

Zwischen dem spanisch-amerikanischen kolonialen und dem Recht des Nationalstaats in Argentinien (16.–20. Jahrhundert)*

Von

Víctor Tau Anzoátegui

Inbetween the Spanish-American colonial law and the law of the national state of Argentina (16th to 20th century). The article provides an overview on nearly six decades of investigation on Latin-american traditions in legal history. It solves two tasks: At first, to understand *derecho indiano*, clearing up its connections with local urban milieus and governments and to the royal acts, in short a world of *casuismo*. Secondly, to explain the later history and the fundamental change of this legal culture since the 19th century. – Keywords: Argentina, legal culture since 16th century, *Ius commune*, indian law, colonialism.

Vorbemerkung:

Dieser Beitrag geht auf die Einladung zurück, einige Überlegungen zu meiner eigenen rechtshistorischen Arbeit als Gastbeitrag in der Savigny-Zeitschrift zu formulieren. In dieser sind mit dem spanisch-amerikanischen kolonialen Recht und dem des argentinischen Nationalstaats zwei unterschiedliche normative Ordnungen miteinander verbunden, die ein Grundmoment und das wichtigste Anliegen meines wissenschaftlichen Weges darstellen. Noch als Student an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität von Buenos Aires habe ich begonnen, mich unter Anleitung meines Lehrers Ricardo Levene mit der Geschichte des Rechts zu beschäftigen. Die Einla-

*) Diese deutsche Fassung ist eine freie Übersetzung aus dem Spanischen durch Thomas Duve, dem auch die Redaktion herzlich dankt! Fachbegriffe wurden zum Teil übersetzt, zum Teil in der Originalsprache übernommen. Insbesondere wurde die Bezeichnung ‚indiano‘ regelmäßig mit ‚amerikanisch‘ übersetzt, auch wenn strenggenommen *las Indias* auch in Asien liegende Teile der spanischen Monarchie bezeichneten, insbesondere die Philippinen. Zum Werk von Víctor Tau Anzoátegui und der Forschung zum sog. *Derecho indiano* vgl. soeben die Beiträge in Thomas Duve/Heikki Pihlajamäkki (Hgg.), *New Horizons in Spanish Colonial Law, Contributions to Transnational Early Modern Legal History (= Global Perspectives on Legal History 3)*, Frankfurt am Main 2015 (im open access: <http://dx.doi.org/10.12946/gplh3>).

ZRG GA 133 (2016)

dung gibt mir die seltene Gelegenheit, auf das eigene Werk zurückzublicken, das aufgrund der glücklichen Umstände eines langen Lebens, in dem ich einer intellektuellen Berufung folgen konnte, möglich war.

Mein wissenschaftlicher Weg und meine Forschungsinteressen haben sich stets um Verständnis, Vertiefung und Rekonstruktion dieser beiden normativen Ordnungen bemüht, die ich jeweils für sich untersucht habe, die zugleich aber ineinander übergehen, wie zwei Kreise, die sich berühren und gelegentlich überschneiden. In mehr als 100 Büchern und Aufsätzen, von denen ich hier nur die wichtigsten aufführen kann – habe ich sie aus unterschiedlichen Perspektiven zu beleuchten versucht. In diesen Arbeiten spiegeln sich verschiedene Phasen des eigenen intellektuellen Weges in einer Zeit, in der wichtige Entwicklungen in der Historiographie, in Bezug auf die Methoden und die Ausrichtung rechtshistorischer Forschung, zu beobachten waren, die ich zum Teil mitgestalten konnte¹⁾.

Die beiden normativen Ordnungen bestehen ihrerseits aus komplexen Teilen, denen die Bezeichnungen, die wir ihnen nach einem Prozess der begrifflichen und konzeptuellen Reduktion zuweisen, nur unvollkommen Ausdruck geben. Mir scheint es wichtig, sie zu unterscheiden, um die verschiedenen Wege, auf denen sich meine wissenschaftliche Arbeit bewegt hat, nachzuzeichnen, ohne die Verbindungen zwischen ihnen zu unterschätzen. Die erste der beiden normativen Ordnungen ist zeitlich abgeschlossen. Sie zwingt den Historiker geradezu dazu, nach ihren Besonderheiten zu fragen, die in der späteren, stärker dogmatisch geleiteten Interpretation der ersten rechtshistorischen Arbeiten nicht angemessen zum Ausdruck kamen. Die zweite der beiden Ordnungen scheint mir dagegen eine historisch noch offene Zeit zu sein. Nach der kurzen Dauer von zweihundert Jahren können wir hier bisher nur einige Perioden unterscheiden. Während wir für die erste Phase deswegen immer neue Perspektiven entwickeln können und auch müssen, die unseren Blick auf die Zeit erneuern, sind wir für die zweite noch immer auf die Untersuchung von spezifischen Fragen angewiesen, die den historischen Wandel betreffen, den Ursprung und die Weiterentwicklung neuer Prinzipien und Institutionen des Rechts, die bis heute reichen. Dieser Unterschied lässt sich auch in diesem Beitrag ablesen.

