem. Hans Julius Wolff has postulated that the Roman conquest obliterated the hitherto existing set(s) of norms: the demise of the Ptolemies deprived 'their' law of legitimation. The binding force of some of these old provisions (Egyptian, or Greek of whatever provenance) was rooted in the very act of their new (or continuous) application by the Romans. For Józef Méléze Modrzejewski instead, the new rule changed the hierarchy of the sources of the law. Inspired by Jean Gaudemet, he has claimed that the local legal orders survived as customs applicable only in want of a specific Roman provision – the main argument being drawn from an over-generic reading of a passage from Julian's *Digest* (*Dig.* I 3.32 pr.). Even if persuasive, this theory proves problematic and as shown by José Luis Alonso, chiefly because the Romans themselves did not perceive *mores* as an autonomous source of law, and further because the hierarchy of the sources of law in the modernistic sense simply did not exist at the time.

The peregrine laws constantly resurface in numerous decisions of the Roman authori-

ties, sometimes referred to as the 'law of the Egyptians' (νόμος τῶν Αἰγυπτίων), civic laws (ἀστικοὶ νόμοι), (royal) decrees (*prostagmata*), or generically 'statute' (νόμος) and 'custom' (ἔθος). The information on them was often provided by the parties or by legal-experts (νομοκοί) assisting the Roman tribunal. And so, if they cannot be regarded as subordinate or ancillary, the question remains of their status and normativity under Roman law.

The fact that the Roman judge is never bound by the expert opinion or by the local norms at large (cf. *P. Oxy.* xlii 3015: 'it is *best* to declare law for them upon the laws of the Egyptians ...') is not Egypt-specific. Like the republican magistrates in regards to the norms of *ius civile* whose application they deemed inadmissible and thus forestalled, in. al. by the means of *exceptio*, he may ignore the local law if he finds it unequitable or contrary to the Roman '*ordre public*'. Much like the case of administration and bureaucracy, the Romans left the local norms in place after the conquest. They continued to exist and to be applied until they were expressively disappplied or altered by the Roman authority. The guiding principle of law-application – if there was any at all – could be therefore articulated as *lex posterior derogat legi priori*.

BIBLIOGRAPHY

- [1] José Luis Alonso: The Status of Peregrine law in Roman Egypt: “Customary Law” and Legal Pluralism in the Roman Empire, in: *The Journal of Juristic Papyrology* 43 (2013), 351–404, in particular § 4.
- [2] Naphtali Lewis: *Life in Egypt under Roman Rule*, Oxford 1983, esp. chapter 9.
- [3] Joseph Méléze Modrzejewski: La règle de droit dans l’Égypte ptolémaïque. État des questions et perspectives de recherches’, in: *Essays in Honor of C. Bradford Welles*, New Haven 1966, 125–173.
- [4] Méléze Modrzejewski: La règle de droit dans l’Égypte romaine. État des questions et perspectives de recherches, in: D. H. Samuel (Ed.): *Proceedings of the Twelfth International Congress of Papyrology*, Toronto 1970, 317–378.
- [5] Joseph Méléze Modrzejewski: *Loi et coutume dans l’Égypte grecque et romaine. Les facteurs de formation du droit en Égypte d’Alexandre le Grand à la conquête arabe*, Varsovie 2014.
- [6] Jakub Urbanik: Józef inter gentes. On Status and Law between the Centre and Periphery, in: *The Journal of Juristic Papyrology* 49 (2019), 289–345.
- [7] Hans Julius Wolff, Hans-Albert Rupprecht: *Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens in der Zeit der Ptolemäer und des Prinzipats*, München 2002, 115–121, esp. 116–117.

HEIKKI PIHLAJAMÄKI

LEGAL TRANSPLANTS

The Scottish legal historian and comparative law scholar Alan Watson introduced the term legal transplant in 1974. Watson defined legal transplants as “the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another.” [6. 107] Watson claimed that most changes in legal systems have resulted from legal borrowing. Legal development, according to Watson, mostly happens through legal transplants. He denied “the idea of a close relationship between law and society.” [6. 108] In his subsequent writings, Watson stressed the importance of legal elites in transplantation processes.

Watson was not the first to ask why and how laws move, and, in fact, not even the first to speak of transplantation when referring to legal change [1. 669–670]. After the second world war, continental legal historians had been deeply involved in discussions concerning the “reception” of Roman law in medieval and early modern Europe. The notion of legal transplants shifted, nevertheless, a large part of comparatists’ energy towards explaining movement of legal rules, institutions and ideas between legal orders. This was exactly how

Watson had envisaged the task of comparative law scholars [6. 9].

Since the 1970s, legal transplants gradually have become commonplace when discussing diffusion of legal norms. When discussing borrowings and influences from one normative order to another, legal scholars regularly use legal transplants as a tool. As examples, Meryll Dean’s study on the Japanese jury trials and Jean-Louis Halpérin’s research on Western transplants in colonial India could be mentioned.

At the same time, the notion of legal transplants has caused intensive discussions which show little sign of abating. Much of the debate has evolved through critique. Standard counterargument against the idea of legal transplants is that, as a figure of speech, it is misleading. Unlike when a heart or a liver is transplanted, in legal transplantation the object of transplantation does not disappear from its original place.

A more serious criticism came from early on from representatives of the law and society

movement, and addressed the problem that Watson's legal transplants seemed to move in a cultural, social, and political vacuum [1. 651–655]. It was as if transplants followed a logic of their own, which may have to do with the state of mainstream legal scholarship in the 1970s. Most traditional legal scholars, including comparative law scholars, still considered law as a science apart which had little to take or to give to other social sciences. This “black-letter-law” approach was already changing, however, in the 1970s and 1980s, as scholars grouped loosely around law and society movement assumed interdisciplinary methods and started to see legal change as part of social change. Paradoxically, however, it may be said that Watson with his transplants was part of the criticism against the traditional notion of law and legal scholarship. The fall of the Berlin Wall, the collapse of the Soviet Union, and other events accelerating globalization from the 1990s further fueled the interest in the movement of laws [1. 676].

Referring to the difficulty of reproducing a legal institution exactly in the same form as in the original jurisdiction, with the same consequences in that new legal order as in the original one, some comparative law scholars have come to doubt the possibility of legal transplants. The most extreme of these critics has been Pierre Legrand, who claims that transplants are “impossible” because the only

thing that can be “displaced from one jurisdiction to another is ... a meaningless form of words.” The true legal rule is, according to Legrand, always embedded in its social and cultural surroundings, which cannot be transplanted [4. 120].

For most comparatists and legal historians, however, legal transplant in some of its forms has become an important instrument of explaining legal change and influence. Today, few scholars would be willing to detach legal rules and transplants from their cultural and social context so thoroughly as Watson still did in the early 1970s. On the other hand, most would not follow Legrand all the way and deny the possibility of moving legal rules from one normative order to another altogether. Most legal historians and comparatists situate themselves somewhere in the middle of these two extremes, admitting that rules almost always change when they are moved from one system to another. Rules adapt to their new surroundings, and they may also cause changes – sometimes unexpected and even undesirable – in the adopting system. Watson also mentioned this in *Legal Transplants*, although he failed to develop the idea further [6. 97].

Watson's work has given rise to new conceptual terminology as well. Highlighting the changes that legal institutions almost always go through when adapted to another legal or-

der, some authors have preferred the term “legal translations” [4]; [2]. Gunther Teubner, speaking of “legal irritants”, emphasizes the unintended consequences that adoption of a foreign legal rule or institution may produce in the receiving jurisdiction [5]. Depending on aspects which they stress, other scholars have preferred to talk about, for instance, circulation, migration, traveling, adaption, or transposition of legal norms, institutions and ideas [2, 5]. The discussions have also been intertwined with those concerning “entangled histories.”

Watson’s original idea of legal transplants has evolved into many directions and continues to be an object of on-going discussion. This shows that the importance of the concept as a means of explaining is rather increasing than decreasing. In the rapidly globalizing world, debates like this have come increasingly on demand. In fact, a growing part of discussions in the field of comparative law and comparative legal history now deal with these themes, while they also offer fruitful platforms for discussions with neighboring social sciences.

BIBLIOGRAPHY

- [1] John W. Cairns: Watson, Walton, and the History of Legal Transplants, in: *Georgia Journal of International and Comparative Law* 41 (2013), 637–696.
- [2] Lena Foljanty: *Legal Transfers as Processes of Cultural Translation. On the Consequences of a Metaphor*, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series, 2015–09.
- [3] Máximo Langer: From Legal Transplants to Legal Translations. The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, in: *Harvard International Law Journal* 45, 1 (2004), 1–64.
- [4] Pierre Legrand: The Impossibility of ‘Legal Transplants’, in: *Maastricht Journal of International and Comparative Law* 4, 2 (1997), 111–124.
- [5] Gunther Teubner: *Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences*, in: *Modern Law Review* 61 (1998), 11–32.
- [6] Alan Watson: *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens, Georgia 21993.

LESLIE CARR-RIEGEL

LETTER OF MARQUE

Across Europe during the Medieval Period (1000–1550), a letter of marque was a legal instrument designed to solve the issue of un-recompensed injuries perpetrated abroad and debts left by foreigners who never returned. Valid both on land and at sea, the letter of marque permitted the taking of goods belonging not only to a specific individual but embraced collective responsibility, defining their compatriots as equally liable for the injury. Such letters, were released by a local sovereign power, be they a king, emperor, or podesta, to a private individual, permitting them to distrain a specific amount worth of goods for damages committed by a third party. They were issued only in times of peace and could be granted for losses due to: pirate attacks, robbery, unpaid ransom, unpaid dowries, and most commonly, debt default. While unique in their specificities, these letters demonstrate a surprising uniformity of practice as a means of cross-border conflict resolution across medieval Europe. They thus demonstrate a unifying element within a broad geographic zone amidst a plurality of legal regimes.

Such weighty instruments, which had the potential to spark damaging trade wars in a region, were not granted out of hand, but were used as a means of last resort. Plaintiffs seeking a letter of marque were required to provide substantive proof of their injury and further demonstrate that they had sought and failed to receive justice from the relevant local authorities. Only after all diplomatic means had been tried would a letter of marque be issued. The way in which marques were collected depended on the time and place of its release. From very early on, in more centralized polities such as England, Venice, and the Kingdom of Aragon, only “state” officials were authorized to collect reprisals and by the mid-thirteenth century this was true in most regions. Once the specified amount listed in the letter of marque had been collected, all further seizures were to cease. Any excess collected was to be returned to its original owners. Such letters of marque were thus not arbitrary acts of legalized piracy as they have sometimes been portrayed. That is not to say that the system was not ripe for abuse or that individuals never sought to bypass official channels, but that as a legal instrument, letters of marque were specific and limited.

This description is, of course, very different from how the term is more commonly used today. Generally speaking, letter of marque refers to a privateering commission granted to a private person to outfit a ship at his own expense to attack identified enemies during times of war. However, these only came into vogue during the sixteenth century and it was only in the eighteenth century that the term letter of marque was adopted to this second meaning, appearing for the first time in English documents only in 1702. By that time, its earlier meaning had all but faded from use. This unfortunate confluence has thereby led to unending confusion between the two. While the medieval letter of marque was issued in peacetime and in response to a specific offense and its latter brethren in times of war for general outrages, the two share the element of applied collective responsibility which led to the bleed over of terminology.

The inherent unfairness of this system, whereby one man was forced to pay for the sins of another, did not go unnoticed. Both Roman and Canon law expressly forbid the practice of marque and reprisal. Yet, it continued in everyday practice. Kings and city councils tacitly accepted the rectitude of reprisals and at times passed explicit statutes permitting the practice, even while in other circumstances they favored Roman law and sought to abide by Canonical precepts. This led at times to a **conflict of norms** or

simply to the disregard of written law in the face of political expediency. Legal scholars of the era meanwhile, bemoaned such iniquity but simultaneously sought to justify its use. Bartolus de Saxoferrato in his *Tractatus represaliarum* (1354) argued that marque and reprisal was a necessary evil justifiable under *ius divinum* only in the absence of Imperial authority and for a just cause. A few years later, the jurist Giovanni da Legnano in his *Tractatus de bello, de represaliis et de duello* (1375) sought justification in the larger theory of **ius commune** defending it as a type of “particular war” waged in self-defense of the mystical body of the community. Entering the early modern era, Grotius in his *De iure praedae* and *De iure belli ac pacis* (1624) would expand on these themes with his reimagining of the just war doctrine based in natural law and the law of nations.

The original letter of marque came into popular use during the twelfth century and was known by many names: *lauda*, *diritto di pignorazione*, *licenciam mercandi*, *gagiacione*, *represaliae*, and writ of reprisal, among others. Its use proliferated and while procedures to secure and execute a letter of marque differed between polities, the general form remained as described above creating a unified practice across Europe. Given the disruption to trade that such letters of marque could cause, and the legitimate fear of a cycle of retaliatory countermarkes for

goods sequestered in turn, limits and **exemptions** from reprisal quickly became a part of the legal landscape. Bilateral treaties, special privileges, and prohibitions forbidding letters of marque be issued against clergymen, students, ambassadors, courtiers, jesters, women, adolescents, merchants during fairs, soldiers, and anyone trading in foodstuffs, came into being. Reprisals were thus regulated by a combination of legal rulings based upon a messy mixture of both the personality and territoriality principle. The pool of possible victims, while broad in that it encompassed

not just a single individual but the collective persons of a town or region, was thus in practice quite restricted. This fact, combined with the slow grind of justice and applied political pressure could mean that letters of marque could take years or even decades to fulfil. Yet, such means of seeking redress continued to be used into the seventeenth century when they were replaced by other credit security measures. At this point, the use of the term shifted as its historic meaning died out and was instead adopted to the superficially similar maritime privateering commissions.

BIBLIOGRAPHY

- [1] Groves Clark: The English Practice with Regard to Reprisals by Private Persons, in: *American Journal of International Law* 27, 4 (1933), 695–697.
- [2] Randall Lesaffer: Grotius on Reprisal, in: *Grotiana* 41, 2 (2020), 330–348.
- [3] Bryan Dick: Framing ‘Piracy’: Restitution at Sea in the Later Middle Ages (PhD thesis, University of Glasgow), 2010, <http://theses.gla.ac.uk/2244/> (02.05.2022).
- [4] Nicholas A. M. Rodger: The Law and Language of Private Naval Warfare, in: *The Mariner's Mirror*, 100, 1 (2014), 5–16.
- [5] Jasonne Grabher O'Brien: In Defense of the Mystical Body: Giovanni da Legnano's Theory of Reprisals, in: *Roman Legal Tradition* 1 (2002), 25–55.
- [6] F. Landogna: Le Rappresaglie negli Statuti e nelle Carte lucchesi, in: *Rivista Storia del Diritto Italiano* VIII (1935), 68–106.

LESLIE CARR-RIEGEL

LEX MERCATORIA

Lex Mercatoria, also known as *Ius Mercatorum* or the Law Merchant, is a type of customary law utilized to facilitate and govern commercial transactions. Forms of this type of law are identifiable in the medieval period and more recently have reemerged in international trade as the New Lex Mercatoria (NLM).

The status of *lex mercatoria*, indeed its very existence as a “body” of law is complicated by its ephemerality. As a group of generally agreed upon rules and practices, it is a form of customary law that was performed rather than promulgated. These rules and normative practices were developed by merchants to regulate commercial contracts, insurance, bills of exchange, shipping, surety, and partnership agreements. As such, the *lex mercatoria* was only ever written in the statutes of merchant guilds, the customaries of various towns, and decisions made when disputes were adjudicated in special courts. These court sessions were held at seasonal fairs, in harbor ports, and sites where large volumes of trade took place. Given the time sensitive nature of commerce, emphasis was placed on speedy resolution to conflicts and judgment

by one’s peers. While the connection of specific laws linked to markets can be traced back to antiquity, this was not the *lex mercatoria* scholars have later identified, as it came as a gift from a sovereign. What renders *lex mercatoria* so distinctive, is that it is proposed as an autonomous law, created by merchants for merchants with only the tacit approval of the “state”. This idea of a body of rules guarding commercial contracts, separate from Roman, Canon, or Common law, evolved in an era before the nation state. However, its use has been instrumentalized in modern times as companies grapple with the legal complexities of increasingly globalized networks of trade.

