

Rechtsgeschichte

www.rg.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg1>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 1 (2002)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg01/227-229>

Rg **1** 2002 227 – 229

Susanne Lepsius

Sieht man mit dem Zweiten besser?

hen, und in der richtigen Annahme, dass dem Unterhaltungsbedürfnis der Studierenden durch Lebensschicksale Rechnung getragen wird.

Van Caenegem ist – so kann man noch aus der Druckfassung schließen – ein engagierter und unkonventioneller Lehrer mit Mut zur Einfachheit, zum Querdenken, zum Scherz, zur Lücke,

zur Meinung. Bleibt die Frage, die alle Lehrenden dieser Sorte umtreiben dürfte: Wieviel Gefälligkeit, um nicht zu sagen: Opportunismus leistet man sich, um die jungen Leute zu begeistern?

Marie Theres Fögen

Sieht man mit dem Zweiten besser?*

Erneut legt Prodi eine höchst anregende Synthese der Evolution okzidentalen Rechts vor. War es ihm in seinem »Sakrament der Herrschaft« um die sakral-ethische Dimension bei der Begründung von Herrschaft gegangen, richtet er nun sein Augenmerk auf den die westliche Rechtskultur prägenden, fortdauernden Dualismus zwischen Ethik/Gewissen einerseits und streitiger Gerichtsbarkeit/geschriebenem Recht andererseits. Prodi hält es für eine Illusion des zeitgenössischen Rechtsverständnisses, diesen Dualismus im positiven, »eindimensionalen und selbstreferentiellen Gesetz« sowie in den Verfassungen – also durch die umfassende Verrechtlichung aller ethischen Fragen – ein für allemal aufgelöst zu sehen (11, 455 ff.). Vielmehr werde das rationale, positivierte Recht durch ethische Herausforderungen – etwa der Gentechnik – erneut schmerzlich an diesen uralten Dualismus erinnert (11). Der historischen Forschung wirft Prodi dagegen vor, den ideengeschichtlichen Hintergrund des Rechtsverständnisses überzubetonen und so die institutionelle Verankerung (*ordinamenti*) der Rechtsvorstellungen zu vernachlässigen. Wegen dieser allzu einäugigen Wahrnehmung der Entwicklung des Rechts setzt Prodi sich zum Ziel, die herkömm-

lichen Sichtweisen um ein zweites Auge zu erweitern, indem er konsequent vom frühen Mittelalter bis in das 19. Jahrhundert auch auf die ethische Norm und deren Anwendung vor Gericht, insbesondere vor dem *forum internum*, blickt.

Trotz seines Untertitels, der für die Zeit des Mittelalters einen Pluralismus der Gerichtsbarkeiten annimmt, ist dieses Buch von einem durchgängigen, in seiner Konsequenz eindrucksvollen Dualismus geprägt. Schon der Haupttitel, der eine Geschichte der »giustizia« verspricht, lässt die im Deutschen nur durch zwei Worte abbildbare Dichotomie von Recht als Gerechtigkeit im Sinne einer überpositiven Rechtsquelle und der Umsetzung von Recht im Justiz-Apparat aufscheinen. Beide Aspekte verfolgt Prodi in den acht Kapiteln seines chronologischen Durchgangs durch die abendländische Evolution des Rechts. Bis in die Struktur seiner Darstellung setzt Prodi den Dualismus fort. Denn inhaltlich sind jeweils zwei Kapitel aufeinander bezogen und beinahe durchgängig durch ein Gegensatzpaar in der Kapitelüberschrift gekennzeichnet. Eingerahmt werden die so entstehenden vier Zweiergruppen durch ein ausführliches Vorwort und ein Kapitel zu aktuellen Reflexionen.

* PAOLO PRODI, Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto, Bologna: il Mulino 2000, 499 S., ISBN 88-15-07349-3

Der grundlegende Dualismus zwischen Ordnung/institutionalisiertem Recht einerseits und Schuld/Gewissen/Ethik andererseits wird für Prodi durch die beiden Städte Athen und Jerusalem verkörpert. Diesen Dualismus erbte die christlich-römische Kirche, angereichert um die römischrechtliche Naturrechts- wie die Konzeption des öffentlichen Strafrechts. Bis einschließlich Abälard blieb die Beurteilung der verborgenen Sünden der Theologie und dem *forum internum* der Kirche vorbehalten. Lediglich schwere Sünden mit Ausstrahlung in die Gemeinschaft unterlagen der Gerichtsbarkeit des *forum externum* der Kirche (cap. 1). Für Juristen besonders lesenswert sind die Passagen über die zentrale Funktion der päpstlichen Poenitentiarie, die in rechtsförmigen Verfahren über die Vergebung schwerer Sünden entschied, deren Entscheidung sich die Päpste vorbehalten hatten (cap. 2). Mit dem neudefinierten Bußsakrament, das für jeden Christen die Pflicht statuierte, jährlich mündlich vor dem zuständigen Ortspfarrer zu beichten, hebt Prodi überzeugend den Versuch der Päpste im »Zeitalter der päpstlichen Revolution« hervor, auch die Bereiche der verborgenen Sünde zu juridifizieren. Dieser Versuch sei jedoch im Spätmittelalter gescheitert. Stattdessen etablierte sich der Dualismus zwischen geistlicher und weltlicher Gerichtsbarkeit. Die weltliche Gerichtsbarkeit sei nunmehr auch für das aufkommende öffentliche Strafrecht zuständig geworden (cap. 3). In der frühen Neuzeit wurde mit dem Entstehen souveräner Staaten die Durchsetzbarkeit mehr und mehr zum Kennzeichen des geschriebenen, nunmehr vom Staat gesetzten Rechts. Entsprechend weiteten die Päpste ihre Zuständigkeit in der Verwaltung des Bußsakraments, institutionell mit der Poenitentiarie, auf Kosten des *forum externum* der Bischöfe aus. Der Dualismus zwischen »Gesetz und Ge-

