

Macht der Gewohnheit*

Fragen der Aneignung und Effektivität von Normen haben sich zu wesentlichen erkenntnisleitenden Perspektiven der rechtshistorischen Forschung zur Frühen Neuzeit entwickelt. Es ist dabei deutlich geworden, dass sich die Diskrepanz von zentraler Normsetzung und deren lokaler Umsetzung nicht als bloßes Vollzugsdefizit, sondern vor allem als Folge einer besonderen kulturellen Praxis begreifen lässt, die unserem an Gesetzesvollzug und Kodifikation geschultem Denken fremd ist. Im Zusammenhang damit kommt den Rechtsgewohnheiten eine besondere Bedeutung zu. Sie lassen sich nicht einfach als »Gewohnheitsrecht« in das moderne Rechtsquellen-system einpassen, sondern stellen ein anderes Prinzip der Rechtsfindung dar, mit dem Umstände des Einzelfalls erfasst und die neben der juristischen liegende soziale Normebene einbezogen werden konnte.

Gerade in der Konturierung der Eigenart dieses Rechtsdenkens besteht das zentrale Anliegen der in diesem Band zusammengefassten Arbeiten des argentinischen Rechtshistorikers *Víctor Tau Anzoátegui*. Er bezieht sich dabei auf das sog. *derecho indiano*, das vor allem auf *ius commune*, kastilischem Recht und einem besonderen Normengefüge Lateinamerikas zwischen dem 16. und 19. Jahrhundert aufbaut. Gerade dies macht die Beiträge in historisch-vergleichender Perspektive besonders wertvoll: Wohl selten waren Probleme der Normimplementierung so offensichtlich wie in Bezug auf den weit entfernten Erdteil, in dem dennoch »europäisches Recht« angewandt werden musste. Vier zwischen 1971 und 1986 entstandene Einzeluntersuchungen machen anschaulich, wie dies in der Praxis funktionierte; zwei neue abs-

trahierende Deutungsversuche zu Fragen der Rolle der Gewohnheit in der Rechtsgeschichte des Río de la Plata-Gebiets sind diesen bisher teilweise schwer zugänglichen Einzelstudien vorangestellt.

In dem einleitenden Aufsatz beschreibt Tau Anzoátegui zunächst die Gründe der langen Verdrängung der Bedeutung der Rechtsgewohnheiten in der rechtshistorischen Arbeit (19–39). Er sieht sie vor allem in dem wirklichkeits- und wissenschaftsverengenden Kodifikationskult der lateinamerikanischen Rechtswissenschaft des ausgehenden 19. und 20. Jahrhunderts, der auch das Erkenntnisinteresse der Rechtsgeschichte geleitet habe; erst in jüngerer Zeit könnten deswegen die schon von Rafael Altamira und Ricardo Levene gegebenen Hinweise auf die Bedeutung der Rechtsgewohnheiten im *derecho indiano* wieder auf fruchtbaren Boden fallen. In dem anschließenden zentralen theoretischen Beitrag (43–81) formuliert Tau Anzoátegui vorsichtig seine These von der weit über die Funktion als Gewohnheitsrecht hinausgehenden Bedeutung der Rechtsgewohnheiten. Dabei hebt er den grundsätzlich anderen *modus operandi* des Juristen des *derecho indiano* hervor. Das diesem zur Verfügung stehende normative Material lässt sich für Tau Anzoátegui nur als eine Art Thesaurus von Normen unterschiedlichster Entstehungsweise, Art und Reichweite begreifen, die je nach Umständen des Einzelfalls, nach Sachverhalt, Zeitpunkt und beteiligten Personen angewandt wurden. Auch wenn es für dieses Verfahren keine ausdrücklichen Regeln gab, so offenbar doch ein Verständnis für die Richtigkeit der damit erzielten Ergebnisse. Auf diese Weise steuerten Rechtsgewohnheiten ein

* VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, El poder de la costumbre. Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación (Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires) Buenos Aires 2001, 364 S., ISBN 987-98950-0-2; auch in: Fundación Histórica Tavera/ Fundación Hernando de Larra-mendi, Colección Proyectos Históricos Tavera, I, José Andrés-

Gallego (Hg.), Nuevas aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica, Madrid 2000 (CD-ROM, DIGIBIS).

bewegliches System, ermöglichten dessen Aktualisierung, brachten Gerechtigkeitserwägungen zum Tragen und trugen zur effektiven Konfliktlösung bei.