The origin and the very existence of *lex mercatoria* has been hotly debated amongst scholars. For some, it was never a substantive law, but rather a construct of the seventeenth century polemicists. It is argued that a medieval *lex mercatoria* never truly existed and it was only at the dawn of colonial expansion, that seeing the term used in a number of medieval documents, the idea was expanded upon in order to bolster arguments made by merchants wishing to adjudicate disputes in

their own courts. A move was then made to link this identified *lex mercatoria* to ancient Roman, Greek, and even Biblical law thereby establishing a suitable pedigree. Later romantic mercantilists of the late nineteenth century adopted the structure proposed and interest in *lex mercatoria* spread across Europe and the United States. It came to be generally held that *lex mercatoria* had arisen during the medieval period out of the Italian communes, who were then rediscovering Roman law, around the year one thousand. It was thereafter adopted through the great international fairs of the age – Champagne, St. Ives, etc. and by the twelfth century, formed a uniform standard of practice.

The assumption that a trans-European, universal, self-regulating law designed, judged, and executed by and for merchants, existed during the late medieval period however, runs immediately into the problem of a credible source base. Certainly, no single handbook of *lex mercatoria* governing rules and procedure existed in Europe during the middle ages and the notion of true uniformity can be dismissed. Yet, it would go too far, as some recent scholars have done, to reject out of hand the entire notion of a *lex mercatoria* existing. Medieval treatises such as the Little Red Book of Bristol and the exitance terms *lex mercatoria* and *ius mercatorum* referring to a body of customs do after all appear in medieval British and Continental documents.

Recent projects such as MICOLL, dedicated to the study of the usage and transfer of these terms and concepts will soon provide more answers.

Taken together, all recent research indicates that, while never a codified law, merchants across medieval Europe and with their trading partners beyond, developed a distinctive group of customs characterized by several factors. These included: regulations distinct from the ordinary law of the land, separate mercantile courts whose procedures included swift summary judgements, a focus on equity in judgements, and an “international” character whereby all merchants regardless of background were treated the same under the law. Beyond this, merchants trading across various kingdoms, duchies, sultanates, and city states, were forced to work around and through the plurality of local version of *lex mercatoria* to achieve their ends.

What is described above is different from the New Lex Mercatoria (NLM), a term equally hotly debated amongst current legal theorists. This modern *lex mercatoria* seeks to establish a set of ground rules to govern the problems that arise when transnational commercial disputes are governed by divergent domestic legal regimes. At stake, is the smooth running of global trade which is frequently hampered by the existing inadequate legal framework. The territoriality principal of public

international law is insufficient to the task of governing international commercial disputes as diversity commonly leads to a conflict of laws. Proponents of NLM, seek to supersede these issues by developing a set of trans- or a- national rules to govern international commercial conflicts. The NLM is similar to the medieval *lex mercatoria* in nothing so much as its obscurity. Both seek the same aim, to

mediate trade conflicts and propose to do so through customs developed by merchants themselves and adjudicated independently from singular state authorities. Yet, no single scholar, let alone practitioner, agrees as to a universal procedure or definition. In both its medieval form and modern incarnation, the *lex mercatoria* remains an ideal half practiced and half imagined.

BIBLIOGRAPHY

- [1] Mary Elizabeth Basile (Ed.): *Lex Mercatoria and Legal Pluralism, a Late Thirteenth-Century Treatise and Its Afterlife*, Cambridge, Mass. 1998.
- [2] Francis M. Burdick: *What Is the Law Merchant?*, in *Columbia Law Review* 2, 7 (1902), 470–485.
- [3] Klaus Peter Berger: *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, Alphen aan den Rijn 2010.
- [4] Charles Donahue Jr.: *Medieval and Early Modern Lex Mercatoria: An Attempt at the Probatio Diabolica*, in: *Chicago Journal of International Law* 5, 1 (2004), 21–38.
- [5] Levin Goldschmidt: *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 1. Lieferung, Stuttgart 1891.
- [6] Charles Gross, Hubert Hall (Ed.): *Select Cases Concerning the Law Merchant*, Vol. 1–3, London 1908/1909.
- [7] Friedrich K. Juenger: *The Lex Mercatoria and Private International Law*, in: *Louisiana Law Review* 60, 4 (2000), 1133–1150.
- [8] Emily Kadens: *The Medieval Law Merchant: The Tyranny of a Construct*, in: *Journal of Legal Analysis* 7, 2 (2015), 251–289.
- [9] MICOLL – *Migrating commercial law and language. Rethinking lex mercatoria (11th–17th century)*, <https://www.micoll-erc.eu/> (06.12.2022).
- [10] William Mitchell: *An Essay on the Early History of the Law Merchant*, Cambridge 1904.

THOMAS DUVE

MULTINORMATIVITÄT

Multinormativität bezeichnet eine Reihe von Phänomenen, von denen einige auch unter den Stichworten **Rechtsvielfalt** oder Rechtspluralismus diskutiert werden. Das Konzept geht allerdings über die üblicherweise mit diesen Begriffen verbundenen Vorstellungen hinaus, weil es auch die praxeologische Dimension einbezieht.

Multinormativität beschreibt damit erstens die Koexistenz verschiedener Rechte in demselben sozialen Raum (so das ältere, bis in die 1970er Jahre zurückreichende Verständnis von Rechtspluralismus). Der Begriff schließt zweitens auch solche modi von Normativität ein, die üblicherweise nicht von dem am staatlichen Modell geprägten Rechtsbegriff als Teil des Rechtspluralismus erfasst werden, also z. B. Zeremonial, Moden, Ritual, Spielregeln oder technische Normen (in diesem Sinne gebraucht Miloš Vec den Begriff Multinormativität [7]). Diese werden in der jüngeren Literatur zum Rechtspluralismus zum Teil auch einbezogen, z. B. wenn einer der wichtigsten Referenzautoren in der Debatte um *legal pluralism*, John Griffith, inzwischen von *normative pluralism* spricht [6]. Bis zu diesem Punkt sind der jüngere Begriffsge-

brauch zu Rechtsvielfalt oder Rechtspluralismus und die Bedeutung von Multinormativität durchaus gleich.

Auch in dieser erweiterten Form bezeichnet Rechtspluralismus allerdings lediglich das, was man in Hart'scher Terminologie die *primary* und *secondary rules* nennt, also unmittelbare Handlungsanweisungen sowie Operationalisierungsregeln. Sie erfassen nicht die vielfältigen anderen regelhaften Bedingungen und Voraussetzungen des Handelns, die von der sog. Praxistheorie, der praxeologischen Forschung, herausgearbeitet worden sind. Auf die Integration dieser Dimension zielt der für die rechtshistorische Analyse konzipierte, insofern gegenüber früheren Verwendungen [7] deutlich erweiterte Begriff der Multinormativität [2].

Mit den regelhaften Bedingungen und Voraussetzungen des Handelns sind vor allem Praktiken gemeint, verstanden als „in Raum und Zeit situierte, sich wiederholende Vollzüge von Sprechakten und Handlungen im Zusammenspiel von Dingen und körperlichen Routinen von Akteuren“ [5. 92]. Es handelt sich dabei um „roughly, what scientists ac-

tually do as opposed to what they say they do“, wie im Blick auf die Wissenschaftsgeschichte lapidar zusammengefasst wurde [1. 139]. Das zeigt, dass Praktiken gerade nicht gleichzusetzen sind mit den oben genannten Operationalisierungsregeln, also den *secondary rules*, z. B. den Regeln der Juristischen Methode. Diese sind die Theorie der Praxis. Praktiken bezeichnen dagegen die „Praxis der Praxis“, also das, was häufig eher vage als Teil der Rechtskultur oder der Rechtstradition o. ä. umschrieben wird. Es kann sich dabei um Regeln gelehrter Praxis handeln, um nur vor Ort oder allein durch Beobachtung zu erwerbendes praktisches Wissen, aber auch um Amtsverständnisse, Denkstile, Leitbilder, ästhetische Normen, als Teil des Habitus inkorporierte Vorstellungen davon, wie man zu einem richtigen Ergebnis kommt etc. [2. 103–295]. Von Teilen der soziologischen Forschung werden solche regelhaften Bedingungen des Handelns auch als Konventionen bezeichnet. Man versteht darunter interpretative Rahmen, die helfen sollen, Handlungssituationen zu beurteilen und zu bewältigen. Diese bilden sich in konkreten Situationen heraus und können in Netzwerkstrukturen oder Institutionen stabilisiert werden.

Praktiken, Konventionen und andere Voraussetzungen und Bedingungen des Handelns wie implizites Wissen sind normativ, weil sie Handlungen strukturieren. In manchen historischen Situationen dürfte der Übergang

zwischen ihnen und Operationalisierungsregeln fließend sein. In anderen allerdings nicht, vor allem, wenn es sich um implizites, lokales oder stilles Wissen handelt (*tacit knowledge*). Wenn z. B. Amtsträger der Kolonialverwaltung in den frühneuzeitlichen Imperien immer wieder darauf hinwiesen, dass man viele Dinge nur dann richtig beurteilen könne, wenn man „vor Ort“ gewesen ist, und zwar nicht nur als Besucher, wird damit auf lokales Wissen verwiesen, das sich nicht in ausdrückliche Regeln fassen ließ. Auch Klugheitslehren sind Teil der juristischen Methodenlehre. Doch ihre Konkretisierung erfolgt nicht willkürlich, sondern hängt von Regeln der Praxis ab. Gerade wenn Rechtsgeschichte sich mit Formen der Normerzeugung beschäftigt, die nicht auf das staatliche Recht der westlichen Moderne hinführen, müssen solche Bedingungen des Handelns besondere Aufmerksamkeit erfahren. Multinormativität ist deswegen ein wichtiger Baustein für eine Methode der Globalrechtsgeschichte [3].

Die Bedeutung praktischen Wissens und damit auch von Praktiken ist in den historischen Geisteswissenschaften seit einigen Jahrzehnten ein zentrales Thema. Auch die Erzeugung von Recht ist in den letzten Jahrzehnten in vielfältiger Weise als Praxis beschrieben worden, z. B. wenn man Rechtsfindung als Handwerk, als kulturelle Kompetenz oder als *bricolage* bezeichnet hat. Hinter diesen Beschreibungen steht rechtstheoretisch ein

pragmatisches Normenverständnis. Dieses beruht auf der Überzeugung, dass es erst und allein der – medial gebundene – Gebrauch ist, der dazu führt, dass bestimmten Sätzen ein bestimmter Inhalt und damit auch Verpflichtungscharakter, also Normativität, zugeschrieben wird. Rechtsgeschichte muss sich

deswegen mit der Rekonstruktion des Wissens beschäftigen, über das die Akteure verfügten, und ein wichtiger Teil dieses Wissens sind juristische Praktiken und Konventionen. Sie lassen sich mit dem Begriff der Multinormativität in die rechtshistorische Analyse einbeziehen [4].

LITERATUR

- [1] Lorraine Daston: The History of Science and the History of Knowledge, in: *KNOW. A Journal on the Formation of Knowledge* 1, 1 (2017), 131–154.
- [2] Thomas Duve: Was ist Multinormativität? – Einführende Bemerkungen, in: *Rechtsgeschichte – Legal History* 25 (2017), 88–101, mit anschließendem Themenfokus, 103–295.
- [3] Thomas Duve: What is global legal history?, in: *Comparative Legal History* 8 (2020), 73–115.
- [4] Thomas Duve: Rechtsgeschichte als Geschichte von Normativitätswissen?, in: *Rechtsgeschichte - Legal History* 29 (2021), 41–68.
- [5] Marian Füssel: *Wissen. Konzepte – Praktiken – Prozesse*, Frankfurt/New York 2021.
- [6] John Griffiths: The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology, in: Michael Freeman (Hrsg.): *Law and Sociology*, Oxford 2006, 49–68.
- [7] Miloš Vec: Multinormativität in der Rechtsgeschichte, in: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), *Jahrbuch der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften* 2008, Berlin, 155–166.

GREGOR ALBERS

NORM, RECHTLICH

(RECHTSNORM)

Die Normen, die für die Rechtswissenschaft von besonderem Interesse sind, sind die Rechtsnormen. Juristisch kann man sie definieren als einen mit Sprache erfassten Teil einer Rechtsordnung. Vollständig ausbuchstabiert, knüpft die Rechtsnorm an die Beurteilung einer tatsächlichen Situation (Tatbestand) eine Folge in der Sphäre des Rechts (Rechtsfolge) („Wer einen anderen tötet, wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft“).

Im heutigen Recht bezeichnet man als Rechtsnormen allgemeine, auf eine Vielzahl von Fällen anwendbare Sätze (Gesetze im materiellen Sinn) (so die Definitionen in Art. 2 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 4 Abgabenordnung). Wenn Juristen über Normen reden, meinen sie meist die einzelne Vorschrift, die sie auslegen müssen. Demgegenüber macht die Rechtstheorie keinen kategorialen Unterschied zwischen allgemeinen und konkreten, geschriebenen und ungeschriebenen Normen. Die Normanwendung etwa durch einen Richter („Rechtsfindung“) lässt sich als Normsetzung für den Einzelfall beschreiben [14. 346–354];

[15. 179–203] – auch soweit sie durch eine überprüfbare Methode bestimmt wird.

Das Wort geht zurück bis auf die *norma* der antiken Architekten, einen rechten Winkel, um Ecken zu messen [21. 9, praefatio 6]. Im übertragenen Sinn wurde es lange Zeit nur gelegentlich gebraucht, um einen Maßstab menschlichen Verhaltens zu bezeichnen ([13], aber [6]). Positivistische Rechtstheoretiker des 19. Jahrhunderts stellten den Begriff der Norm ins Zentrum. Sie verstanden darunter ein Produkt des Willens [3. Lecture I]; [14. 4]. So trennten sie die Existenz einer Rechtsnorm – ihre Geltung – von ihrer sachlichen Rechtfertigung.

Fokussiert man auf die befugte Setzung, hängt die Geltung der Rechtsnorm weder davon ab, dass ihre Adressaten sie als gültig annehmen (Anerkennung), noch davon, dass sie sich konform verhalten (oder gar, dass sie sich deswegen konform verhalten, weil sie sie anerkennen) (Wirkung). Die Geltung ergibt sich aus der Geltung der Ordnung, der die Norm angehört. Abgesehen davon, dass sie

tatsächlich gesetzt wird, bleibt ihr Sollen vom Sein strikt getrennt [14. 9f.]; [15. 3, 36–38, 44–46]; [vermittelnd 12. 103f.: die Ordnung insgesamt muss wirken].

Was Rechtsnormen besagen, wird viel diskutiert [10]. Nach der Imperativtheorie erschöpfen sie sich in Geboten oder Verboten (Befehle; [3. Lecture I, 88]). Inhalte eigener Art sind nach anderer Auffassung Erlaubnisse und Ermächtigungen. Diese erlauben, andere Normen zu setzen, zu ändern und abzuschaffen (nach [12. 81]: *secondary rules*). Für die meisten Vertreter der Imperativtheorie handelt es sich um unselbständige Komponenten komplexerer Befehle [14. 57] (Dass die Parlamentsmehrheit ein Gesetz erlässt, kann man als ermächtigende Norm auffassen oder als Teil einer befehlenden, wonach der Bürger tun soll, was beschlossen wurde). Andere Vertreter reservieren zwar den Begriff der Norm für Befehle, erkennen aber daneben andere Rechtssätze an [5. 9f., 60f., 96–108: „bejahende Rechtssätze“]; dagegen [20. 8].