Im ersten Teil der folgenden Darstellung stelle ich einige Ergebnisse der Untersuchungen und Überlegungen vor, die ich angestellt habe, immer un-

¹⁾ Víctor Tau Anzoátegui, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho indiano*, Buenos Aires 1997; ders., „El historiador ante el Derecho“, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales* 47, Buenos Aires 2003.

terstützt von den Beiträgen anderer Wissenschaftler, aus denen sich dennoch ein eigener Blick auf diese normative Ordnung ergibt. Ich habe sie in unterschiedlichen Publikationen zusammengetragen, von denen ich einzelne Teile hier verwende, angepasst an das *genre* des Rückblicks, nicht zuletzt im Blick darauf, dass sie sich an einen Leserkreis wenden dürften, von dem ich nicht erwarten kann, dass er sich mit der Geschichte des hispano-amerikanischen und argentinischen Rechts intensiver beschäftigt hätte.

Erster Teil: Ein Bild vom kastilisch-amerikanischen Recht

1. Auf der Suche nach einem Begriff des ‚Derecho indiano‘:

Meine wissenschaftliche Beschäftigung begann mit einer frühen Darstellung dieser Ordnung, die ich 1979 unter dem Titel „¿Que fue el Derecho indiano?“ vorgelegt habe. Der Beitrag wurde sehr zügig vom Instituto de Historia del Notariado veröffentlicht und 1982 in die Reihe ‚Juristische Abhandlungen‘ des Verlags Abeledo-Perrot aufgenommen; es erschienen einige Neuauflagen²⁾. Dieses kleine Buch spiegelt eine erste Begegnung aus dem Unterricht wider, bereichert durch eigene erste Forschung. In ihm habe ich herausgearbeitet, wie sehr das Derecho indiano, das in Spanisch-Amerika während drei Jahrhunderten angewandt wurde, als historisches Phänomen vor allem seit dem zweiten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts Gegenstand der Forschung geworden ist, insbesondere durch die Arbeiten von zwei Wissenschaftlern, die der historischen Forschung eine neue Richtung gegeben haben: Rafael Altamira aus Spanien und Ricardo Levene aus Argentinien. Später beteiligte sich eine wachsende Zahl von Wissenschaftlern aus Europa und Amerika, seit den sechziger Jahren in einem sehr lebendigen „Instituto Internacional de Derecho Indiano“ zusammengeschlossen. Der spanische Rechtshistoriker Alfonso García Gallo wurde zu einer intellektuellen Leitfigur³⁾. Mit der Intensivierung der Forschung wurde freilich auch die Notwendigkeit einer stärkeren Differenziertheit und Vertiefung der Methoden sowie der Perspektiven und Themen der rechtshistorischen Forschung unübersehbar.

In den ersten Jahren, noch geprägt von einer rechtskulturellen Grundhaltung, die von der Einheitlichkeit und Allgemeinheit des Rechts ausging und

²⁾ Víctor Tau Anzoátegui, ¿Qué fue el Derecho Indiano?, 1979, 3. aktualisierte Auflage Buenos Aires 2004.

³⁾ Vgl. dazu Víctor Tau Anzoátegui, „El tejido histórico del derecho indiano: las ideas directivas de Alfonso García Gallo“, Revista de Historia del Derecho [RevHistDer, ed. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires] 21 (1993), S. 9–72.

jede andere Form als die des staatlichen Gesetzes aus ihrem Gesichtskreis verbannte, war es schwierig, ein differenziertes historisches Bild des *Derecho indiano* zu zeichnen. Es schien, als wäre der vom modernen Systemdenken geprägte Blick der einzig gültige, um historische normative Ordnungen zu analysieren. Insbesondere eine kasuistische Ordnung erschien wie ein unliebsames Element, das in der Rechtsordnung eigentlich nicht existieren sollte, weder im Bereich der Lehre noch im Bereich der Rechtsfortbildung oder auch der Rechtsauslegung. Diese systematische und legalistische Perspektive prägte auch den Denkstil der ersten Generation von Wissenschaftlern, die sich dem *Derecho indiano* zuwandten, unter denen sich herausragende Historiker befanden. Andere Rechtsquellen als das staatliche Recht – das Gewohnheitsrecht, die Rechtswissenschaft oder Gerichtspraxis – wurden in ihren Arbeiten nicht berücksichtigt oder der königlichen Gesetzgebung untergeordnet, die ähnlich dem modernen Gesetz an der Spitze einer Normhierarchie zu stehen schien. Auch das kanonische Recht schien unter dem Eindruck der das späte 19. Jahrhundert beherrschenden säkularisierenden Perspektive kein wirklich relevanter Teil der Rechtsordnung zu sein. Auf diese Weise entstand ein Bild des *Derecho indiano*, in dem die staatliche Gesetzgebung eine überwältigende, alle anderen normativen Sphären verdrängende Bedeutung bekam, einhergehend mit einer fast ausschließlichen Konzentration auf die *Recopilación* von 1680. Gerade manche charakteristischen Züge dieser Ordnung blieben damit unsichtbar.