In den folgenden Einzelstudien präsentiert Tau Anzoátegui das empirische Material zu dieser Einordnung. Mit *La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI–XVIII)*, (85–156) steht eine Überblicksdarstellung zur Bedeutung des Gewohnheitsrechts im *derecho indiano* am Anfang. Tau Anzoátegui weist auf verschiedenen Feldern die Bedeutung von Gewohnheitsrecht nach und macht deutlich, dass die Grenzziehung zu einer auf Rechtsgewohnheiten beruhenden Praxis fließend sind. Vor allem auf der Grundlage von Quellen aus dem *Archivo General de las Indias* gewinnen die Rechtsgewohnheiten hier Kontur als ein teils bewusst, teils unbewusst eingesetztes Flexibilisierungsinstrument, das Spannungen innerhalb der Interessengruppen der Kolonien, aber auch zwischen Kolonien und Krone lösen konnte. Trotz der Tendenz zu einer zunehmenden Kanonisierung des juristischen Wissens, der Schwächung der Selbstverwaltung und den einsetzenden vernunftrechtlichen Strömungen stellt Tau Anzoátegui ein bewusstes Festhalten an diesem flexiblen, kasuistischen Denken bis in das ausgehende 18. Jahrhundert fest. In der anschließenden Untersuchung der Gewohnheit als Rechtsquelle zwischen dem 16. und 17. Jahrhundert bezieht sich Tau Anzoátegui vor allem auf Quellenmaterial der lokalen Selbstverwaltungsorgane, der *Cabildos* (157–233). Wieder beschreibt er Wortgebrauch, Erscheinungsformen und Funktionen von Gewohnheitsrecht und Rechtsgewohnheiten anhand von Sachgruppen, etwa im Zusammenhang mit der Förmlichkeit lokaler Verfahren, im Ämterwesen und bei der Zuständigkeitsverteilung. Tau Anzoátegui geht es auch hier vor allem

um die Beschreibung der verschiedenen Erscheinungsformen der Rechtsgewohnheit – eine Vorgehensweise, die er anhand ähnlicher Quellen auch in der Untersuchung des für die Gewohnheiten kritischen Zeitraums des 19. Jahrhunderts fortführt (235–305). Die Zentralisierungstendenzen, die Schwächung der *Cabildos* sowie der ideologische Einfluss der europäischen Literatur des ausgehenden 18. Jahrhunderts führten zu einer immer stärker gesetzgebundenen Rechtsanwendung. Dennoch blieb trotz des zunehmenden Einsatzes gelehrter Juristen die Berufung auf diejenigen älteren Autoren dominierend, bei denen die Rechtsgewohnheiten einen zwar selten ausdrücklich thematisierten, in den Einzelaussagen aber gewichtigen Stellenwert einnahmen. Exemplarisch wird dies anschließend vorgeführt anhand der *Política Indiana* von Juan de Solórzano y Pereyra (1575–1655), einer der wohl einflussreichsten Schriften zum *derecho indiano*, ein Lehrbuch mit Gesetzescharakter, das mit wenigen anderen Werken und der *Recopilación* von 1680 den maßgeblichen Bezugspunkt der zeitgenössischen Rechtsanwendung darstellte (307–340).