Dass die Rechtsnorm auf verbindliche Regelung menschlichen Verhaltens zielt, ist weithin anerkannt. Daher sind Eigenschaften von Personen oder Gegenständen nur scheinbar ihr Gegenstand: Ein Industriestandard (eine „Norm“ wie das Papierformat „DIN A4“) schreibt nicht dem Produkt vor, wie es zu sein hat, sondern seinem Hersteller, wie

er es zu machen hat. Jüngst wurde aber ein allgemeiner Begriff vorgeschlagen, wonach Normen Mögliches nicht vorschreiben oder erlauben, sondern positiv bewerten [16. 13f.].

Uneinigkeit herrscht über die Bedeutung der Sanktion. Die meisten halten für der befehlenden Norm wesentlich, dass sie dem Adressaten einen Nachteil androht, falls er sie nicht befolgt [3. Lecture I, 89–91]; (anders [5. 56f., 63–66], mit Blick auf unvollkommene Verbindlichkeiten). Manche lassen auch die Verheißung einer Belohnung genügen [4. Chapter III, xxi]; dazu [10. 227f.]. Die Androhung des Nachteils geschieht bei Rechtsnormen dadurch, dass andere Personen dazu ermächtigt werden oder ihnen befohlen wird, das Geschehen zu beurteilen und ihn zuzufügen („Die zuständigen Behörden sollen denjenigen, der einen anderen tötet, lebenslanglich ins Gefängnis stecken“). So schreibt Hans Kelsen: „Das Geboten-sein eines Verhaltens bedeutet, daß das Gegenteil dieses Verhaltens Bedingung des Gesollt-seins der Sanktion ist“ [14. 26]. Betont man diesen Aspekt, kann die Verhaltensnorm („Niemand darf einen anderen töten“) als bloße Ableitung aus der Sanktionsnorm erscheinen und diese als einzig wahre Norm (zur Frage, ob Kelsen so zu verstehen ist, [7]). Demnach adressiert die Rechtsnorm den Bürger nur, wo sie ihn zur Selbstjustiz ermächtigt. Jedenfalls bei einer solchen Sichtweise kann eine Ordnung „widersprüchliche“ Normen enthalten, nämlich

ein Verhalten ebenso sanktionieren wie das gegenteilige [14. 26f.]; [15. 99–103, 166–179].

Mit Blick auf die Struktur der Norm ist problematisch ihr Verhältnis zur Regel und zum Prinzip. Regeln knüpfen an Bedingungen, deren Vorliegen nur bejaht oder verneint werden kann, eine Rechtsfolge, die entweder eintritt oder ausbleibt. Den Regeln gegenüber stehen Prinzipien (auch: Grundsätze), die angeben, dass etwas in jeder Situation soweit möglich optimiert werden soll ([2. 202–205], auf der Basis von [8]). Ein Widerspruch zwischen Regeln kann nur beseitigt werden, indem man eine in ihrer Geltung einschränkt (**Ausnahme**) oder aufhebt. Prinzipien gelten voneinander unberührt, auch wenn sie in jedem Einzelfall gegeneinander abgewogen werden. Manche benennen nur Regeln als Normen. Für sie kommen Prinzipien nur als Gründe für die Setzung von Normen in Betracht [9. 132–140]. Andere nennen Regeln und Prinzipien zwei Arten von Normen [1. 71–77].

Für Einheit und Vielfalt im Recht ist der Normbegriff doppelt relevant. Zum einen kann er als Instrument dienen, um Rechts-

einheit und Rechtsvielfalt zu analysieren. Vielfältig erscheint eine gegenwärtige oder vergangene Rechtslage insbesondere dann, wenn eine konkrete Situation den Tatbestand mehrerer Rechtsnormen erfüllt, die divergierende Rechtsfolgen anordnen oder verschiedenen Rechtsordnungen angehören (sich überlagernde Normen; **Normenkonflikt**). Eine solche Beobachtung sieht Normadressaten vor der Frage stehen, welche von mehreren Rechtsnormen sie befolgen wollen (insbesondere auch Richter als die Adressaten der Sanktionsnormen). Zum anderen kann der Normbegriff als geistesgeschichtliches Phänomen beobachtet und mit Tendenzen der Vereinheitlichung und Vervielfältigung korreliert werden. Ihre positivistischen und hierarchisierenden Züge machen die Normentheorie seit dem 19. Jahrhundert zum Verbündeten eines Rechtsdenkens, das den Staat als Ursprung allen Rechts konstruiert. Solch ein Denken kann die Anerkennung und Wirkung anderer Normordnungen tatsächlich geschwächt haben; auch indem es staatliche Akteure gegen sie einnahm. Theoretisch wurde es von Vordenkern des Rechtspluralismus wie John Griffith als unzureichend kritisiert.

LITERATUR

- [1] Robert Alexy: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1986.
- [2] Robert Alexy: Zum Begriff des Rechtsprinzips, *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979), 59–87; hier zitiert nach ders.: *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt a. M. 1995, 177–212.
- [3] John Austin: *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Fifth Edition revised and edited by Robert Campbell, 2 Bde., London 1911.
- [4] Jeremy Bentham: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, printed in the year 1780, and now first published, London 1789.
- [5] Karl Binding: *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. 1: *Normen und Strafgesetze*, Leipzig 21890.
- [6] Ennio Cortese: *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Mailand 1964 (nuova edizione Senato della Repubblica 2020).
- [7] Luís Duarte d’Almeida: *Wrongs and Sanctions in the Pure Theory of Law*, in: *Ratio Juris* 35, 3 (2022), 247–257.
- [8] Ronald Dworkin: *The Model of Rules*, in: *University of Chicago Law Review* 35 (1967) 14–46, hier zitiert nach Ronald Dworking: *Taking Rights Seriously*, Second Impression Cambridge/MA 1978, 14–45.
- [9] Josef Esser: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956.
- [10] Thomas Grosse-Wilde: *Die Vielheit der Normen(-theorien) im englischsprachigen und deutschsprachigen Rechtsdiskurs*, in: Anne Schneider, Markus Wagner (Hrsg.): *Normentheorie und Strafrecht*, Baden-Baden 2018, 215–244.
- [11] Christoph Gusy: *Rechtsnorm*, in: Joachim Ritter, Karlfried Gründer (Hrsg.): *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 8, Basel 1992, 291–294.
- [12] Herbert L. A. Hart: *The Concept of Law*, Second Edition 1994, Penelope A. Bulloch, Joseph Raz (Hrsg.), Oxford/New York 1997.
- [13] Hasso Hoffmann: *Norm I. Entstehung des Begriffs – Rechtsphilosophie, Jurisprudenz*, in: Joachim Ritter, Karlfried Gründer (Hrsg.): *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 6, Basel 1984, 906–910.
- [14] Hans Kelsen: *Reine Rechtslehre*, 21960, Neudruck Wien 2000.
- [15] Hans Kelsen: *Allgemeine Theorie der Normen*, Kurt Ringhofer, Robert Walter (Hrsg.), Wien 1979.

- [16] Christoph Möllers: *Die Möglichkeit der Normen*, Berlin 2015.
- [17] Franz Reimer: Norm III. Rechtswissenschaft, in: *Staatslexikon*, Bd. 4, Freiburg i. Br. 82020, 342–346.
- [18] Joachim Renzikowski: Normentheorie – analytisch, oder wie, oder was?, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 10/2022, 575–583.
- [19] Maximilian Reßing: Prinzipien als Normen mit zwei Geltungsebenen. Zur Unterscheidung von Regeln und Prinzipien, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 95, 1 (2009), 28–48.
- [20] August Thon: *Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur Allgemeinen Rechtslehre*, Weimar 1878.
- [21] Vitruvius: *On Architecture*, Bd. 2: Bücher 6–10, übers. v. Frank Granger, Cambridge/MA 1934.

ULRIKE LUDWIG

NORM, SOZIAL

In der Soziologie versteht man unter einer sozialen Norm eine Regel für das in einem bestimmten Interaktionszusammenhang sozial angebrachte, erwünschte und gewissermaßen vorgeschriebene Verhalten der Mitglieder einer Gruppe oder einer Gesellschaft. Soziale Normen werden begriffen als Sollensvorschriften, durch die Verhalten reguliert und organisiert wird.

In systematischer Hinsicht lassen sich mit Popitz vier Kennzeichen sozialer Normen unterscheiden: Soziale Normen zielen auf ein Verhalten, das (1) bestimmten Verhaltensregelmäßigkeiten entspricht, das man als (2) zukünftiges Verhalten erwarten kann, es ist (3) ein gesolltes, erwünschtes Verhalten und schließlich (4) ein Verhalten, das mit einem Sanktionsrisiko bei Abweichungen verbunden ist [6. 85]. Vor allem über den letzten Punkt wird der Unterschied zwischen sozialen Normen und einfachen Verhaltensregelmäßigkeiten (etwa der Wahl eines bestimmten Arbeitsweges) greifbar, die gerade keine Verbindlichkeit besitzen und dem entsprechend auch nicht sanktioniert werden. Wichtig ist, dass Sanktionen im Falle einer Abweichung von der Norm keineswegs im-

mer umgesetzt werden müssen, aber eine Bestrafung sollte prinzipiell denkbar sein und sich im Feld des Möglichen bewegen. Ein Verhalten erwarten und dessen Ausbleiben sanktionieren kann dabei – sieht man von Formen der Selbstbestrafung ab – entweder die unmittelbar vom Normbruch betroffene Person, eine bestimmte Gruppenöffentlichkeit oder aber deren Vertreter, die im Fall eines Normbruchs als Sanktionsberechtigte auftreten [5. 52–57].

Ausgehend von diesen vier Kennzeichen lassen sich ebenfalls vier, einander durchaus überlagernde Wirkungen oder Funktionen sozialer Normen innerhalb von Gruppen oder Gesellschaften, in denen sie gelten, bestimmen. Soziale Normen dienen als Richtlinien für angemessenes Verhalten erstens der Orientierung, sie haben zweitens einen stabilisierenden Effekt, da sie zu einer gewissen Konsistenz und Kontinuität von Verhaltensmustern führen. Soziale Normen haben drittens die Wirkung, Komplexität zu reduzieren, da durch sie die enormen Spielräume menschlichen Verhaltens situativ begrenzt werden und schließlich haben sie viertens eine Koordinierungsfunktion für das Zu-

sammenleben von Menschen in Gruppen oder Gesellschaften [11. 582f.].

Soziale Norm ist dabei als Oberbegriff zu fassen, dem vielfältig bezeichnete und in der Forschung nicht immer klar definitorisch ein- und abgegrenzte Phänomene zu- und untergeordnet werden können (mitunter verbunden mit anderen Begrifflichkeiten, etwa Sitte, Konvention, Brauch, Wert und Moralvorschrift, aber auch **Rechtsnorm**). Der Definition sozialer Normen als Oberbegriff liegt dabei ein Verständnis des Sozialen zugrunde, das als basales Merkmal auf eine Gruppe oder Gesellschaft als Handlungszusammenhang abhebt. Insofern ist menschliche Interaktion innerhalb von Gruppen stets sozial. Das Gegenüber von sozialen Normen, die sich stets einer Mehrzahl von Personen zuordnen lassen, sind demnach individuelle Verhaltensregelmäßigkeiten.

Dieses Verständnis von sozialen Normen wird gerade jenseits der Soziologie nicht immer geteilt, wenn etwa rechtliche und soziale Normen gegenübergestellt werden [8] oder offizielle und soziale [4] oder wie im Konzept der **Normenkonkurrenz** soziale Normen neben religiöse und gemeinwohlorientierte gestellt werden und soziale Normen dann entsprechend enger gefasst sind, indem hierunter Normen verstanden werden, die „auf informellem Wege das Zusammenleben re-

gelten, also nicht auf Schriftlichkeit basieren“ [9. 75].

Solche Fälle eines enger gefassten Verständnisses sozialer Normen als Untergruppe von (zumeist nicht näher definierten) allgemeinen ‚Normen‘ basieren wesentlich auf einem umgangssprachlichen Gebrauch des Begriffes des ‚Sozialen‘ i. S. einer alltäglichen Lebensumwelt, was mitunter eine klare Unterscheidung zwischen verschiedenen Normtypen schwierig macht. Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, dass übergreifende, auf Systematisierung zielende Diskussionen nur schwer möglich sind, da das Verständnis sozialer Normen in den verschiedenen Arbeiten erheblich voneinander abweicht und die definitorischen Engführungen zudem häufig eine raumzeitlich begrenzte Reichweite besitzen. Allerdings zielen auch die immer wieder vorgelegten umfassenden Systematisierungen nicht unbedingt darauf ab, eine methodische Basis für empirische Untersuchungen zu liefern, besonders wenn diese historisch zurückreichen [2; 4].

Sieht man einmal von den unterschiedlichen definitorischen Zugängen ab, ist festzustellen, dass sich ausgehend von der Unterscheidung verschiedener Typen sozialer Normen für bestimmte Handlungskontexte häufig Formen von Normenpluralität beobachten lassen, die zwischen den Polen der Normeninterferenz (i. S. einer wechselseitigen Bekräftigung und

Bestärkung von Normen) und der Normenkonkurrenz angesiedelt sind. Vergleichsweise häufig dürfte allerdings selbst bei einander widersprechenden Verhaltenserwartungen unterschiedlicher Normsysteme der Fall eines unkomplizierten Nebeneinanders einander widersprechender sozialer Normen gewesen sein, denn Normenkonkurrenz tritt letztlich nur dann auf, wenn einander widersprechende Normen zugleich aktualisiert werden und die Konkurrenz damit situativ scharf gestellt wird [1. 145f.] Das bislang vornehmlich in der historischen Frühneuzezeitforschung dis-

kutierte Phänomen von Wertekonflikten oder Normenkonkurrenz [1; 8; 9] lässt sich dabei bei einem weit gefassten Verständnis von Recht und Rechtsnorm durchaus auch als Phänomen von **Rechtsvielfalt** fassen. Besonders augenfällig ist dies für jene vor-moderne Konstellationen, in denen aufgrund fehlender Machtmittel die Chancen der herrschaftlichen Rechtsprechung begrenzt waren [10]. In diesem Zusammenhang wird die Frage, ob überhaupt schon von Rechtsnormen gesprochen werden kann, kontrovers diskutiert.

LITERATUR

- [1] Ulrike Ludwig: Das Duell im Alten Reich. Transformation und Variationen frühneuzeitlicher Ehrkonflikte, Berlin 2016.
- [2] Christoph Möllers: Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität (mit einem neuen Nachwort), Berlin 2018/ engl.: The Possibility of Norms. Social Practice Beyond Morals and Causes, Oxford 2020.
- [3] Jean-Pierre Olivier de Sardan: Practical Norms. Informal Regulations Within Public Bureaucracies (in Africa and beyond), in: Tom De Herdt, Jean-Pierre Olivier de Sardan (Hrsg.): Real Governance and Practical Norms in Sub-Saharan Africa. The Game of the Rules, London 2015, 19–62.
- [4] Karl-Dieter Opp, Michael Hechter (Hrsg.): Social Norms, New York 2001.
- [5] Heinrich Popitz: Die normative Konstruktion von Gesellschaft, Tübingen 1980.
- [6] Heinrich Popitz: Soziale Normen, hrsg. v. Friedrich Pohlmann, Wolfgang Eßbach, Frankfurt a. M. 2006.
- [7] Eric A. Posner: Law and Social Norms, Cambridge 22002.
- [8] Barbara Stollberg-Rilinger, Thomas Weller (Hrsg.): Wertekonflikte – Deutungskonflikte. Internationales Kolloquium des Sonderforschungsbereiches 496 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster, 19.–20. Mai 2005, Münster 2007.