In den letzten Jahrzehnten ist es gelungen, unter dem Eindruck einiger herausragender Einzelarbeiten und durch eine kollektive intellektuelle Anstrengung, neue Perspektiven aufzuzeigen, die der vor dem 19. Jahrhundert herrschenden Rechtsordnung in höherem Maße gerecht werden. Insgesamt hat sich dabei die Bezeichnung ‚*Derecho indiano*‘ als die angemessenste herausgestellt, um die Gesamtheit der normativen Ordnung während der spanischen Herrschaft von der Zeit der Entdeckungen bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, als die schrittweise Auflösung der spanischen Monarchie begann, zu bezeichnen. Allerdings bestehen sehr unterschiedliche Vorstellungen in Bezug auf die Definition dieses Begriffs und seine Reichweite⁴). Das liegt nicht zuletzt daran, dass dieses ‚neue Recht‘ sich in kasuistischer Weise seit dem späten 15. Jahrhundert herauszubilden begann, beginnend mit den *capitulaciones* von Santa Fé aus dem Jahr 1492 und den päpstlichen Bullen des folgenden Jahres. Im 16. und 17. Jahrhundert nahm es dann ein beachtliches

⁴) Ich habe diese Fragen ausführlicher behandelt in *Nuevos horizontes* (Anm. 1), Kapitel II.

Ausmaß an, untrennbar dem kastilischen Recht verbunden und über dieses Teil der Kultur des *ius commune*. Doch es bewahrte und prägte seine Besonderheiten noch weiter aus.

Dies wird besonders deutlich sichtbar an dem Phänomen des lokalen Derecho indiano, mit dem ich mich verschiedentlich beschäftigt habe und das ich zum Ausgangspunkt der folgenden Darstellung machen möchte⁵). Es handelt sich dabei um einen Beobachtungspunkt, von dem aus die Mechanismen der Entwicklung dieser großen und sehr langlebigen politischen Einheit besser verstanden werden können. Denn auch wenn das historisch-politische und rechtshistorische Schrifttum zur spanischen Monarchie sehr umfangreich ist, so bleiben doch einige wichtige Bereiche und Fragen offen. Ich selbst bin zu meiner eigenen Perspektive auf das Derecho indiano, die von früheren Arbeiten abweicht, sukzessive gekommen. Es geht mir in ihr darum, den Beginn des Derecho indiano in den kleinen städtischen Siedlungen zu finden, die in der neuen Welt entstanden sind im Zuge des schwierigen und komplexen Prozesses der Kolonialisierung durch die Spanier. Denn hier wurden die Besonderheiten der politisch-rechtlichen Struktur der folgenden Jahrhunderte grundgelegt, die in der klassischen Forschung dargestellt wird⁶).

2. Die Vorstellung der Stadt in der spanischen Kolonialisierung in Amerika:

Es ist die Stadt, der Kern der spanischen Kolonialisierung in Amerika, die als die Keimzelle im Prozess der Herausbildung sozialer Strukturen gesehen werden kann. Sie war das Zentrum von Verwaltung, Wirtschaft und religiösem Leben. Sie war auch der Ort, an dem sich die Kultur der alten Welt

⁵) Zunächst erschienen als „La potestad normativa en la ciudad durante la colonización española“ in der Zeitschrift *Roma e America, Diritto Romano Comune* 18/2004, Modena 2005, S. 193–203; ausführlicher Víctor Tau Anzoátegui, „Órdenes normativos y prácticas socio-jurídicas. La justicia“ und „La Monarquía. Poder central y poderes locales“ als Beiträge zum Gesamtwerk der Academia Nacional de la Historia, *Nueva Historia de la Nación Argentina*, Bd. II, Buenos Aires 1999, S. 283–316 und 211–250.

⁶) Vgl. aus der grundlegenden Literatur insbesondere Ricardo Zorraquin Becú, *La organización política argentina en el período hispánico*, Buenos Aires 1959 (spätere Auflagen ohne Änderungen); Antonio Dougnac Rodríguez, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, México 1994; Javier Barrientos Grandon, *Historia del Derecho Indiano, Del descubrimiento colombino a la codificación*, Bd. I, Roma 2000; Oscar Cruz Barney, *Historia del Derecho en México*, Oxford 1999; Bernardino Bravo Lira, *Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago/Chile 1989.

mit der der ursprünglichen Bewohner verband. Die moderne Vorstellung des Staates hat allerdings das Bild einer Stadt als Teil einer zentralisierten staatlichen Ordnung geschaffen. Dieses Bild gilt es zu berichtigen. Wir müssen uns stattdessen eine Raumorganisation vorstellen, in der Zentren und Peripherien miteinander verwoben waren. Letztere waren keineswegs eine bloß abhängige Größe, die selbst keine größere Bedeutung für die Rechtsentstehung gehabt hätte. In einer derart großen und komplexen politischen Einheit wie der spanischen Monarchie haben die Peripherien nämlich eine geradezu bestimmende Funktion innerhalb dieser Struktur und bei der Herausbildung des Rechts angenommen. Dem unbefangenen Beobachter ist die Bedeutung der Städte und der städtischen Umgebung unübersehbar, da sie eine geradezu natürliche Autonomie genossen und ihnen jurisdiktionelle Gewalt und auch eine eigene Normativität zu Eigen war, die die höheren Herrschaftsinstanzen so nicht haben konnten. Zugleich war die Stadt in die jeweils größeren politischen Strukturen – Provinzen oder Königreiche – eingebunden. Und sie erkannte die Autorität derjenigen an, die auf diesen höheren Ebenen tätig waren, schon um diese Integration aufrechtzuerhalten und damit auch ihre lokale Machtposition zu verfestigen.