wissen« brach auf (cap. 4). Trotz unterschiedlicher Ausgangspunkte von lutherischen und reformierten Protestanten sowie Katholiken stellt Prodi im Gefolge der Sozialdisziplinierungstheorie die parallele Entwicklung fest: mit Policeyordnungen wie schriftlichen Kirchenordnungen auch das Gewissen der Menschen zu regulieren. Die Disziplinierung des Gewissens sollte allein den kirchlichen Instanzen vorbehalten bleiben (cap. 5, 6). Vom 17. Jahrhundert bis zum Zeitalter der Kodifikationen trug vor allem die ausgefeilte Kasuistik der spanischen Spätscholastik zu einer weiteren Verrechtlichung der Sphäre des Gewissens bei (cap. 7). Andererseits überhöhten Autoren wie Domat das geschriebene staatliche Recht, indem sie es von allgemeinen naturrechtlichen Prinzipien ableiteten. Eine derartige sakrale Überhöhung des geschriebenen staatlichen Rechts beflügelte dann noch die Kodifikatoren (cap. 8). Für das 20. Jahrhundert formulierten Bonhoeffer einerseits, Pius XII. andererseits das Leiden an der Eindimensionalität und Selbstreferentialität der Rechtsnorm als rationalem geschriebenen Recht (cap. 9). Dieses Bewusstsein von der Fragilität der positivierten Rechtsnorm ist zugleich Prodis zugrunde liegendes Vorverständnis, bei dem man sich an das Diktum Böckenfördes erinnert fühlt, der Verfassungsstaat lebe von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren könne.

Gerade Prodis ebenso bemerkenswerter wie ramistisch-streng anmutender Dualismus ist es, der die deutsche Leserin nach einer dritten Dimension einer Gerechtigkeitsgeschichte Ausschau halten lässt. Aufgrund seines wissenschaftlichen Ausgangspunktes im Bereich der frühneuzeitlichen Kriminalitätsforschung legt Prodi den Akzent auf strafrechtliche Fragen. Andere Aspekte verblassen demgegenüber. So fehlt die Rolle der Ethik im Vertrags- und Kaufmanns-

recht sowie deren Einbeziehung vor Kaufmannsbis hin zu Schiedsgerichten. Aufschlussreich hätte auch eine verfassungsrechtliche Akzentuierung des ersten Grundrechts, des *ius emigrationis*, sein können, durch das der Konflikt von Gesetz und Gewissen zugunsten der individuellen Gewissensentscheidung und zu Lasten des disziplinierenden Zugriffs von staatlichem Gesetz und Gerichtsbarkeit aufgelöst wurde. Lohndend hätte auch ein Blick in das 20. Jahrhundert sein können, das mit Verfassungsgerichtsbarkeit und -beschwerde das eindimensionale Gesetz durchaus anhand ethischer, überpositiver Aspekte überprüft. Auf der anderen Seite vernachlässigt Prodis herrschaftsorientierter Blick auf die Gerichtsbarkeit die Befriedungsfunktion von Recht wie Gericht. Auch die Fragen nach einer Justiznutzung und Justizakzeptanz durch die Rechtsunterworfenen, ob sich diese also der

verschiedenen möglichen Rechtsgänge zu den unterschiedlichen Gerichten aktiv bedienen, müssen daher offenbleiben.

Trotz aller weiteren Wünsche und Anregungen ist dem Historiker Prodi das Beste gelungen, was eine Synthese leisten kann: unsere Sicht zu erweitern, wodurch die westliche Rechtskultur bestimmt ist, und zugleich weitere Forschungen, besonders im Zusammenhang mit der Entstehung eines öffentlichen Strafrechts, herauszufordern. Es ist daher zu begrüßen, dass eine Übersetzung des Werkes in Vorbereitung ist und voraussichtlich noch in diesem Jahr vorliegen wird, in der auch die zahlreichen ärgerlichen Druckfehler bei deutschen Literaturangaben und Zitaten korrigiert werden können.

Susanne Lepsius

Ecclesia anglicana vivit iure commune*

The *ius commune* is a currently fashionable topic. It is clear that much of the interest in it derives from its potential to provide examples that can be used by those who are primarily interested in the future of private law in Europe, some of whom see in an interpretation of the idea of the *ius commune* lessons either in favour of – or against – unification or harmonisation of law in Europe. No such anachronistic or a-historical concerns affect or disfigure Professor Helmholz's meticulous study. He is interested in the historical interaction of the *ius commune* and English law.

The “influence” of Roman law on the common law of England has long been a staple topic

– there is scarcely a major historian of English law who has not explored it in one way or another, often following in the footsteps of Maitland and writing on the topic of English law and the Renaissance. No *communis opinio* has yet been established. One suspects it never will be. Helmholz is dissatisfied with these traditional approaches to the issue of England and the learned laws; instead, he has examined areas where there was a significant overlap between the English law and the *ius commune*. This allows examination in detail of the rules of the *ius commune* and equivalent English rules. In particular, as one of the foremost historians of English ecclesiastical law, he has chosen to

* RICHARD H. HELMHOLZ, *The Ius Commune in England. Four Studies*, New York: Oxford University Press 2001, XV and 270 pp. (incl. index), ISBN 0-19-514190-3