- [9] Hillard von Thiessen: Normenkonkurrenz, in: Münsteraner Glossar zu Einheit und Vielfalt im Recht, <https://doi.org/10.17879/90089657999> (16.10.2023).
- [10] Dietmar Willoweit (Hrsg.): Die Entstehung des öffentlichen Strafrechts. Beiträge zu einer Bestandsaufnahme, Köln 1999.
- [11] Wiswede, Günter: [Art.] Soziale Norm, in: Gerd Reinhold, Siegfried Lamnek, Helga Recke, (Hrsg.): Soziologie-Lexikon, München 42000, 580–583.

HILLARD VON THIESSEN

NORMENKONKURRENZ, HISTORISCH

Der Begriff „Normenkonkurrenz“ bezeichnet in der Rechtswissenschaft Konstellationen, in denen verschiedene **Rechtsnormen** für denselben Sachverhalt zur Anwendung kommen können. Unter diesem Begriff wird an dieser Stelle jedoch ein analytisches Konzept der Geschichtswissenschaft vorgestellt, das den Normenhorizont einer Epoche der lateineuropäischen Geschichte, der Frühen Neuzeit betrifft. Das Normenverständnis orientiert sich an Heinrich Popitz, der betont, dass menschliches Handeln dann, wenn es die Interaktion mit anderen Akteuren betrifft, stets mit „**sozialen Normen**“ verbunden ist [4]. Normen sind im Idealfall wertebasiert, da dies ihrer Akzeptanz förderlich ist. Sie werden teils durch Sozialisation und Erziehung internalisiert und können dann in den Habitus übergehen, teils handeln Akteure aber auch bewusst normengerecht, um ihr Handeln legitim erscheinen zu lassen oder ihre Interessen durchzusetzen. Normen führen somit keine metaphysische Eigenexistenz, sondern werden durch Handlungen von Akteuren bestätigt, verändert oder verworfen.

Normenkonkurrenz an sich kann als anthropologische Konstante gelten. Ihre jeweilige Ausprägung aber ist historisch wandelbar. Der Verfasser hat ein Modell entwickelt, das den Normen- und Wertehorizont der lateineuropäischen Frühen Neuzeit vermisst und ihn als epochenspezifisch ansieht [6. 241–286]. Es geht davon aus, dass die Frühe Neuzeit in Europa durch eine Zunahme von an Akteure gerichteten, teilweise widersprüchlichen Handlungserwartungen auf unterschiedlichen Handlungsfeldern gekennzeichnet war. Dabei werden zu analytischen Zwecken drei Normensysteme unterschieden: das religiöse, das gemeinwohlorientierte und das soziale. Auch **Norm-Praxis-Konflikte** sind demnach Ausdruck von Normenkonkurrenz, da sich in ihnen die Spannung zwischen gesetzten Normen und durch andere Normen bestimmtem Handeln ausdrückt.

Die Wertegrundlage der religiösen Normen ist die göttliche Wahrheit, was ihnen herausragende Legitimität verlieh, und ihr primäres Medium die Heilige Schrift, ergänzt durch

theologische Auslegung. Träger waren sowohl die Vertreter der Konfessionskirchen als auch die Gläubigen selbst. Religiöse Normen bestimmen einerseits das Verhalten im Rahmen religiöser Akte, andererseits aber auch das Feld der „Frömmigkeit“, also der alltäglich gelebten Religiosität. Deren Relevanz nahm mit der Konkretisierung von Jenseitserwartungen bereits seit dem Hochmittelalter zu, da die Lebensführung im Diesseits Konsequenzen für den Ort und die Qualität des zu erwartenden Lebens im Jenseits hatte. Mit der Konfessionsspaltung stieg zudem der Konformitätsdruck auf die Gläubigen, durch ihr Handeln ihre Konfessionszugehörigkeit zu bekunden.

Gemeinwohlorientierte Normen dienen dem Wohl politisch zusammengeschlossener Gemeinschaften. Ihr Grundwert ist das Gemeinwohl. Normative Produzenten waren die Obrigkeiten, aber auch die ihnen unterstellten Untertanen bzw. Bürger, die ihre Erwartungen an die sie Regierenden kommunizierten. Gemeinwohlorientierte Normen richteten sich sowohl an Vertreter der Obrigkeiten, deren legitimen Handlungsraum sie absteckten, als auch an die Untertanen bzw. Bürger, für die sie Regeln festsetzten. Ähnlich wie im Fall der religiösen Normen war das Prinzip der Schriftlichkeit ihrer Gültigkeitsdauer und Stabilität dienlich. Der Aufstieg

der gemeinwohlorientierten Normen erfolgte mit der Staatsbildung und legitimierte diese.

Unter „**sozialen Normen**“ werden in diesem Konzept – enger gefasst als bei Popitz – diejenigen Handlungserwartungen verstanden, die sich aus den Lebensbedingungen und der Sozialstruktur von Gruppen ergaben und die zunächst vor allem auf informellem Wege das Zusammenleben regelten, also nicht auf Schriftlichkeit basierten. Ihre Produktion erfolgte dezentral, ihr primärer Wert war die Ehre. Entsprechend variierten die Handlungserwartungen stark nach Geschlecht, Alter, Stand und materiellen Bedingungen. Ihre Autorität lag in der Einbettung frühneuzeitlicher Akteure in soziale Gruppen und der diese kennzeichnenden „Dichte und Ausweglosigkeit des Beobachtetwerdens“ [3. 51]. Soziale Normen gewannen durch die Hierarchisierung frühneuzeitlicher Gesellschaften und, damit verbunden, der steigenden Bereitschaft, die eigene Ehre zu verteidigen, an Bedeutung. In der Frühen Neuzeit ist eine Tendenz der Verschriftlichung einiger ihrer Regeln und damit ihre Formalisierung zu erkennen [1]; [5. 4–21].

Normenkonkurrenz verschärfte sich in der Frühen Neuzeit, weil einerseits Handlungserwartungen konkreter und energischer an Akteure herangetragen wurden, andererseits aber die für sie bestimmten Handlungsfelder

noch erhebliche Überlappungen aufwiesen. Staatsräson und dynastisches Denken, das christliche Friedensgebot, agonale Ehrkonfliktlogiken und Rechtsnormen standen neben- und gegeneinander und setzten Akteure unter Entscheidungsdruck. Der Konkurrenz von Normen standen aber auch Überlagerungen von Normen gegenüber, die sich dann gegenseitig verstärkten; dies betrifft beispielsweise die religiöse Legitimation weltlicher Herrschaft. Normenkonkurrenz als Gesamtphänomen ist somit als ein latenter Spannungszustand zwischen unterschiedlichen Normensystemen und auch innerhalb von ihnen zu verstehen, der bestimmte kulturelle Handlungsmuster bei Akteuren hervorrief. Diese navigierten durch das Leben zwischen der Wahrung des Seelenheils, der Achtung der Obrigkeit und der Verteidigung der Ehre. Das Resultat dieser Konstellation

war Ambiguitätstoleranz, d. h. die Fähigkeit und Bereitschaft von Akteuren, den normativen Spannungszustand zu akzeptieren und mit ihm, zumeist in kasuistischer Weise, umzugehen. Die **Ausnahme** von der Regel bzw. die **Dispensation** ist unter den Bedingungen von Normenkonkurrenz gewissermaßen der systemische Regelfall. Kulturelle Ambiguität als Resultat von verschärfter Normenkonkurrenz kann demnach als Epochenmerkmal der Frühen Neuzeit gelten, mit einem weit in das Mittelalter reichenden Vorlauf und in deutlicher Abgrenzung zur Moderne [7]. Der entscheidende Unterschied zur Moderne liegt darin, dass normative Eindeutigkeit und die Abgrenzung entsprechender Handlungsfelder nun als durchsetzbares Modernisierungsziel galt, das gleichwohl bislang nicht erreicht wurde [2. 217–237].

LITERATUR

- [1] Birgit Emich: Die Formalisierung des Informellen. Ein Beitrag zur Verwaltungsgeschichte der Frühen Neuzeit, in: Peter Eich, Sebastian Schmidt-Hofner, Christian Wieland (Hrsg.): Der wiederkehrende Leviathan. Staatlichkeit und Staatswerdung in Spätantike und Früher Neuzeit, Heidelberg 2011, 81–95.
- [2] Jens Ivo Engels: Vom vergeblichen Streben nach Eindeutigkeit. Normenkonkurrenz in der europäischen Moderne, in: Arne Karsten, Hillard von Thiessen (Hrsg.): Normenkonkurrenz in historischer Perspektive, Berlin 2015, 217–237.
- [3] André Kieserling: Kommunikation unter Anwesenden. Studien über Interaktionssysteme, Frankfurt a.M. 1999.
- [4] Heinrich Popitz: Soziale Normen, Frankfurt a.M. 2006.

- [5] Barbara Stollberg-Rilinger: Die Frühe Neuzeit – eine Epoche der Formalisierung?, in: Andreas Höfele, Jan-Dirk Müller, Wulf Oesterreicher (Hrsg.): Die Frühe Neuzeit. Revisionen einer Epoche, Berlin/Boston 2013, 4–21.
- [6] Hillard von Thiessen: Normenkonkurrenz. Handlungsspielräume, Rollen, normativer Wandel und normative Kontinuität vom späten Mittelalter bis zum Übergang zur Moderne, in: Arne Karsten, Hillard von Thiessen (Hrsg.): Normenkonkurrenz in historischer Perspektive, Berlin 2015, 241–286.
- [7] Hillard von Thiessen: Das Zeitalter der Ambiguität. Vom Umgang mit Werten und Normen in der Frühen Neuzeit, Köln/Weimar/Wien 2021.

CLARA HARDER/BENJAMIN SEEBRÖKER

NORM-PRAXIS-KONFLIKT

Allgemein (Clara Harder)

Norm-Praxis-Konflikte beziehen sich auf theoretische oder tatsächliche Widersprüche zwischen **Rechtsnormen** und der praktischen Anwendung und Durchsetzung von Recht. Als solche können sie grundsätzlich Ausdruck von **Rechtsvielfalt**, **Normenkurrenz**, fehlendem Kollisionsrecht und/oder fehlender Kongruenz von materiellem und formellem Recht sein. Norm-Praxis-Konflikte machen die genannten Phänomene wahrnehmbar und bieten somit einen möglichen Ansatzpunkt ihrer Erforschung. Die Auseinandersetzung mit solchen vermeintlichen oder historisch dokumentierten Widersprüchen bietet Einblicke, u. a. in das Verhältnis von Gesetzesrecht, **Gewohnheitsrecht** und Richterrecht, über Effektivität eines Rechtssystems oder die Macht der innerhalb einer Ordnung herrschenden und handelnden Autoritäten.

In einem weiteren Sinne können sich Norm-Praxis-Konflikte neben rechtliche auch auf

soziale, kulturelle oder religiöse Normen und Praktiken beziehen. Das Ausbleiben solcher Konflikte ist nicht geeignet, die inhaltliche Qualität der Normen selbst zu beurteilen [9]. Von Norm-Praxis-Konflikten zu unterscheiden sind Aspekte der Rechtswirkung, d. h. der sozialen, politischen, ökonomischen oder kulturellen Folgen rechtlicher Prozesse, die ebenfalls in Konflikt mit den jeweiligen Normen stehen können.

Europäisches Mittelalter (Clara Harder)

In der mittelalterlichen Geschichtswissenschaft wird häufig zwischen ‚Rechtsnorm‘ und ‚Rechtswirklichkeit‘ unterschieden [2. 146f., 167f.]; [8]. Obwohl so gut wie nie explizit von ‚Norm-Praxis-Konflikten‘ gesprochen wird, zeigt diese Differenzierung, dass in der Forschung Uneinigkeit herrscht hinsichtlich der Frage, ob schriftlich fixierte Rechtsvorschriften Aussagen hinsichtlich gängiger rechtlicher oder sozialer Praxis zulassen.

Vor allem in der Frühmittelalterforschung sind Norm-Praxis-Konflikte in diesem Sinne

eher ein erkenntnistheoretisches Problem, da Quellen über die rechtliche Praxis, z. B. Gerichtsakten, im früheren Mittelalter überwiegend fehlen. Entsprechende Informationen können nur den normativen Quellen selbst oder den erzählenden Quellengattungen entnommen werden, deren Aussagewert oft umstritten ist. Der Begriff Norm-Praxis-Konflikt kann in diesem Sinne auch eine Ablehnung zum Ausdruck bringen gegenüber der Vorstellung, man könne eine Übereinstimmung von normativen Rechtsquellen und historischer Wirklichkeit annehmen. Eine Umsetzung schriftlich überlieferter Rechtsnormen in der Rechtspraxis darf aber nicht pauschal vorausgesetzt (oder bestritten) werden, sie muss anhand geeigneter Quellen plausibel gemacht werden.

Aufgrund einer stark lückenhaften schriftlichen Überlieferung ist es methodisch herausfordernd, entsprechende Fragen zu beantworten. So wurden im Mittelalter rechtliche Normen und Vorgänge nicht immer verschriftlicht (z. B. Rechtsgewohnheiten, mündlich geschlossene Verträge), und/oder es ist mit einem erheblichen Überlieferungsverlust zu rechnen, so dass Einblicke in die Rechtspraxis zum Teil Zufallsbefunde sind, deren systemische Bedeutung unklar ist. In anderen Fällen, wie den sogenannten *leges*, wird versucht, mithilfe indirekter Belege, z. B. Benutzungsspuren in der materiellen Überlieferung, die Praxisrelevanz von vor-

modernem Recht wahrscheinlich zu machen [6].

Europäische Frühe Neuzeit (Benjamin Seebröker)

In der Debatte um Norm-Praxis-Konflikte in der Frühen Neuzeit stand bislang das Strafrecht im Vordergrund. Die ältere Forschung versteht unter Norm-Praxis-Konflikten die Abweichungen zwischen angedrohten und tatsächlich verhängten bzw. vollzogenen Strafen nach Normbrüchen. Insbesondere die Strafjustizforschung sieht in dieser Diskrepanz zwischen Normen und Strafpraxis einen Indikator für defizitäre Herrschaft, die nicht imstande war, die eigens gesetzten Normen auch effektiv durchzusetzen [1; 7]. Eine solche Interpretation greift jedoch zu kurz, da sie die Vielfalt der Geltung beanspruchenden Normen neben der obrigkeitlichen Rechtsetzung sowie die Relevanz des Strafprozesses für die Strafzumessung übersieht.

Im Verlauf der Frühen Neuzeit lässt sich zudem verstärkt beobachten, dass obrigkeitliche Normen kein bestimmtes Strafmaß festschrieben, sondern lediglich den Rahmen absteckten, innerhalb dessen die Strafe unter Berücksichtigung weiterer Aspekte zuzuerkennen war. Die Durchsetzung der angedrohten ‚Maximalsanktion‘ blieb Einzelfällen vorbehalten, die sodann einen exemplarischen und abschreckenden

Charakter aufwiesen. Die Flexibilität in der Sanktionierung war teilweise bereits in den Normen selbst angelegt, wenn etwa in der *Constitutio Criminalis Carolina* (1532) mit Blick auf mildernde Umstände für ein und dasselbe Vergehen neben der Maximalstrafe auch geringere Strafen genannt werden oder gar darauf verwiesen wird, dass das Gericht eine „willkürliche“, d. h. eine den Umständen der Tat angemessene, Strafe festsetzen kann (arbiträres Strafen).