Diese Vorstellung von der Stadt als einer weitgehend selbstständigen sozialen Einheit, die geradezu zu einer perfekten Gemeinschaft werden kann, ist bekanntlich eine in der Antike angelegte⁷⁾ und in der Renaissance ausgearbeitete europäische Idee. Man übertrug vielfach die Vorstellung des Hauses und seiner Regierung auf die städtische Organisation⁸⁾ und benutzte zur Bezeichnung dieser politischen Seite den Terminus ‚Republik‘. Während des 16. und 17. Jahrhunderts entwickelt sich in Spanien – unter dem starken Einfluss Italiens und der mittelalterlichen Philosophie – eine intensive Beschäftigung mit der Stadt, in Bezug auf die iberische Halbinsel, aber auch in Bezug auf Amerika. Die Bedingungen einer idealen Stadt wurden formuliert: die angemessene Form der Ansiedlung; das angemessene Klima und die beste natürliche Umgebung; die Art der Bevölkerung und der Institutionen, die der Stadt Glanz verliehen; die zu leistenden Werke der Barmherzigkeit und die Verbrei-

⁷⁾ In den Worten von Henri Pirenne war die mittelalterliche Stadt „una comuna que, al abrigo de un recinto fortificado, vive del comercio y de la industria y disfruta de un derecho, de una administración y de una jurisprudencia excepcionales, que la convierten en una personalidad colectiva privilegiada“, *Las ciudades de la Edad Media*, 3. spanische Auflage Madrid 1978, S. 138; vgl. auch Yves Barel, *La ville médiévale, Système social, Système urbain*, Grenoble 1977.

⁸⁾ Daniela Frigo, *Il padre di famiglia, Governo della casa e governo civile nella tradizione dell' „economica“ tra cinque e seicento*, Roma 1985.

tung des Glaubens; die Treue gegenüber dem König. Einen herausragenden Ort hatten dabei auch die überkommenen Privilegien und andere Vorrechte, die aus der vertraglichen Verbindung mit den Königen stammten⁹⁾. Was auch immer das konkrete Anliegen dieser sehr reichhaltigen Literatur war, so wollte man im Rückgriff auf unvordenkliche Anfänge eine politisch-rechtliche Organisationsform beschreiben, die vorgängig zu jedweder königlichen Jurisdiktion war und die sich dazu jedenfalls am Anfang in hohem Maße auf Mythen und Legenden bezog.

Dieses Bild einer Stadt war auch das, das die Eroberer und die ihnen folgenden Generationen vor Augen hatten, als sie nach Amerika kamen und sich dort niederließen¹⁰⁾. Das zeigt sich bereits daran, dass die neuen Städte mit alten europäischen Städtenamen benannt wurden. Natürlich war die Größe und Majestät, die man mit diesen bedeutenden Städten aus der alten Welt, mit ihren mythischen Ursprüngen und ihren alten Autonomierechten und Privilegien vor Augen hatte, nur eine Art kultureller Samen für die einfachen Siedlungen, die auf dem amerikanischen Boden gegründet wurden. Er fiel auf fruchtbaren Boden im besonderen Kontext der Eroberung, die man als gewaltiges politisches Unternehmen, als Missionsaufgabe und als Mittel zum Erlangen hoher wirtschaftlicher Gewinne ansah. Die Konstitution dieser neuen Siedlung, die Anerkennung der ersten Siedler, die Übertragung von Freiheiten und Rechtspositionen, auch die damit verbundenen Dienste dem König gegenüber, können in ihrer motivierenden Wirkung auf die ersten Siedler in den kleinen urbanen Zentren kaum überschätzt werden. Einige von ihnen konnten sogar Rechtstitel und besondere Vergünstigungen aufweisen. Bald sprach man davon, dass sich Städte wie Lima und Mexiko – deren Paläste, Häuser, Kirchen, Befestigungsanlagen – mit den urbanen Zentren der alten Welt messen konnten.

⁹⁾ Santiago Quesada, *La idea de ciudad en la cultura hispana de la Edad Moderna*, Barcelona 1992.

¹⁰⁾ Richard M. Morse, *La investigación urbana latinoamericana: tendencias y planteos*, Buenos Aires 1971; José Luis Romero, *Latinoamérica: las ciudades y las ideas*, Buenos Aires 1976; Louisa Schell Hoberman/Susan Midgen Socolow (Hgg.), *Ciudades y Sociedad en Latinoamérica colonial*, Buenos Aires 1993; Francisco de Solano (Hg.), *Historia urbana de Iberoamérica*, 2 Bde. Madrid 1987–1990; Daisy Rípodas Ardanaz, „Las ciudades indianas“, in: Horacio A. Difrieri (Hg.), *Atlas de Buenos Aires Bd. I*, Buenos Aires 1981, S. 105–122; Alfonso García-Gallo, „De la ciudad castellana a la indiana“, in: Ders., *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, *Estudios de Derecho indiano*, Madrid 1987, S. 1005–1023; Bibiano Torres Ramírez (Hg.), *Andalucía y América, La influencia andaluza en los núcleos urbanos americanos*, 2 Bde. Sevilla 1990.