Mit diesen Einzelstudien hat Tau Anzoátegui eine eindrucksvolle Phänomenologie der Rechtsgewohnheiten im *derecho indiano* vorgelegt. Dessen besondere Rahmenbedingungen mögen dabei manche der aus der kontinental-europäischen Rechtsgeschichte bekannten Charakteristika der frühneuzeitlichen Rechtsanwendung verstärkt, andere unterdrückt haben. Gerade hinsichtlich der Rechtsgewohnheiten ist das Sensibilisierungspotential dieses Teilbereichs der europäischen Rechtsgeschichte zweifellos besonders hoch. Mit der Zusammenstellung der quellenbezogen gearbeiteten Einzelstudien und einer auf diesem Material aufbauenden, vorsichtig-generalisierenden Problemskizze hat

Tau Anzoátegui eine an den Leser erhöhte Anforderungen stellende Präsentationsweise gewählt. Gerade diese führt jedoch um so eindringlicher an Denkformen und juristische Argumentationsweisen heran, deren angemessene

Rekonstruktion sich einem begrifflich-systematischen Schematismus prinzipiell entzieht.

Thomas Duve

Vom Lob der Bauern und vom Wert der Gewohnheit*

In questo volume vengono raccolti i contributi di un ciclo di lezioni organizzate nel 1999 dalla Volkshochschule di Zurigo, in occasione della ricorrenza dei 500 anni dalla Guerra di Svevia, rispettivamente Guerra della Svizzera, come essa viene chiamata dal punto di vista tedesco. L'importanza politica di questo cruentissimo avvenimento bellico, protrattosi su innumerevoli fronti dal mese di febbraio a quello di luglio del 1499 e che vide coinvolti da una parte le truppe della Vecchia Confederazione dei Dieci Cantoni con i loro alleati e dall'altra la Lega sveva e, in un secondo tempo, Massimiliano d'Asburgo, è certamente nota. Secondo una vulgata storiografica fino a poco tempo fa indiscussa, la vittoria conseguita dagli Svizzeri sugli eserciti tedeschi consentì alla Confederazione la conquista dell'indipendenza de facto dall'Impero. Un'indipendenza raggiunta sul campo, che ottenne poi i crismi giuridici nel 1648 con la Pace di Westfalia. I contributi qui raccolti portano delle importanti sfumature critiche a questa ricostruzione, certamente venata di idealismo patriottico. I relatori si sono così chinati, più che sugli avvenimenti militari in quanto tali, sul retroterra culturale e sociopolitico dello scontro, fornendo un'immagine di esso molto più differenziata e convincente. In questo senso l'opera, pur non affrontando purtroppo in ma-

niera approfondita le molte questioni storico-giuridiche che la Guerra di Svevia solleva, rappresenta per lo storico del diritto un utilissimo punto di ancoraggio, da cui muovere le proprie specifiche ricerche, ad esempio sul ruolo da essa svolto nell'indurre la dicotomia fra la tradizione giuridica consuetudinaria e popolare della Svizzera e quella invece colta e sapienziale della Germania. Interessanti spunti si possono trarre a questo proposito specialmente dal contributo di Guy P. Marchal dal titolo «Über Feindbilder zu Identitätsbildern. Eidgenossen und Reich in Wahrnehmung und Propaganda» (103-122), il quale pone delle importanti questioni di metodo sul concetto di identità, tratte dagli studi sociologici sulla devianza, che potrebbero benissimo venire applicate anche al campo giuridico. La ricerca storico-giuridica più recente ha in effetti già posto in evidenza il legame stretto esistente fra un generale fenomeno di ruralizzazione e di chiusura socioeconomica della Vecchia Confederazione, già avviatosi qualche decennio prima della Guerra di Svevia, ed il rifiuto della giurisprudenza colta di origine imperiale. Il discorso di Marchal potrebbe in questo senso rappresentare un'ulteriore griglia interpretativa per spiegare l'originalità del sistema giuridico svizzero di Età moderna. Secondo Marchal infatti l'immagine stigmatizzante degli Svizzeri, sviluppata dalle

* Vom »Freiheitskrieg« zum
Geschichtsmythos. 500 Jahre
Schweizer- oder Schwabenkrieg,
hg. von PETER NIEDERNHÄUSER
und WERNER FISCHER, Zürich:
Chronos Verlag 2000, 182 S.,
ISBN 3-905313-50-2