Zentrale Bedeutung für die Strafzumessung kam dem Strafprozess selbst zu, der als Rechtskonkretisierung, i. e. die Anwendung der Rechtsnorm(en) auf den Einzelfall, zu verstehen ist. Insgesamt standen bei der Strafverfolgung die Herstellung von Frieden und Konfliktregulierung im Vordergrund und weniger die Disziplinierung durch Strafen. Dem entsprechend ist eine Konsensorientierung im Strafprozess zu erkennen, bei der neben den obrigkeitlich-rechtlichen Normen auch soziale und ökonomische Aspekte berücksichtigt sowie infrajustizielle und traditionelle Verfahrenswege einbezogen wurden. **Begnadigung** stellten weitere Möglichkeiten bereit, die Strafe zu mildern. Zwar konnten Supplikationen auch schon während des Prozesses eingereicht werden, sie wurden diesem aber zunehmend nachgeschaltet [5]. Schließlich spielten neben den obrigkeitlich festgesetzten Normen häufig auch weitere Normen eine Rolle, wie am Beispiel von

Duellen deutlich wird, wo die Strafpraxis nahezu vollständig von den strafrechtlichen Normen abwich. Hier wurde während der Gerichtsverfahren lebensweltlichen Normen zur Ehre und ihrer Verteidigung eine viel größere Bedeutung zugemessen als den obrigkeitlich-rechtlichen. Somit konnten Norm-Praxis-Konflikte in der Frühen Neuzeit auch durch die Koexistenz verschiedener, für einen bestimmten Sachverhalt relevanter Normen hervorgerufen werden und somit auf Phänomene von **Multinormativität** hindeuten. Weitet man den Blick und berücksichtigt neben den häufig fokussierten rechtlichen noch weitere Normen, ändert sich mitunter also der Befund eines vorliegenden Norm-Praxis-Konflikts.

Zu betonen ist, dass die beschriebenen Phänomene nicht einfach als fehlende Akzeptanz obrigkeitlicher Normen zu deuten sind. Denn auch die Bevölkerung war an der Aufrechterhaltung einer guten Ordnung interessiert, was immer wieder in dezidierten Forderungen nach dem Erlass von Gesetzen zum Ausdruck kam, auf die von obrigkeitlicher Seite etwa mit Policyordnungen reagiert wurde [3]; [4]. Gestützt wurden die Normen zudem in den Verhandlungen der Parteien vor Gericht, denn es wurde zwar über Schuld und Strafmaß gestritten, nicht aber über den grundlegenden Geltungsanspruch der Normen an sich. Von der Diskrepanz zwischen Normen und Praxis lässt sich damit nicht auf

eine geringe Geltung von Normen oder Defizite im Strafsystem bzw. bei der Durchsetzung von Herrschaft in der Frühen Neuzeit schließen, zumal sich Normkonformität

im Gegensatz zu deviantem Verhalten nur äußerst selten in den Quellen niederschlug und die überlieferten Akten zwangsläufig ein verzerrtes Bild entstehen lassen.

LITERATUR

- [1] Martin Dinges: Normsetzung als Praxis? Oder: Warum werden die Normen Sachkultur und zum Verhalten so häufig wiederholt und was bedeutet dies für den Prozess der „Sozialdisziplinierung“? in: Gerhard Jaritz (Hrsg.): Norm und Praxis im Alltag des Mittelalters und der Frühen Neuzeit, Wien 1997, 39–53.
- [2] Hans-Werner Goetz: Proseminar Geschichte. Mittelalter, Stuttgart 42014.
- [3] Karl Härter: Soziale Disziplinierung durch Strafe? Intentionen frühneuzeitlicher Policyordnungen und staatlicher Sanktionspraxis, in: Zeitschrift für historische Forschung 26, 3 (1999), 365–379.
- [4] Karl Härter: Policy und Strafsystem in Kurmainz. Gesetzgebung, Normdurchsetzung und Sozialkontrolle im frühneuzeitlichen Territorialstaat, Frankfurt a. M. 2005.
- [5] Ulrike Ludwig: Das Herz der Justitia. Gestaltungspotentiale territorialer Herrschaft in der Strafrechts- und Gnadenpraxis am Beispiel Kursachsens 1548–1648, Konstanz 2008.
- [6] Hubert Mordek (Hrsg.): Überlieferung und Geltung normativer Texte des frühen und hohen Mittelalters. Vier Vorträge, gehalten auf dem 35. Deutschen Historikertag 1984 in Berlin, Sigmaringen 1986.
- [7] Jürgen Schlumbohm: Gesetze, die nicht durchgesetzt werden – ein Strukturmerkmal des frühneuzeitlichen Staates? in: Geschichte und Gesellschaft 23, 4 (1997), 647–663.
- [8] Hubertus Seibert: Abterhebungen zwischen Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Formen der Nachfolgeregelung in lothringischen und schwäbischen Klöstern der Salierzeit (1024–1125), Mainz 1995.
- [9] Marcus Willaschek: Soziale Geltung und normative Richtigkeit. Eine sozial-pragmatische Konzeption von Normativität, in: Rainer Forst, Klaus Günther (Hrsg.): Normative Ordnungen, Berlin 2012, 94–116.

ARMANDO GUEVARA GIL

PEASANTS (LATIN AMERICA)

The peasantry has played an important historical role in the configuration of modern Latin America. Here, after a working definition and a caveat on the current tribulations of peasant studies, I offer a sample of the ways in which peasants have engaged with several legal fields to reproduce their livelihood.

In Shanin's classical definition, peasants are "small agricultural producers who, with the help of simple equipment and the labor of their families, produce mainly for their own consumption and for the fulfillment of obligations to the holders of political and economic power" [7. 8, 23–24]. Usually living in small village communities, they tend to self-sufficiency, limited market participation, productive diversification, group cooperation, and a keen identification with their peers and villages. Seasonal agricultural activities determine their civic-religious calendar and condition their cultural practices.

Peasant autonomy is relative as their lands and natural resources are located within overarching polities such as empires, states, chiefdoms, or estates. These polities obtain a surplus from them through taxation, rent,

labor extraction, or unequal terms of trade. Peasants might rebel when these impositions breach the local moral economy due, for example, to environmental calamities, land dispossession, or increased rates of surplus extraction threatening their social reproduction. They can also sever traditional patron-client relations, supersede daily forms of resistance-adaptation to external impositions, and launch violent forms of protest, from strikes and land occupations to wars that sometimes reach revolutionary proportions and transform national political regimes (e.g., Mexico, China, Vietnam). Even if this threshold is not achieved, the peasantry has always participated in national politics. For example, in the state formation processes of Argentina, Bolivia, Brazil, Mexico, and Peru [2]; [4]; [5]; [6]; [8]; [10]. This is why the orthodox Marxist dictum of the peasantry as a sack of potatoes was abandoned even by the early 20th century Latin American political economy historians and politicians [1]; [2]; [10].

Along the 19th and 20th Centuries process of modernization, "peasanthood [was] the synonym of otherness and of the past which

is ‘still’ in the present” [7. 4]. Modernized urban centers defined peasants as backward and racialized the ethnic divide with rural inhabitants. But not only “Indians” populated the countryside. As in Brazil, slave descendants, poor Portuguese, or new European or Asian migrants were also included in these imaginary backwaters [1]; [4]; [5]; [10].

Currently, this perfect “other” is not the peasantry but the indigenous peoples. Due to several reasons, such as the emergence of an international indigenous rights movement, the rise of multiculturalism and identity politics, and the removal of ethnicity and culture from their political economy foundations, in the last thirty years, Latin American history and anthropology have become obsessed with ethnic and cultural difference. If, in the heydays of peasant studies, the focus was the social and economic profile and the revolutionary potential of the “other”, nowadays the attention is put on its ethnic and cultural contours. The consequences of this ethnic turn are paramount (**Tribing and Tribalization**), to the point that international treaties, public policies, domestic legislation, and judicial decisions have forced peasants to stress, recover, or even invent their indigeneity [1]; [2]; [3. 156–161]; [4].

The impact of this academic and political drift has been significant for peasant studies. As Shanin explains, “We are now at a post-

peak period of peasant studies. The dynamics of fashion have eased off as the intellectual treasure-hunters have moved elsewhere in pursuit of more easily saleable commodities” [7. 9]. And, in fact, this is the case in Brazil and other parts of Latin America [2. 169–170]; [8].

As a consequence, the legally plural contexts in which peasants live are still understudied. Nevertheless, it is possible to identify their engagement with different legal realms. The frictions generated by the commodification of resources, labor, and land have induced significant transformations in their ever-changing customary local laws [2]; [7]; [10].

To understand this normative dynamic, first, we have to realize that they have to engage with the imperial, national, ethnic, or lordship laws of the polities and estates in which they live and, at the same time, with the customary laws or regulations developed in their villages or associations (**Rechtsvielfalt, Multinormativität**). Church law, not only for spiritual guidance but also for taxation, might also demand normative allegiance, crisscrossing other sets of duties (**Normenkonkurrenz, Historisch**). In any case, the image of peasant villages as homogenous closed-corporate communities does not hold. It is best to imagine and study them as hierarchized semi-autonomous social fields (**Law as Process**). While in older times these dif-

ferentiated communities negotiated their status vis-à-vis the Spanish crown establishing a colonial pact: tribute for autonomy, along the 20th Century national legislations recognized their legal personhood as collective landowners and granted jurisdictional powers to their authorities [1]; [3]; [6].

Second, in their labor relations, peasants are under different legal regimes. They not only work in family and community networks or associations but also as a workforce in haciendas and plantations, in urban petty jobs, or in the informal economy. Historically, haciendas and plantations subdued rural populations to multiple labor regimes: slavery, share-cropping, tenancy, *corvée* labor, and free wage [2]; [4]; [5]; [8]; [10]. By the mid-20th Century, when peasant migrant families established a rural-urban continuum, they had to respond to additional legal frameworks (e. g., customary, state, informal). Nowadays, due to international migration circuits, peasants are subject to new legal regimes such as humanitarian and refugee laws [2].

Third, in their market and exchange activities, peasants also operate under different regulations and economic logics. They can sell their production to international traders at local or regional markets, or they can establish family, communal, or even regional barter and reciprocity chains in which goods

and personal relations are part of broader and long-lasting exchange systems [2]; [5]; [7]; [10].

Fourth, in the last half-century, so-called “project law”, the one created by national or international NGOs in their developmental efforts, has also influenced and in some cases transformed peasants’ semi-autonomous legal fields.

Fifth, in a similar fashion, international law, in the form of Free Trade Agreements, Human and Indigenous rights, or environmental treaties, has also impinged upon local legalities, creating new layers of rights and duties [1]; [3]. It is still to be assessed the impact of the United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas in the international, national, and local domains that affect peasants’ lives [9].

Sixth, in property relations, peasants may act as individual or collective owners, share-croppers, renters or even illegal occupants of the land they till. Depending on the property regime, they would be subject to different sets of rights and obligations vis-à-vis the state or other polities. In Latin America, peasant litigiousness in state courts, particularly for land rights, is legendary. Invoking a temporal plurality, they may ground their rights on arguments such as possession since time im-

memorial or descendance from pre-Hispanic kin (e.g., Andean ayllus). Interestingly, in these lawsuits, the use of colonial land titles (títulos primordiales) was pervasive. Also, as in the Andean countries, peasants might appeal to centennial state laws that protected collective property from being engulfed by the expansion of latifundia [4]; [5]; [6]. But social movements such as the *Movimiento dos Trabalhadores Rurais sem Terra* (MST) in Brazil may also ground their claims on contemporary social justice and redistributive demands [8]; [10].

Seventh, during the second half of the 20th century, an era of reform or revolution, land reforms created new legal frameworks that rearranged peasants' property and labor regimes. At times, cooperatives were introduced as a modernizing alternative to traditional land tenure systems (e.g., estate, communal) [2]; [4]; [5]; [8]. In this way, the constellation of enforceable regulatory regimes became much more complex. As these reforms wended down, land titling and secure

tenancy, individual or collective, are pending tasks. This is particularly keen in countries with long-lasting internal conflicts, like Colombia, where peasants have been caught under two or more fires, each demanding compliance with their normative frameworks [1]; [2]; [5].

Finally, the management of natural resources like water, forests, pastures, and fisheries is also an endeavor in which multiple laws and jurisdictions clash, particularly when nation-states claim the ownership of these resources, as representatives of "the nation", and peasants practice long-lasting forms of communitarian and autonomous management.

As conflicts over natural resources intensify due to climate change, degraded environmental policies, and the commodification of nature, peasants will face even greater burdens to sustain their semi-autonomous normative fields and livelihood.

BIBLIOGRAPHY

- [1] José Bengoa: *La emergencia indígena en América Latina*, Santiago 2000.
- [2] Leigh Binford, Lesley Gill, Steve Striffler (Ed.): *Fifty Years of Peasant Wars in Latin America*, New York/Oxford 2020.
- [3] Armando Guevara Gil: *Indigenous Peoples, Identity and Free, Prior, and Informed Consultation in Latin America*, in: Marie-Claire Foblets, Mark Goodale, Maria Sapignoli, Olaf Zenker (Ed.): *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, Oxford 2022, 153–173.

- [4] N. H. Gill: Peasant Power in Andean History, 28.05.2018, <https://southernaffairs.org/2018/05/28/peasants-protests-and-power-in-andean-history/> (01.05.2023).
- [5] Evelyne Huber, Frank Safford (Ed.): Agrarian Structure and Political Power: Landlord and Peasant in the Making of Latin America, Pittsburgh/London 1995.
- [6] Cecilia Méndez: The Plebeian Republic. The Huanta Rebellion and the Making of the Peruvian State, 1820–1850, Durham NC 2005.
- [7] Teodor Shanin: Defining Peasants. Essays Concerning Rural Societies, Expolary Economies and Learning from them in the Contemporary World, Oxford/Cambridge 1990.
- [8] João Pedro Stedile (Org.): A questão agrária no Brasil. O debate na década de 1990, São Paulo 2012.
- [9] United Nations Declaration on the Rights of Peasants and Other People Working in Rural Areas, Resolution, adopted by the Human Rights Council on 28 September 2018, <https://digitallibrary.un.org/record/1650694?ln=en> (09.10.2023).
- [10] Clifford Andrew Welch, Edgard Malagodi, Josefa Salete Barbosa Cavalcanti, Maria de Nazareth B. Wanderley (Orgs.): Camponeses brasileiros. Leituras e interpretações clássicas, vol. 1, São Paulo 2009.