Die Gründung von Städten erfolgte im Namen des Königs durch Beauftragte, Eroberer und militärische Befehlshaber. Das Zeremonial war feierlich, stets begleitet durch einen Notar. Der Stadtgründer gab dem Ort mit der Besitzergreifung einen Namen, bestimmte die Ausdehnung und legte die urbane Grundstruktur fest, verteilte die Straßenblöcke und das Land und teilte auch die indigene Bevölkerung zu. An einem zentralen Ort wurden ein Pranger und Richtstätten als Symbole der Jurisdiktion aufgebaut. Manchmal erteilte der Gründer bestimmte Befreiungen, Freiheiten und Privilegien an die Siedler und ihre Nachkommen und legte Verpflichtungen fest, denen sie nachkommen mussten. Wenn er zugleich *Gobernador* war, erließ er Satzungen. Diese Normen stellten das eigene Recht jeder Stadt dar. Oft wurde der König, dessen Gesetzgebungskompetenz immer weiter stieg, darum gebeten, diese Privilegien und Vorrechte zu bestätigen.

Das Verhältnis der indigenen Bevölkerung zu diesen Gründungen war sehr unterschiedlich. Daisy Ripodas Ardanaz hat einige Varianten herausgearbeitet: Spanische Siedlungen, in denen allein europäische oder europäische und indigene Bewohner zusammenlebten, wurden zu einem besonderen Anziehungspunkt, sei es wegen der Arbeitsmöglichkeiten in den Häusern, sei es um in den umliegenden Siedlungen Handwerk oder Versorgungsgüter für die Städte mit ihren ganz unterschiedlichen Bedürfnissen bereitzustellen. In den Siedlungen, die schon vor den Spaniern bestanden hatten, drangen einige Elemente der neuen Kultur der Besatzer ein, wie die Institution der Rathäuser, in denen die Selbstverwaltungskörperschaften (*cabildos*) regierten. Manche bemühten sich um die Anerkennung als Stadt, und ihnen wurden Wappen und andere Rechte erteilt. Wenn indigene Völker selbst Städte nach dem spanischen Vorbild gründeten – oft um sich gegen andere indigene Völker zu verteidigen –, wurden diese von der Krone üblicherweise mit einigen Gründungsprivilegien ausgestattet. Eine gänzlich neue Situation war dagegen die Gründung von Städten für die indigene Bevölkerung, wenn diese von Spanien durchgeführt wurde. Manchmal erhielten diese auch ihre eigenen *cabildos*; es handelte sich um die sog. ‚Reduktionen‘ von sehr unterschiedlicher Form¹¹⁾.

3. Die Regierung der Stadt: der Cabildo, gobierno y regimiento:

Vom Moment der Gründung an oblag die Regierung der Stadt dem *Cabildo, gobierno y regimiento*¹²⁾. Diese Bezeichnung unterstreicht die beiden wich-

¹¹⁾ D. Ripodas Ardanaz, *Ciudades indianas* (Anm. 10), S. 109–110.

¹²⁾ Constantino Bayle, *Cabildos seculares en la América Española*, Madrid 1952; Guillermo Céspedes del Castillo, *Vecinos, magnates, cabildos y cabil-*

tigsten Funktionen, die der Stadtregierung oblagen: Recht zu sprechen und die Stadt zu regieren. Nach Hevia Bolaños' *Curia Filípica* (1603) ‚ist und repräsentiert‘ der *Cabildo* ‚das gesamte Volk und hat seine Macht [*potestad*] und ist sein Kopf‘. Diese deutliche Äußerung befindet sich in einem Abschnitt, in dem zugleich die Unterordnung dieser originären Macht unter den König und seine Gerichte unterstrichen wird¹³).

Auch diese Institution kam aus Kastilien und hatte in Amerika ihre eigene Ausgestaltung bekommen. Der *Cabildo* hatte seinen Sitz an dem Ort, an dem die Stadt gegründet worden war. Auch einige andere Siedlungen die über den Status eines Dorfs, *villa*, verfügten, hatten einen solchen. Obwohl es eine reichhaltige historische Literatur über Städte und Dörfer in Amerika gibt, wissen wir über die Geschichte vieler dieser *Cabildos* nur wenig, so wie es auch an vergleichenden Untersuchungen fehlt. Die wichtigste Aufgabe der *Cabildos* bestand darin, die kleineren Angelegenheiten der Stadt zu regeln, während die Ausführung den *Gobernadores* oder *Corregidores* oblag, als den Vorsitzenden. Mit der Wahrnehmung dieser ‚*potestad* des gesamten Volkes‘ war auch die rechtliche Vertretung der Stadt verbunden: sei es vor königlichen oder kirchlichen Autoritäten, vor den *Cabildos* anderer Städte, vor dem Vizekönig, der *Audiencia* oder auch vor dem König selbst. Die *Cabildos* verfügten über ihr eigenes Gebäude, am zentralen Ort der Siedlung, was ihnen sichtbare Autorität verlieh. In diesem Haus wurden die Versammlungen abgehalten, ein- oder zweimal pro Woche, unter dem Vorsitz des *Gobernador* oder seines Stellvertreters. Sollten diese abwesend sein, übte den Vorsitz der erste Bürgermeister (*Alcalde ordinario de primer voto*) aus. Die Versammlungen, die Aussprachen und die Abstimmungen wurden unter Einhaltung eines strikten Zeremonials durchgeführt. Genauso war bei öffentlichen Veranstaltungen kirchlicher oder nichtkirchlicher Art ein striktes Protokoll einzuhalten, das der Bevölkerung und den anderen Institutionen des politischen Lebens die politische Hierarchie vor Augen führte. Die Einhaltung dieses Zeremonials hat zu vielen Auseinandersetzungen und auch juristischen Verfahren geführt, von denen einige bis vor den König gelangten. Und obwohl die *Cabildos* sich nicht immer mit ihren Anliegen durchsetzen konnten, so waren

dantes en la América española en La ciudad hispanoamericana, El sueño de un orden, Madrid 1989, S. 226–235; Bibiano Torres Ramírez (ed.), Andalucía y América, Los cabildos andaluces y americanos, Su historia y su organización actual, Sevilla 1992; Zorraquín Becú, La organización política, cap. V, S. 307–375; Guillermo Porras Muñoz, El gobierno de la ciudad de México en el siglo XVI, México 1982.

¹³) Juan Hevia Bolaños, *Curia Filípica*, Madrid 1753, Bd. 1, Teil 1, fol. 3. Übersetzung durch TD.

diese Auseinandersetzungen doch ein wirksames Mittel, um ihre Bedeutung zu unterstreichen. Diese wird auch daran sichtbar, dass auch kleinere *Cabildos* über einen gewissen Verwaltungsapparat verfügten. Es gab ein sorgfältig geführtes Register der Beschlüsse, die Dokumente aus der Regierungs- und Rechtsprechungstätigkeit wurden gesammelt. Die *Cabildos* waren Inhaber eines wichtigen Teils der lokalen Herrschaftsmacht und hatten als solche auch die Repräsentation des Volkes inne, sie waren zuständig für die Wirtschaft und das soziale Leben in ihrem Gebiet. Die tatsächliche Ausübung dieser Befugnisse und das hohe Ansehen hingen von einer Vielzahl von Ereignissen und Umständen ab, die nur in detaillierten Einzelstudien herausgearbeitet werden können.

Größere Spannungen in den *Cabildos* brachten die Beziehungen mit der lokalen königlichen Autorität, da der *Gobernador* oder der *Corregidor* oder auch deren Vertreter sich immer wieder Befugnisse zusprachen oder dem höchsten Organ der Körperschaft Vorgaben machen wollten – mit sehr unterschiedlichen Ergebnissen. Hier wurde der Kontakt, damit auch der Konflikt, zwischen zentraler und lokaler Autorität am deutlichsten. Die *Cabildos* der Hauptstädte waren beinahe ständig in entsprechende Streitigkeiten verstrickt, während die *Cabildos* der peripheren Städte oft weitere Spielräume genossen. Aufgrund eines erbittert geführten Streits über das Zeremoniell mit dem königlichen Vertreter in der *Audiencia* erwirkte der *Cabildo* von Buenos Aires im Jahr 1791, dass der König sich über das Verhältnis der politischen Kräfte in der Stadt aussprach, die zur Hauptstadt des Vizekönigreichs am Río de la Plata geworden war. Danach repräsentierte der Vizekönig die Person des Königs, und als solchem mussten ihm alle Ehrenbezeugungen und Würdigungen entgegengebracht werden; die *Audiencia* war ‚der Kopf und das Zentrum aller Spruchkörperschaften‘ und ihr Vorsitzender war dem Vizekönig gegenüber verantwortlich. Der *Cabildo* wiederum, obwohl er sich der *Audiencia* in Sachen der Rechtsprechung unterzuordnen hatte, repräsentierte bei diesen Anlässen den Gehorsam, die Treue und den Respekt des Volkes in originärer und unabhängiger Weise und nahm dabei den Platz direkt neben der *Audiencia* ein¹⁴). Das dürfte die Einschätzung der Krone noch in einer Zeit widerspiegeln, die immer stärker von Tendenzen zur Zentralisierung und damit einer Beschränkung des Lokalen geprägt war.

¹⁴) Vgl. zu dieser Auseinandersetzung *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires*, hg. vom Archivo General de la Nación, Serie III Bd. IX, Buenos Aires 1931, S. 427–452; und Real Cédula de 7 de diciembre de 1791, in: *Cedulario de la Real Audiencia de Buenos Aires*, hg. vom Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, Bd. III, La Plata 1938, S. 45–47.

4. Das Recht: Zusammensetzung und Anwendung, königliche Anordnungen und lokale Normen:

Aus dieser Perspektive mag deutlich werden, dass das Recht sich als ein Geflecht von Normen ganz unterschiedlicher Art, Allgemeinheitsgrad, Öffentlichkeit und Anwendung präsentierte. Ausnahmen, Privilegien und Befreiungen spielten eine große Rolle. Der gesetzgeberische Kasuismus führte dazu, dass man sich vielfach auf verschiedene königliche Rechtsakte manchmal geradezu gegensätzlichen Inhalts berufen konnte. In einer solchen Ordnung trugen der tatsächliche Gebrauch und die Umsetzung einer Norm zugleich auch zur Geltung bei.

Das änderte sich zunächst auch nicht durch die Verkündung der *Recopilación de Indias* von 1680. Der Inhalt dieser Rechtssammlung wurde auf die gleiche Weise gelesen und interpretiert wie die Einzelgesetzgebung der vorhergehenden Zeit. Erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, als die Tendenzen zur politischen Zentralisierung und gesetzgeberischen Vereinheitlichung immer stärker wurden, wurde der *Recopilación* ein höherer Grad an Autorität zugemessen. Das normative Gewebe veränderte seine Struktur, auch wenn kasuistische Praktiken bei der Konfliktlösung noch immer den Alltag bestimmten. Doch die Nutzung der *Recopilación* in den *Cabildos* und die Berufung auf ihre Normen nahm zu.