SALVATORE MARINO

PRIVILEGIUM (ANTIKE)

Eine Definition von Privileg durch die klassischen römischen Juristen fehlt, eine moderne trifft aber besonders zu: „eine Norm, die nur zugunsten bestimmter Personen oder Gruppen Anwendung findet“ [4. 133]. Im Ergebnis schaffen Privilegien damit Rechtungleichheit. Die Rechtsgeschichte des Privilegs ist allerdings nicht einheitlich und auch nicht kontinuierlich. Die Vielfalt, die *privilegium* schon in der Antike kennzeichnet, spiegelt sich in der späteren Geschichte wider. Die antike Linie läuft von Athen über Cicero zu den klassischen römischen Juristen. Unterschieden werden müssen dabei Wort, Definition und Begriff. Das Wort soll aus der römischen Frühgeschichte stammen, es wird jedoch erstmals von Cicero 58 v. Chr. bezeugt und von ihm den XII-Tafeln zugeschrieben. Ebenfalls von Cicero stammt die für das römische Recht älteste Definition: In seiner Rede *De domo sua* 43 erklärt er, dass es schon seit vier Jh. verboten war, *privatis hominibus inrogari. Id est enim privilegium* („gegen einzelne Menschen etwas zu beantragen. Das ist nämlich ein Privileg“). Damit bezeichnet Cicero eine gegen einzelne Personen gerichtete gesetzähnliche strafrechtliche Maßnah-

me. Ein solches Verbot wird jedoch anderswo nicht dokumentiert und schon zur Zeit Ciceros gab es Gegenbeispiele. Das Privilegienverbot aus den XII-Tafeln ist möglicherweise mit der sozialpolitischen Bewegung verbunden, die im Mittelmeerraum um das 5. Jh. v. Chr. die politische Gleichheit aller Bürger durchzusetzen suchte, und hatte somit wahrscheinlich eine spezifische, auf einen Moment des Ständekampfs zugeschnittene, aber dann bis zur Wiederbelebung durch Cicero verlorene Bedeutung [1. 216]. Ciceros wirkungsvolle und nicht nur für die Antike maßgebende zweite Definition in seinem Werk *De legibus* (3.44: *in privatos homines leges ferri... id est enim privilegium*) legt das Wort als „Gesetz über einzelne Menschen“ aus. Gleichzeitig erweitert er dessen Begriff, den er ausdrücklich mit der Allgemeinheit des Gesetzes in Verbindung setzt: „Was ist ungerechter, wenn die Kraft des Gesetzes doch darin besteht, ein Beschluss und Befehl zu sein, der für alle gilt (*scitum et iussum in omnes*)?“. Obwohl es Cicero darum geht, ein zentrales Rechtsprinzip auf einer altrömischen Verfassungsnorm aufzubauen, hängt seine Deutung des Verbotes eher vom griechischen, insbesondere

attischen juristischen Gedankengut ab. Im klassischen Athen wurde ein Einzelfallgesetz (*ψήφισμα*) formell und inhaltlich vom allgemeinen Gesetz (*νόμος*) unterschieden, wie die attischen Redner Andokides und Demosthenes sowie der Ps.-Plato bezeugen [3]; [5], und in diesem Kontext haben Plato und Aristoteles die Allgemeinheit als Eigenschaft des Gesetzes sowohl im positiven als auch im negativen Sinne erörtert. Hingegen gab es im Rom keine verfassungsrechtliche Unterscheidung zwischen Normen verschiedenen Inhalts. Ciceros Leistung ist daher enorm: Die allgemeine Natur des Gesetzes wird in der römischen Rechtsentwicklung verankert und somit die Grundlage gelegt für die Definition von *lex* in der augusteischen Zeit durch den Juristen Capito (bei Gell. NA. 20.1.2: *lex est generale iussum*, ‚das Gesetz ist ein allgemeiner Befehl‘), was bis in die Moderne wirkt (vgl. Art. 19 Abs. 1 GG).

Ciceros Begriff von Privileg weicht von dem ab, womit die klassischen Juristen arbeiten, doch ist er ihr unmittelbarer Vorgänger. Es gab im römischen vorklassischen Recht ein Wort, das die Anerkennung einer Sonderstellung einzelner Personen ausdrückte und somit den Begriff, der der griechischen *προνομία* (Vorrecht) entsprach: *beneficium*, das als Rechtsbegriff zu der Zeit der Triumviri und Caesars besonders an Wichtigkeit gewann [7]. Die Verbindung beider Konzepte stellte offenbar zunächst die Rhetorik

her, während die augusteischen Juristen im Laufe des 1. Jh. n. Chr. am Gesetzesbegriff arbeiten: Denn für das gleiche Phänomen taucht das Wort *privilegium* zum ersten Mal bei Seneca dem Rhetor (Contr. 7.4.3) sowie bei dem Philosophen (benef. 3.10.3) wieder auf, um die Sonderrechtsstellung der Eltern (*privilegia parentis*) zu bezeichnen, und findet schließlich regelmäßige Anwendung in den *Declamationes maiores und minores*. Ob die Terminologie mit der augusteischen Ehegesetzgebung zusammenhängt, wie spätere juristische Quellen (C.Th. 9.42.9.1) bezeugen können, aber auch Tacitus (Ann. 3.28.3) nahelegt, ist nicht eindeutig. Seit dem Ende des 1. Jh. n. Chr. ist die Anwendung von *privilegium* als Rechtsbegriff jedenfalls etabliert, und zwar im Sinne eines Vorrechts, das einer bestimmten Kategorie von Menschen oder Institutionen zukommt: sowohl öffentlich-rechtlich (*civitatum, municipium*) als auch privatrechtlich (*creditorum, militum*). So gebrauchen schon Kaiser Trajan (Flor. D. 29,1,24), sein Statthalter Plinius (Ep. 10.47.1) und der *curator aquarum Frontinus* (*de aquaed.* 107.2; *de contr.* 8.1) den Ausdruck. Die hochklassische Jurisprudenz entwickelt hingegen zunächst das etwas breitere Konzept von *ius singulare* [6], bevor die spätclassischen und schließlich vor allem die spätantiken Gesetzgeber zur regelmäßigen Anwendung des Privilegienbegriffs gelangen. Wird unterschieden zwischen dem Privileg als Phänomen, das zu einem zersplitterten

Recht gehört, und dessen gedanklicher Erfassung, liegt die Beobachtung nahe, dass erst die Auseinandersetzung mit dem Privileg den Gesetzesbegriff auf das allgemeine Gesetz zuspitzt: Das Nachdenken über Privilegien resultiert in dem Anspruch, das eigentliche Recht müsse allgemein sein. **Rechtseinheit** als solche tritt gerade beim Blick auf die Aus-

nahmen besonders deutlich als Grundsatz vor Augen. Die spätantike Verwaltungspraxis, die mit der ständig wachsenden Vielfalt von Rechtsakten umging, welche als *privilegium* galten (auch als *beneficium*, häufiger im Sinne von Genehmigungsakt [2]), vereinheitlichte das Konzept und schuf so die Grundlage seines Erfolges im Mittelalter.

LITERATUR

- [1] Jochen Bleicken: *Lex publica*, Berlin 1975.
- [2] Alessandro Barbero: *Il beneficium dall'antichità classica all'età romano barbarica*, in: *Teserae Iuris* I.1, 2020, 59–90.
- [3] Paul Cartledge, Paul Millett, Stephen Todd (Ed): *Nomos. Essay in Athenian Law, Politics and Society*, Cambridge 1990.
- [4] Jean-Philippe Dunand, Pascal Pichonnaz: *Lexique de droit romain*, Bruxelles 2006.
- [5] Morgens Herman Hansen: *The Athenian Ecclesia I–II*, Copenhagen 1983–1987.
- [6] Riccardo Orestano: *Ius singulare e privilegium in diritto romano*, Tolentino 1937.
- [7] Vincenzo Scarano Ussani: *Le forme del privilegio*, Napoli 1992.

DIETER GOSEWINKEL

RECHTSEINHEIT

(NATIONALSTAAT)

Der Begriff „Rechtseinheit“ bezeichnet die auf zeitliche Beständigkeit angelegte Setzung und/oder Durchsetzung rechtlich einheitlicher Normen sowie die einheitliche Praxis der Rechtsanwendung in einem bestimmten Raum. Die Einheit des Rechts in diesem Sinne ist nicht gleichbedeutend mit Einheitlichkeit im Sinne inhaltlicher Gleichheit des Rechts, kann sich aber zu letzterer steigern.

Im Unterschied zur Rechtseinheit ist **Rechtsvielfalt** zumeist eine historisch-soziale Grundgegebenheit und stellt sich im Allgemeinen selbsttätig ein. Demgegenüber stellt die Rechtseinheit eine Ausnahme dar. Sie kann entstehen aus einer auf Vereinheitlichung zielenden Rechtspraxis oder Rechtswissenschaft wie z.B. dem **ius commune** und der Pandektenwissenschaft, aber auch durch die regelmäßige Praxis der Übersetzung von Rechtstexten. Vor allem erwächst sie aus einem zielgerichteten, organisierten politischen Handeln.

In der Literatur gilt der moderne, in Europa entstandene neuzeitliche Staat als Modellfall

eines organisierten politischen Verbandes, der auf Rechtseinheit angelegt ist [3. 291, 298, 304]. Diese Sicht verengt allzu sehr den Blick. Erstens kann Rechtseinheit in kleinräumigen Einheiten jenseits moderner Staaten entstehen wie z.B. in den oberitalienischen Stadtrepubliken. Zweitens existierten bereits früher in großräumigen, imperialen Herrschaftssystemen langfristig und systematisch angelegte Projekte der Rechts- und Verwaltungsvereinheitlichung. Das Imperium Romanum während des Prinzipats ist dafür ebenso ein Beispiel wie die Reformgesetzgebung im Zarenreich Alexanders II. und die Periode des Tanzimat im Osmanischen Reich um die Mitte des 19. Jahrhunderts. Diese imperialen Projekte waren angesichts der Heterogenität der Herrschaftsbereiche nicht darauf ausgelegt – und auch nicht imstande –, rechtliche Einheitlichkeit im Sinne inhaltlicher Gleichheit des Rechts, wohl aber bis zu einem gewissen Grade Rechtseinheit für das gesamte Herrschaftsgebiet herzustellen [1. 30–31, 36, 212]. Drittens entstanden auch ‚moderne Staaten‘ nicht als rechtseinheitliche Gebilde, sondern entwickelten sich

dahin. Frankreich und Preußen-Brandenburg, zwei Musterbeispiele des frühneuzeitlichen Staates, vermochten Rechtseinheit zunächst nur partiell, schrittweise und nie vollständig [4. 7] herzustellen. Der Rechtseinheitlichkeit anstrebende moderne Staat stieß auf den korporativen und personalen Selbstbehauptungswillen beispielsweise von ständischen Adelsvereinigungen, Klerus und Stadtgemeinden, die von alters her besonderes Recht durch und für ihren eigenen Verband gesetzt hatten und sich von daher dem rechtsvereinheitlichenden Zugriff des Territorialstaats ebenso wie föderative Zusammenschlüsse widersetzen.

Stellt somit die moderne Staatlichkeit nicht die einzige, wenn auch eine besonders günstige Bedingung für die Herausbildung von Rechtseinheit dar, nimmt der Nationalstaat innerhalb dieses Prozesses eine Sonderstellung ein. Mit dem Ausbau des Nationalstaats in Europa seit der Wende zum 19. Jahrhundert und seiner globalen Expansion im 20. Jahrhundert stand eine neue politisch-rechtliche Institution zur Verfügung, die in gesteigerter Weise auf die Herstellung von Rechtseinheit angelegt war und diese vorantrieb. Dazu trug das spezifisch ‚Nationale‘ an dieser neuen Gestalt der Staatlichkeit entscheidend bei. Der Nationalismus als Leitidee war auf Abgrenzung nach außen und Schaffung von Gleichartigkeit nach innen gerichtet. Dies prägte in mehrfacher Weise das Recht. Na-

tionalismus trug zur territorialen Demarkation bei. Die Hierarchie der **Rechtsnormen** im konstitutionellen Nationalstaat durchdrang vom nationalen Verfassungs- und Gesetzesrecht her allmählich die gesamte rechtliche und soziale Ordnung bis zur lokalen Ebene. Der auf nationale Gesetze und eine zunehmend vereinheitlichte Gerichtsbarkeit gestützte Ausbau der Rechtsstaatlichkeit wurde z.B. im Deutschen Kaiserreich nach 1871 ein Projekt nationaler Einigung. Die großen Kodifikationen, die seit der Aufklärung entstanden waren, erhielten mit der nationalen Mission eine zusätzliche Durchschlagskraft, deren rechtsvereinheitlichende Wirkung bis heute reicht. Getragen wurde die nationale Rechtsvereinheitlichung von einer Rechtswissenschaft, die von Engagement für das nationalstaatliche Projekt geprägt war. All dies trug über die gesteigerte Gleichförmigkeit rechtlicher Verfahren und Institutionen hinaus zu einer substantiellen Vereinheitlichung der Rechtsinhalte bei. Die Vielfalt lokaler, sprachlich-kultureller und rechtlicher Eigenheiten ging zurück. Teilweise wurde die Vereinheitlichung durch rechtlichen Zwang bekräftigt, wie die gesetzliche Durchsetzung der französischen Hochsprache gegenüber regionalen Dialekten. Hier erwies sich das repressive Potenzial der Rechtsvereinheitlichung, das der Nationalstaat in Gestalt der nationalistischen bzw. rassistischen Diktatur vollends entfaltete. Die Rassegesetze im Europa der Weltkriegszeit, die z.B. zwischen

„Volljuden“, „Ariern“ etc. differenzierten, waren nicht Ausdruck von Rechtsvielfalt, sondern, im Gegenteil, einer totalitären Rechtsvereinheitlichung, die mit zentraler Zwangsgewalt nur noch Zugehörige von Nicht-Zugehörigen segregierte.

Seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ist der nationalstaatliche Impuls der Rechtsvereinheitlichung stark zurückgedrängt. Mehrere Ebenen des Rechts – national, international, supranational etc. – koexistieren und verkörpern Vielfalt.

Zusammenfassend zeigt sich, dass der Begriff der „Rechtseinheit“ historisch nicht rein wissenschaftlich-analytisch zu fassen ist. In den Händen imperialer Reformer, aufgeklärter Kodifikatoren, nationaler Wissenschaftler und Politiker konnte „Rechtseinheit“ zur politischen Parole werden, hinter deren Anspruch, das gemeine Wohl zu heben, auch Zwang und Gewalt stehen konnten.

LITERATUR

- [1] Jane Burbank, Frederick Cooper: *Empires in World History. Power and the Politics of Difference*, Princeton 2010.
- [2] Dieter Gosewinkel, Johannes Masing: *Die Verfassungen in Europa 1789–1949. Eine wissenschaftliche Textedition*, München 2006.
- [3] Wolfgang Reinhard: *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München 2002.
- [4] Michael Stolleis: *Legal Pluralism in the 19th and 20th Century*, in: *Belgrade Law Review* 66, 4 (2018), 5–12.
- [5] Michael Stolleis: „Innere Reichsgründung“ durch Rechtsvereinheitlichung 1866–1880, in: Christian Starck (Hrsg.): *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze: Bedingungen, Ziele, Methoden*, Göttingen 1992, 15–41.

PETER OESTMANN

RECHTSVIELFALT

Rechtsvielfalt bezeichnet im allgemeinen Sprachgebrauch untechnisch eine Mehrheit von Rechten im Gegensatz zur **Rechtseinheit**. Im engeren Sinne versteht man darunter das Vorhandensein verschiedener Rechte aus verschiedenen Entstehungszusammenhängen in einem bestimmten Gebiet in einer bestimmten Zeit. Recht meint insoweit eine Ordnung des menschlichen Zusammenlebens mit dem Anspruch auf Durchsetzbarkeit oder zumindest auf Befolgung. Damit unterscheidet sich Rechtsvielfalt als Beschreibungsbegriff von der **Multinormativität**, die ausdrücklich auch sittlich-moralische und religiöse Normen in ihr Modell einbezieht. Weitgehend synonym benutzt wird Rechtsvielfalt mit dem Begriff Rechtspluralismus.

Die Erscheinungsformen von Vielfalt unterscheiden sich stark. Besonders häufig ist der Gegensatz von staatlich gesetztem, überstaatlichem und nichtstaatlich gewachsenem Recht (**Gewohnheitsrecht**, Sonderrecht indigener oder religiöser Gemeinschaften). Von den Rechtsschichten des römischen Rechts bis zum modernen *forum shopping* und dem Gegensatz staatlicher Gerichtsbarkeit und privater Schiedsverfahren gibt es

ganz verschiedene Arten von Vielfalt. In der europäischen Tradition sind vor allem Unterscheidungen von gelehrtem und ungelehrtem Recht, weltlichem und kirchlichem Recht, geschriebenem und ungeschriebenem Recht sowie universalem und partikularem Recht über weite Jahrhunderte von großer Bedeutung. Zur inhaltlichen Rechtsvielfalt führt eine solche Rechtsmehrheit, wenn damit unterschiedliche Regelungen mit teilweise sogar gegenläufigen Befolgungserwartungen verbunden sind.