Lange Zeit hat sich die historische Forschung angesichts dessen darauf beschränkt, auf den Unterschied zwischen Rechtstext und Umsetzung hinzuweisen, meist allerdings ohne nach den eigentlichen Gründen dieser Abweichung zu fragen. Nur selten wird verstanden, dass die Gesetze eben nur ein Teil dieser vielfältigen und veränderbaren normativen Ordnung waren. Denn die königlichen Anordnungen richteten sich zwar an bestimmte Empfänger, doch sie waren eben in der Regel Teil eines Prozesses der Entgegennahme, Veröffentlichung und administrativen Umsetzung und Archivierung, die jedenfalls in den meisten Städten im *Cabildo* durchgeführt wurden. Hier kam es zu unterschiedlichen Lesarten in Bezug auf die Umsetzung, auch wenn in einigen königlichen Dokumenten konkrete Anweisungen gegeben wurden, um dies zu vermeiden. Doch es war möglich, in den Texten hinreichende Anhaltspunkte zu finden, um sie an einen konkreten Fall anzupassen, sich von ihnen zu befreien oder sie zu verändern. Viele verteidigten diesen Raum der Anpassung zwischen dem Angeordneten und seiner Ausführung ganz im Geiste einer Vorstellung von Recht, bei der die Anwendung eines Gesetzes stets den konkreten Umständen angepasst sein müsse.

Die Entgegennahme königlicher Anordnungen geschah in förmlicher Weise, die nicht ohne rechtliche Bedeutung war. Die Präsentation und Registrie-

zung im *Cabildo* bedeutete ihre Integration in die lokale normative Ordnung, zugleich war es aber auch der Moment, um Bedenken gegen die Anwendung vorzubringen im Wege der Supplikation, die an den Gesetzgeber selbst zu richten war. Es handelt sich dabei um ein Verfahren, das im Kirchenrecht angelegt und in Kastilien ausgeformt worden war und in der neuen Welt eine besondere Ausprägung erhielt. Seine Grundlage bestand in der Vorstellung, dass gesetzgeberische Akte, die fehlerhaft waren – etwa weil sie erworbene Rechte nicht berücksichtigten oder gegen eine bestimmte Rechtslage in der Stadt selbst verstießen – auf Bitten der Betroffenen geändert werden könnten, und zwar durch den Gesetzgeber selbst, der auf der Grundlage der vorgebrachten Argumente seine vorherige Entscheidung bestätigen oder dies unterlassen konnte. Das an bestimmte Förmlichkeiten gebundene Aussprechen der Formel ‚es wird gehorcht, aber nicht befolgt‘ („*se obedece pero no se cumple*“) hatte aufschiebende Wirkung, bis der Gesetzgeber mit einer zweiten Erklärung die Geltung bestätigte. Manchmal wurde auch ohne die Beachtung dieser Förmlichkeiten die Umsetzung von königlichen Anordnungen durch die Vizekönige oder Gouverneure aufgeschoben¹⁵).

Die Existenz dieser lokalen normativen Ordnung, die in der Stadt von ihren eigenen Organen oder der Bevölkerung selbst stammte, war natürlich historisch vielfach belegt. Die Historiographie zur frühneuzeitlichen Rechtsgeschichte in Hispanoamerika hat sie wegen ihrer zentralistischen Perspektive auf die politische Herrschaft und die Rechtsschöpfung dennoch nur wenig beachtet. Man ging davon aus, dass jedwede höhere Norm von der Zentralregierung stammte und dass die lokale Normenproduktion kaum mehr als eine von der Krone zugestandene Delegation und eine stets unter Zustimmungsvorbehalt stehende Kompetenz sei. Damit hätte diese lokale Dimension tatsächlich einen rein subsidiären Charakter und bei der Normproduktion keine größere eigenständige Bedeutung gehabt. In den letzten Jahren hat die Rechtsgeschichtsschreibung, im Einklang mit neueren Tendenzen in der politischen Geschichte, die unterschiedlichen Manifestationen lokaler Herrschaft stärker untersucht. So wurde deutlich, in welchem Maße viele Normen, die von der Zentralgewalt gesetzt worden sind, auf der lokalen Ebene vorbereitet worden sind. Vor allem aber ist ein immer klareres Bild gezeichnet worden von einem komplexen normativen Gewebe, das aus einer Fülle von unterschiedlichen und dynamisch sich verändernden Elementen bestand, die von nicht förmlich erlassenen sozialen Normen, wie Gewohnheiten, Praktiken, Selbstregulie-

¹⁵) Víctor Tau Anzoátegui, *La ley en América Hispana: del Descubrimiento a la Emancipación*, Buenos Aires 1992, S. 67–143.

rungsphänomenen bis zu ganz unterschiedlichen Rechtsquellen reichen, wie Erlassen, Anordnungen, Satzungen, Ordnungen, Anweisungen, etc.