Anders als bei der vertikalen Überlagerung von Rechtsmassen verhält es sich bei Recht, das nur bestimmte Personengruppen erfasst. Das Personalitätsprinzip, also die Bezogenheit von Recht auf bestimmte Verbände, begegnet historisch als Stammesrecht, aber etwa auch als Sonderrecht für Adlige und Kleriker. Das neuere Territorialitätsprinzip betont demgegenüber die räumliche Geltung von zumeist staatlichem Recht. Das Fremdenrecht bzw. Ausländerrecht im Vergleich zum Recht der Staatsangehörigen verliert allerdings seit dem späten 20. Jahrhundert zumindest in Westeuropa zunehmend seine Bedeutung. Auf der anderen Seite diente

das Personalitätsprinzip auch in der Moderne mehrfach dazu, gezielt Minderheiten rechtlich zu diskriminieren.

Von Rechtsvielfalt in diesem Sinne ist die horizontale Kleinteiligkeit von Rechtsräumen zu unterscheiden, mit einem negativ besetzten Begriff häufig Rechtszersplitterung oder noch abwertender Flickenteppich genannt. Historisch konnte Recht von Polis zu Polis verschieden sein, später von Territorium zu Territorium. Auch der Gegensatz von Stadtrecht und Landrecht zählt hierzu (so etwa im Sachsenspiegel, 13. Jahrhundert). Ob diese Kleinteiligkeit von Recht überhaupt vorliegt, hängt von der je verschiedenen Beobachterperspektive ab. Wer etwa das deutsche Strafrecht des 19. Jahrhunderts betrachtet, wird über 30 verschiedene Rechtsquellen zusammentragen. Blickt man dagegen auf den einzelnen Bundesstaat vor 1870, sieht man das jeweils einzelstaatliche Strafgesetzbuch (**Kodifikation**) und damit Rechtseinheit. Genauso verhält es sich beim Blick auf die Europäische Union und die einzelnen europäischen Staaten. Das räumliche Nebeneinander verschiedener Rechte führt jeweils bei grenzüberschreitenden und internationalen Angelegenheiten zu Rechtsgeltungsfragen. Mit ihnen beschäftigt sich das Kollisionsrecht, z. B. das internationale Privatrecht, im früheren gelehrten europäischen Recht die Statutenkollisionslehre.

Üblicherweise nicht gemeint mit Rechtsvielfalt ist die Schnelllebigkeit von Recht, also die zeitlich häufige Folge wiederholter oder geänderter **Rechtsnormen**. Die schnelle Rechtsänderung führt zwar wie auch Rechtsvielfalt häufig zu Rechtsunsicherheit, dies aber nicht aufgrund abweichender Herkunft, sondern lediglich unterschiedlicher Geltungsdauern. Auch eine streitige Rechtslage, etwa verschiedene Antworten auf dogmatische Fragen oder eine uneinheitliche Rechtsprechung, erzeugen als solche keine Rechtsvielfalt.

Ebenfalls nicht erfasst von Rechtsvielfalt im üblichen Begriffsverständnis sind Individualvereinbarungen (Verträge), die von allgemeinen Normen abweichen, oder Einzelfallentscheidungen (Gerichtsurteile, Verwaltungsakte), die Rechtsnormen konkretisieren, abwandeln oder gar nicht beachten. Erreichen diese Einzelfälle freilich ein bestimmtes Ausmaß oder lassen sie Regelmäßigkeiten erkennen, können sie zu Verkehrssitten, ständiger Rechtsprechung oder Gewohnheitsrecht erstarken. Dann hat man es mit einem Gegensatz von Rechtspraxis und Gesetzeslage zu tun, also mit einem *law in action* im Gegensatz zum *law in the books*. In diesem Sinne haben im Mittelalter und in der Neuzeit etwa auch Privilegien als Sonderrecht personelle Vielheit von Regelungen erzeugt.

Der Umgang mit Rechtsvielfalt stellte und stellt Rechtsunterworfenen wie auch die jeweilige Rechtswissenschaft vor spezifische Ordnungsaufgaben. Ausdifferenzierte Rechtsordnungen kannten und kennen Rechtsquellenlehren. Sie versuchen, die verschiedenen Rechtsmassen zu ermitteln und mit ihren eigenen Geltungsansprüchen zu beschreiben. Zudem ist es die Aufgabe besonderer Rechtsanwendungslehren, beim Aufeinandertreffen verschiedener Normen für dieselben Regelungsprobleme festzulegen, in welchem Verhältnis bei der Lösung rechtlicher Fragen die abweichenden Rechte heranzuziehen sind. In der europäischen Tradition erfüllte vom 14. bis ins 19. Jahrhundert hinein die Statutenlehre (Statutenanwendungslehre) diese Aufgabe.

Der Gegenbegriff zur Rechtsvielfalt ist Rechtseinheit. Das Streben nach Rechts-

einheit ist historisch oftmals verbunden mit starken Herrscherpersönlichkeiten (z. B. die *Cinq Codes* von Napoleon zwischen 1804 und 1810), einer Zentralisierung der obrigkeitlichen Gewalt oder mit dem Wunsch nach staatlicher Einheit (Kodifikationsstreit in Deutschland 1814). Neben der förmlichen Überwindung von Rechtsvielfalt kann ebenfalls eine einheitliche Rechtspraxis oder eine übergreifende Rechtswissenschaft der Sache nach Rechtseinheit erzeugen. Mit dem **ius commune** der gelehrten europäischen Tradition und mit der Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts gab es solche Ansätze auf der Grundlage des römisch-kanonischen Rechts. Trotz aller Kleinteiligkeit und Vielfalt entstand so ein hohes Maß an Rechtseinheit auch ohne staatliche Gesetzgebung.

LITERATUR

- [1] Thomas Duve: Was ist Multinormativität? – Einführende Bemerkungen, in: *Rechtsgeschichte – Legal History* 25 (2017), 88–101, mit Fokus-Schwerpunkt 103–295.
- [2] Peter Oestmann: Rechtsschichten, Rechtskreise, Rechtsordnungen. Rechtsvielfalt als Problem der Rechtsgeschichte, in: Stefan Esders, Karl Ubl (Hrsg.): *Kollision und Interferenz normativer Ordnungen im frühen und hohen Mittelalter*, im Erscheinen.
- [3] Ralf Seinecke: *Das Recht des Rechtspluralismus*, Tübingen 2015.

SEBASTIAN M. SPITRA

STATUTEN- ANWENDUNGSLEHRE

Die Begriffe Statutenanwendungslehre, Rechtsanwendungslehre oder Rechtsquellenlehre bezeichnen im heutigen rechtsgeschichtlichen Diskurs jene Regeln, die zwischen unterschiedlichen normativen Ordnungen oder Rechtsquellenarten vermitteln und festlegen sollen, welches Recht bei Vorhandensein mehrerer Rechtsordnungen auf einen Sachverhalt Anwendung findet. Damit ist die Statutenanwendungslehre ein frühes Instrument der Rechtswissenschaft, um mit dem Pluralismus von Rechtsquellen umzugehen. Es gab bereits im Mittelalter und der Frühen Neuzeit mit lokalen und feudalen (Gewohnheits-)Rechten (**Gewohnheitsrecht**), Stadtrechten, dem kanonischen Recht und dem *ius commune* (**Gemeines Recht**) eine solche vermittlungsbedürftige **Rechtsvielfalt**. Die Rechtswissenschaft sah sich daher bereits früh mit der Frage nach einer Rangordnung unterschiedlicher normativer Ordnungen konfrontiert.

In der Historiographie wurde zur Beschreibung dieser Vermittlungsregeln unterschiedlicher Rechtsordnungen auch häufig der Begriff Statutenlehre oder Statutentheorie nach Franz Wieacker [8. 83] verwendet, jedoch nicht immer einheitlich definiert, weshalb die Unterscheidung einer Statutenanwendungs- und einer Statutenkollisionslehre zur genaueren Abgrenzung sinnvoll erscheint [2]. Die **Statutenkollisionslehre** soll bei Konfliktfällen unterschiedlicher Partikularrechte vermitteln und spielt daher eine besondere Rolle für die Entwicklung des internationalen Privatrechts, das Kollisionsfälle zwischen unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen adressiert. Hingegen beschäftigt sich die Statutenanwendungslehre historisch vor allem mit dem Verhältnis zwischen *ius commune* und partikulären (Gewohnheits-)Rechten und der Frage, welches dieser Rechte vom Gericht in einem Streitfall anzuwenden ist.

Die Statutenanwendungslehre steht in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Rezeption des Römischen Rechts und der Verwissenschaftlichung der Rechtswissenschaft und insbesondere der Bearbeitung des *Corpus Iuris Civilis* im Mittelalter. Sie legt eine Rechtsquellenhierarchie fest, die als Problem überhaupt erst ab dem Zeitpunkt in Erscheinung treten konnte, als neben den lokalen Gewohnheitsrechten oder schriftlichen Rechtsaufzeichnungen noch das römische Recht in der Form seiner wissenschaftlichen Bearbeitung durch Juristen als gelehrtes Recht tritt. Daneben spielte im Mittelalter auch die Frage der Rechtsquellenrangordnung zwischen Naturrecht, göttlichem Recht, *ius gentium* und Gewohnheiten eine wichtige Rolle, die in Traktaten (siehe etwa Thomas von Aquin, *Summa Theologiae, Prima Pars Secundae Partis, Quaestio 97*) aber auch Gesetzeswerken (siehe z. B. *Siete Partidas, Partida I, Tit. 2*) eigens behandelt wurde.

Für die Statutenanwendungslehre hatten eigene Anwendungsregeln in Prozess- oder Gerichtsordnungen eine besondere Bedeutung, um die Regeln explizit festzulegen, nach denen die Vermittlung der unterschiedlichen normativen Ordnungen erfolgen sollte. Die wohl berühmtesten Klauseln in diesem Zusammenhang stellen die Reichskammergerichtsordnung 1495 und die Salvatorische Klausel der *Constitutio Criminalis Carolina* aus 1532 dar. Die Reichskammergerichtsord-

nung legte sowohl die „des Reichs gemainen Rechten“, als auch die „redlichen, erbern und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnhaiten der Fürstenthumb, Herrschaften und Gericht, die für sy pracht werden“ in dieser Reihenfolge als Beurteilungsmaßstab fest. Dies bedeutet einerseits ein qualitatives Erfordernis, dass Statuten redlich und ehrbar sein mussten und andererseits ein prozessuales Erfordernis, dass diese dem Gericht vorgebracht wurden.

Außerdem gab es noch eine durch die Rechtswissenschaft formulierte gemeinrechtliche Statutenanwendungslehre. Diese Anwendungslehre für die unterschiedlichen Rechtsquellen lässt sich auf drei Regeln herunterbrechen, die sich „[a]uf der Grenzlinie von materiellem Recht und Prozessrecht“ [6. 12] befinden. Erstens sollte das speziellere vor dem allgemeineren Recht angewendet werden. Somit hatte das gemeine Recht grundsätzlich nur subsidiäre Geltung etwa gegenüber besonderen Stadt- oder lokalen Gewohnheitsrechten. Dass dieser Grundsatz das gemeine Recht jedoch nicht obsolet werden ließ, zeigt sich bereits an der zweiten Regel. Diese wird häufig mit der lateinischen Wendung „*Statuta sunt stricte interpretanda*“ wiedergegeben. Dabei geht es darum, dass partikulare Rechte, welche in dieser Wendung pauschal mit *statuta* bezeichnet werden, eng zu interpretieren sind nach rechtswissenschaftlichen Maßstäben. Subsidiär

wurde eben auf das gemeine Recht abgestellt, wenn das Statutarrecht keine Lösung ergab. Schließlich wurden partikuläre Rechte vor Gericht als beweisbedürftige Fakten betrachtet, die dargelegt werden mussten. Insofern wurde vom Gericht lediglich die Vertrautheit mit dem gemeinen Recht erwartet, wohingegen lokale Bräuche und Rechte stets der Beibringung durch eine Partei bedurften. Auf diese Weise wurde in der Rechtspraxis der Anwendungsvorrang für partikuläre Rechte bedeutend aufgeweicht.

Die zivilrechtlichen **Kodifikationen** gegen Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts hatten weitreichende Auswirkungen auf die Statutenanwendungslehre in jenen Territorien, die nun durch eine Kodifikation ein vereinheitlichtes Recht hatten. In zahlreichen

Teilen des ehemaligen Heiligen Römischen Reichs bestand jedoch bis zum Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) eine vermittlungsbedürftige **Rechtsvielfalt** mit einer subsidiären Geltung des gemeinen Rechts fort. So sah etwa die Rechtskompilation des *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* von 1756 im Ersten Teil, Zweiten Kapitel § 11 und § 17 eigene Anwendungsregeln für das gemeine Recht und Grundsätze für den Umgang mit Kollisionen unter den unterschiedlichen normativen Ordnungen (**Multinormativität**) vor. Erst Kodifikationswerke, die den Rechtsbereich des Privatrechts abschließend zu regeln beanspruchten und die das Gesetz zur einzigen normativen Grundlage erklärten, machten die Statutenanwendungslehre obsolet.

LITERATUR

- [1] Kristin Boosfeld: Die Lehren von der Statutenkollision. Eine Deutungsgeschichte aus Raum und Recht, Tübingen 2023.
- [2] Kristin Boosfeld: Die beiden Statutenlehren. Geschichte eines rechtshistorischen Missverständnisses, in: Zeitschrift für Rechtsgeschichte GA 136 (2019), 76–93.
- [3] Helmut Coing: Europäisches Privatrecht. Bd. 1. Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985.
- [4] Thomas Duve: Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive, in: Rechtsgeschichte – Legal History 20 (2012), 18–71.
- [5] Nikitas E. Hatzimihail: Preclassical Conflict of Laws, London/New York 2021.

- [6] Peter Oestmann: *Gemeines Recht und Rechtseinheit. Zum Umgang mit Rechtszersplitterung und Rechtsvielfalt in Mittelalter und Neuzeit*, in: Eva Schumann (Hrsg.): *Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum*, Berlin 2015, 1–49.
- [7] Peter Oestmann: *Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und Partikularrecht im Alten Reich*, Frankfurt am Main 2002.
- [8] Franz Wieacker: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967 [1952].
- [9] Wolfgang Wiegand: *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit*, Ebelsbach 1977.

KRISTIN BOOSFELD

STATUTEN- KOLLISIONSLEHRE

Die Statutenkollisionslehre ist die spätmittelalterliche und frühneuzeitliche Lehre, die sich mit der Anwendbarkeit konkurrierender lokaler Rechte beschäftigt. Den Juristen, die diese Lehre entwickelten, ging es um die Bewältigung der horizontalen **Rechtsvielfalt**, wenn also verschiedene lokale Rechte gleichrangig nebeneinanderstanden. Es handelte sich dabei um einen eigenständigen Diskurs, der unabhängig von der **Statutenanwendungslehre** stattfand, der gemeinrechtlichen Rechtsanwendungslehre, die das Verhältnis der lokalen Rechte mit dem römisch-kanonischen **ius commune** präziserte.

In Fällen mehrerer möglicherweise anwendbarer lokaler Rechte adressierten die spätmittelalterlichen Juristen noch nicht speziell ein Kollisionsproblem. Es ging ihnen in erster Linie um die Abgrenzung der örtlichen Anwendungsbereiche von Stadtrechten (*statuta*) oder lokalen **Gewohnheitsrechten** (*consuetudines*). Später haben Ulrik Huber (1636–1694)

und Johann Nikolaus Hert (1651–1710) in diesem Zusammenhang den Begriff der Rechtskollision (*collisio* oder *conflictus legum*) geprägt. In der internationalprivatrechtlichen Literatur seit der Mitte des 19. Jahrhunderts spricht man in diesem Zusammenhang von Statutenlehre (Statutenkollisionslehre).

Im mittelalterlichen Italien stellten sich Fragen der Anwendbarkeit von Stadtrechten, wenn Sachverhalte das Recht verschiedener Städte betrafen, wenn etwa Vertragspartner aus Bologna und Florenz in Padua einen Vertrag schlossen. Ähnliche Fragen stellten sich zeitgleich im Norden Frankreichs, hier aber in der Regel in Bezug auf konkurrierende Gewohnheitsrechte (*coutumes* [**Droit Coutumier**]). Die hierzu von italienischen wie auch französischen Juristen entwickelten Lehren, die in vielen Fällen aufeinander Bezug nahmen, betrafen von Anfang an verschriftlichte Rechte sowie Gewohnheitsrechte gleichermaßen (*statuta vel consuetudines*).

Der Lehre des Bartolus de Saxoferrato (1313–1357), die sich in seiner Kommentierung zu C. 1,1,1 (*lex cunctos populos*) findet, kommt bei alldem eine Schlüsselrolle zu, weil sie die älteren Lehren zusammenfasste und seit dem 14. Jahrhundert in weiten Teilen Europas rezipiert wurde. Bartolus unterscheidet die Fragen, ob ein Statut Personen bindet, die keine Untertanen (*non subditi*) sind, und inwiefern ein Recht auch außerhalb der territorialen Grenzen Bindungswirkung entfalten kann. Dabei steckt er den lokalen und persönlichen Anwendungsbereich des Statuts nach Maßgabe der Gesetzgebungshoheit (*iusdictio*) genau ab. Seine Erwägungen sollen für alle Statuten und Gewohnheitsrechte gleichermaßen gelten, sodass sie sich als frühe Form eines universellen Kollisionsrechts mit einseitig formulierten Kollisionsnormen verstehen lassen. Dabei bildet Bartolus in scholastischer Art ein feines Geflecht von Fallgruppen, an die er unterschiedliche kollisionsrechtliche Konsequenzen knüpft. In Bezug auf die erste Frage differenziert er dafür nach dem Gegenstand der Rechtsfrage; in Bezug auf die zweite Frage danach, ob es sich um erlaubendes, verbotendes oder bestrafendes Recht handelt.

In der Frühen Neuzeit wurden die spätmittelalterlichen Lehren und insbesondere die Lehre des Bartolus vielerorts aufgegriffen. Das spiegelt sich zum einen in einer großen Zahl von Sammelbänden wider, die ab dem 16. Jahrhundert nicht nur in Italien, sondern

insbesondere auch in Deutschland gedruckt wurden und die spätmittelalterlichen Lehren einem breiteren Publikum zugänglich machten. Zum andern tritt es in den vielen Verweisen zutage, die sich in frühneuzeitlichen kollisionsrechtlichen Abhandlungen auf die ältere Literatur finden. Dabei übernahmen die frühneuzeitlichen Juristen die älteren Lehren nicht blind, sondern passten sie an die eigenen rechtlichen Gegebenheiten an. Denn es ging ihnen nicht um die kollisionsrechtlichen Probleme bei aufeinandertreffenden mittelalterlichen Stadtrechten oder Gewohnheitsrechten, sondern um Anwendbarkeitsfragen in Bezug auf ihre spezifischen örtlichen Rechte.

Bertrand d'Argentré (1519–1590) setzte sich vor dem Hintergrund seiner Bemühungen um die Aufrechterhaltung der Unabhängigkeit der Bretagne und ihrer *coutume* für eine Lehre mit starkem Territorialbezug ein. Dafür teilte er alle Statuten in *personalia*, *realia* und *mixta* ein, wobei das Heimatrecht nur dann anwendbar sein sollte, wenn ausschließlich personenbezogene Rechtsfragen in Streit standen; in allen anderen Fällen sollte das Ortsrecht zur Anwendung kommen. Damit konnte d'Argentré nicht nur auf die bartolinische Zweiteilung der Rechtsanwendungsfrage verzichten, die in der Zwischenzeit bereits scharfe Kritik erfahren hatte, sondern auch auf weite Teile seiner differenzierten Fallgruppenbildung.

Die Kollisionslehre der niederländischen Juristen der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts ist von der endgültigen Lossagung der Vereinigten Niederlande aus dem Reichsverband durch den Westfälischen Frieden geprägt sowie vom daraus resultierenden Unabhängigkeitsdenken in den niederländischen Provinzen. Für die niederländischen Juristen schied im Prinzip jede Pflicht zur Anwendung fremden Rechts aus, weil sie die Souveränität der Provinz verletze. Um den Handel zwischen den Provinzen dennoch nicht vollständig zu unterbinden, entwickelten Ulrik Huber sowie Paul Voet (1619–1667) und Johannes Voet (1647–1713) die *comitas gentium*, wonach Staaten in bestimmten Fällen gleichwohl aus freundlichem Entgegenkommen fremdes Recht anwenden sollten.

Die erhebliche Rechtszersplitterung (**Rechtsvielfalt**) auf deutschem Boden im 17. Jahrhundert ließ kollisionsrechtliche Fragen hier besonders bedeutsam werden. Dabei sind in

den deutschen frühneuzeitlichen Lehren wieder deutlicher die Parallelen zu den spätmittelalterlichen Lehren feststellbar. Dies steht in einem engen Zusammenhang mit der rechtlichen Situation im Alten Reich. Während in den niederländischen Lehren die Rechtsordnungen verschiedener, souveräner Provinzen aufeinandertrafen, ging es deutschen Juristen wie Heinrich von Cocceji (1644–1719) und Johann Nikolaus Hert (1651–1710) darum, die deutsche mehrschichtige Rechtsvielfalt in den Griff zu bekommen. Denn hinter den Partikularrechten standen insbesondere das Kaiserrecht sowie das römisch-kanonische Recht. Vor diesem Hintergrund lehnten deutsche Juristen die *comitas*-Lehre ab, weil sie keine Lösungen für die ohne weiteres möglichen Normkollisionen innerhalb eines Staats biete.

LITERATUR

- [1] Bertrand Ancel: *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris 2017.
- [2] Kristin Boosfeld: *Die Lehren von der Statutenkollision. Eine Deutungsgeschichte aus Raum und Recht*, Tübingen 2023.
- [3] Kristin Boosfeld: *Die beiden Statutenlehren. Geschichte eines rechtshistorischen Missverständnisses*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung* 136 (2019), 76–93.

- [4] Max Gutzwiller: Geschichte des Internationalprivatrechts. Von den Anfängen bis zu den großen Privatrechtskodifikationen, Basel 1977.
- [5] Nikitas Hatzimihail: Preclassical Conflict of Laws, London/New York 2021.
- [6] Karl Neumeyer: Die gemeinrechtliche Entwicklung des Internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus, 2 Bde., Berlin 1901, 1916.

JOÃO FIGUEIREDO

TRIBING AND TRIBALIZATION

Carolyn Hamilton and Nessa Liebhammer have coined *tribing* to describe the archival and epistemological dimensions of the socio-legal processes of tribalization [1]; [5]. Tribalization refers, first, to the invention and establishment of customary laws and institutions through (post)colonial codification [1]; [9] and, second, to the socio-geographic delineation of the administrative-political units that were to be governed by them: the African tribes [6]; [7]. By verbing the name tribe, and thus coining the neologism tribing, Hamilton and Liebhammer sought to emphasize that “‘tribe’ is not an observable thing” but always the result of “an activity, or doing” that leaves profound marks in the organization of archives and in the sources that are now available to us [5]. Therefore, legal historians need to be wary of the fact that the materials that they use to reconstruct African “historical regimes of normativity” [4] are affected by the impact of decades of tribalization [5].

As Terence Ranger [9] and Martin Chanock [2]; [3] have pointed out, at least since the end of the nineteenth century, a diverse cast of actors, corporate or individual, used socio-legal and epistemic tools to pursue their tribalist agendas, intervening at different social and spatial scales. As Mahmood Mamdani remarks, in Africa, tribalism was adopted not only as an illiberal colonial tactic but also as a progressive ideology against racist forms of direct rule [6]; [7]. However, regardless of the intentions of the promoters of the original processes of tribalization, they invariably resulted in tribed archives that reify existing power relations and inhibit legal change [9].

The history of tribalization and tribing is tightly intertwined with that of indirect rule as a colonial doctrine and administrative practice [5]; [6]; [7]. As Mamdani has argued, Henry Maine’s *Ancient Law* (1861) was crucial to the development of indirect rule. Written in the aftermath of the Indian Mutiny of 1857, it shaped subsequent British policies in India and Africa. Maine’s ideal-

zation of village life and legal evolution, and disdain for assimilation, led him to advise the British to drop their “civilizing mission” rhetoric and embrace the “management of difference,” “regimes of legal hybridity,” and “legal pluralism” instead [7]. According to Mamdani, in Africa, indirect rule involved several state-sponsored forms of tribalization: the codification of uses and customs, the socio-spatial delimitation of tribes and tribal homelands, and, finally, the recognition of sets of distinctive political identities (tribal chiefs and commoners; household heads and dependents; natives and migrants) [6]; [7]. As Chanock remarked, these processes often went together with the expansion of a “regime of statutory oppression” [3]. Statutes such as the South African *Natives Land Act* (1913) and *Native Administrative Act* (1927), or the Portuguese *Political, Social and Criminal Statute of the Indigenous of Angola and Mozambique* (1926), were the “instruments of government” [3] that guaranteed that most of the population of these territories had “their familial relations, and a substantial area of their property relations” governed by tribal *uses and customs* that differed from extant civil codes or the “common law of the country” [3]. Furthermore, these statutory regimes promoted the delegation of unified “legislative, executive and administrative” powers to the European and African authorities responsible for handling tribal affairs, resulting in an overgrowth of the administra-

tive sphere that practically emptied the field of the judicial [3]; [6].

Early critiques of tribalization date back to the late 1960s and early 70s. However, Ranger’s ‘The Invention of Tradition in Colonial Africa’ [9] and Chanock’s *Law, Custom, and Social Order* [2] set the tone for subsequent discussions. Both scholars argued that the elites of (post)colonial states greatly exaggerated the “legal authority of chiefs and headmen,” endorsing their embrace of a “family system based on the perpetual minority of women” and of legal regimes that presupposed “hierarchical communalism” and the disenfranchisement of youth and migrants [3]; [9]. The new tribes, Ranger and Chanock concluded, were often “small-scale gerontocracies” [9] where only the androcentric versions of customs were archived, exacerbating generational, class, and gender conflicts [2]; [6]. In the early 2000s, a series of counter-critiques reassessed these arguments. Amongst these, Thomas Spear’s [10] was perhaps the most influential. According to him, phrases such as “the ‘invention of tradition,’ the ‘making of customary law’ and the ‘creation of tribalism’” [10], amongst others, misrepresented the processes of tribalization, creating two sets of problems. First, they suggested that such inventions or creations proceeded *ex nihilo* and without the cooperation and acquiescence of most Africans. This failed to convey the sense that European settlers had

been constrained by a preexisting archive of laws, normative traditions, and accepted forms of legitimizing political power.

Against this backdrop, Hamilton and Liebhammer coined tribing [5]. As an analytical concept, it has the advantage of drawing attention to the impact of tribalization on African societies, their preexisting knowledge regimes, and our own epistemological constructions about the Continent [9]. There-

fore, it forces legal scholars to consider how much of their own “Idea of Africa” and its normative systems needs *untribing* [5]; [8]. In sum, coupling the concepts of tribing and tribalization is helpful because it allows scholars to approach African customary laws neither as a pre-colonial given nor as (post) colonial fabrications but as laws in action and forces them to be extra cautious when using (post)colonial archives to reconstruct African “historical regimes of normativity” [4].

LITERATUR

- [1] Jean-François Bayart: *The Illusion of Cultural Identity*, Chicago 2006.
- [2] Martin Chanock: *Law, Custom, and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge 1985.
- [3] Martin Chanock: *Writing South African legal history: A prospectus*. in: *The Journal of African History* 30, 2 (1989) 265–288.
- [4] Thomas Duve: *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.
- [5] Carolyn Hamilton, Nessa Liebhammer: *Introduction: Tribing and Untribing the Archive*, in: Carolyn Hamilton, Nessa Liebhammer (Ed.): *Tribing and Untribing the Archive: Identity and the Material Record in Southern KwaZulu-Natal in the Late Independent and Colonial Periods*, Pietermaritzburg 2017, 12–49.
- [6] Mahmood Mamdani: *Citizen and Subject: Contemporary Africa and the Legacy of Late Colonialism*, New Jersey 1996.
- [7] Mahmood Mamdani: *Define and Rule: Native as Political Identity*, Cambridge MA 2012.
- [8] Valentin Mudimbe: *The Invention of Africa: Gnosis, Philosophy, and the Order of Knowledge*, Bloomington 1988.
- [9] Terence Ranger: *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, in: Terence Ranger, Eric Hobsbawm (Ed.): *The Invention of Tradition*, Cambridge 1985, 211–262.
- [10] Thomas Spear: *Neo-Traditionalism and the Limits of Invention in British Colonial Africa*. in: *The Journal of African History* 44, 1 (2003) 3–27.

KÄTE HAMBURGER KOLLEG

Das Käte Hamburger Kolleg „Einheit und Vielfalt im Recht“ (EViR) an der Universität Münster wird seit 2021 vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) gefördert. Fellows aus aller Welt erforschen hier gemeinsam mit Münsteraner Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern das dynamische Spannungsverhältnis zwischen Einheit und Vielfalt im Recht von der Antike bis zur Gegenwart. Damit wird erstmals eine systematische Untersuchung des Phänomens in seiner gesamten historischen Tiefe und über Fächergrenzen hinweg angestrebt. Neben der (Rechts-)Geschichte sind viele weitere geisteswissenschaftliche Fächer wie Ethnologie und Soziologie, Literatur und Religionswissenschaften beteiligt.

The Käte Hamburger Kolleg “Einheit und Vielfalt im Recht | Legal Unity and Pluralism” (EViR) at the University of Münster has been funded by the Federal Ministry of Education and Research (BMBF) since 2021. Fellows from all over the world, together with scholars from Münster, examine the dynamic tension between legal unity and pluralism from antiquity to the present. This is the first attempt to systematically investigate the phenomenon in its entire historical depth and across disciplinary boundaries. In addition to (legal) history, many other disciplines such as ethnology and sociology, as well as literature and religious studies, are involved in the Kolleg.

IMPRINT

Editor

Käte Hamburger Kolleg
“Einheit und Vielfalt im Recht |
Legal Unity and Pluralism“
Servatiiplatz 9
48143 Münster | Germany
Phone: +49 251 83-25085
E-Mail: info.evir@uni-muenster.de
Web: www.evir-muenster.de

Editorial Board

João Figueiredo
Ulrike Ludwig
Sophia Mösch
Peter Oestmann
Lennart Pieper
Benjamin Seebröcker

Editorial Office

Benjamin Seebröcker

The Käte Hamburger Kolleg „Einheit und Vielfalt im Recht | Legal Unity and Pluralism“ at the University of Münster is funded by the Federal Ministry of Education and Research (BMBF) under the funding code 01UK2101.

SPONSORED BY THE



Federal Ministry
of Education
and Research

Cite as

Münster Glossary on Legal Unity and Pluralism, 3rd Edition (EViR Working Paper 06), Münster: Käte Hamburger Kolleg „Einheit und Vielfalt im Recht“ 2023, DOI: 10.17879/98998690804.

Licence

Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International (CC BY-SA 4.0)
<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>



URN: urn:nbn:de:hbz:6-98998692393
DOI: 10.17879/98998690804

© Münster 2023
Copyright is held by the contributing authors.

ISSN: 2749-8166 (Print)
ISSN: 2749-8174 (Online)