Das lokale Recht ist zweifellos der nachgiebigste Bestandteil des normativen Gewebes, in dem ein großer Teil der alltäglichen Angelegenheiten der jeweiligen Gemeinschaften ihren Ursprung hatten. Die formal eher schwache Struktur spiegelte dabei ein lebendiges soziales und normatives Leben wider. Sie ist Ausdruck eines beweglichen und vielfältigen Wechselspiels zwischen den Regeln des Zusammenlebens – seinen Interessenlagen, Netzwerken, Machtverhältnissen – und den normativen Vorgaben. Wollte man diese ordnen, könnte man von den am wenigsten Verfestigten bis hin zu denen schreiten, die sich in konkreten Texten niedergeschlagen haben. Es gab Regeln oder Normen, die – ohne dass sie jemals ausdrücklich gemacht worden wären – Teil eines kollektiven Empfindens waren, das sich kaum in allgemeiner und abstrakter Weise präzisieren lässt, das aber gerade in konkreten Situationen besondere Bedeutung bekam. Wenn die Gouverneure oder Bürgermeister ihre Ämter übernahm, dann schworen sie vor dem *Cabildo* nicht von Ungefähr, dass sie neben den Gesetzen und den königlichen Anordnungen die überkommenen Autonomierechte (*fueros*), die Privilegien und Vorrechte und die Beschlüsse der Selbstverwaltungskörperschaft achten würden.

Die Berufung auf die Selbstverwaltungsrechte (*fueros*) ist besonders häufig zu finden, je nach Ort und Zeit in gewisser Unterschiedlichkeit. Was unter diesen Selbstverwaltungsrechten zu verstehen war, wurde von Autoren und in Nachschlagewerken in sehr unterschiedlicher Weise beschrieben. Einigkeit bestand darin, dass dazu die Gewohnheiten und Gebräuche zählten, die öffentlich und mit rechtlicher Geltung eingeführt waren. Natürlich mögen mit der Berufung auf diese Selbstverwaltungsrechte zugleich Vorstellungen, Gefühlslagen und Überzeugungen einhergegangen sein, die sich nicht einmal in einer gewohnheitsrechtlichen Normativität kristallisiert hatten – und die dennoch von bedeutender gestalterischer Kraft für die Rechtsordnung gewesen sind. Die Selbstverwaltungsrechte, gerade weil sie nicht in einem schriftlichen Text festgelegt worden waren, hatten einen in mancher Hinsicht fast immateriellen Charakter und einen dynamischen Inhalt. Er wurde im Rekurs auf Erinnerungen, frühere Beschlüsse der Selbstverwaltungskörperschaften oder auf andere Texte rekonstruiert, die man fand und wiederfand, wenn es angemessen schien. So konnte jede rechtliche Argumentation den konkreten Umständen angepasst werden, stets eingedenk dessen, dass die Stadt letztlich eine eigene normative Einheitlichkeit hätte und dass ihre Repräsentanten, die *regidores*, dieses Recht sprechen oder eben auch fortbilden konnten in den Fragen, für die sie zuständig waren. Es ist diese Vorstellung der Selbst-

verwaltungsrechte, vielschichtig und zum Teil kaum verfestigt, die mit dem Vordringen der ersten Züge eines staatszentrierten ‚Rechtspositivismus‘ zu Beginn des 18. Jahrhunderts in eine Krise geriet¹⁶⁾.

Die Gewohnheit hatte somit einen ganz eigenartigen Platz innerhalb der Sphäre des Rechtlichen. Sie ist auf ganz unterschiedlichen Ebenen zu greifen, bis hin zur Spitze der Monarchie. Juristen des weltlichen und kirchlichen Rechts beriefen sich auf sie. In bestimmten Fällen konnte sie das geschriebene Gesetz überwinden. Da sie die lokale Ordnung geradezu untermauerte, war sie hier allerdings von besonderer Bedeutung, auch für die Abläufe in den *Cabildos* und im städtischen und ländlichen Leben. Denn auch wenn gelehrte Juristen zur Bildung und Anerkennung von Gewohnheiten beitrugen und mit diesen arbeiteten, so nährten sich die Gewohnheiten von der eigentlichen lebendigen Gemeinschaft her.

Im Blick auf die *Cabildos* ist hervorzuheben, in welchem Maße die Gewohnheit gerade auf die Handlungsformen und das Zeremoniell der Selbstverwaltungskörperschaften einwirkte: die Art, wie die Beschlüsse gefasst wurden, wie die Sitzordnung gestaltet, Rederechte und Abstimmungen der Mitglieder geregelt, wie die Mitwirkungsbefugnisse und Teilnahme an öffentlichen Akten festgelegt wurden. Sie wirkte auf die Wahlverfahren, die Ausübung der Ämter, die Kompetenzen, nicht zuletzt auf die Zuständigkeiten und Funktion der *Cabildos* selbst. Im Blick auf das städtische und ländliche Leben zeigten die Gewohnheiten, zusammen mit dem geschriebenen Gesetz oder auch allein, ihre Bedeutung in ganz unterschiedlichen Bereichen, die sich in vier Felder gruppieren lassen: die Versorgung der Bevölkerung mit Nahrungsmitteln, Gütern und Dienstleistungen allgemeiner Art; die Regelung der Nutzung von Weideland und Handelswegen; die Verteilung von Lasten und anderen Verpflichtungen der Bürger; und die Vorbereitung und Durchführung von religiösen und anderen Festen. Es bestand, zugespitzt formuliert, geradezu die Überzeugung, dass die Gewohnheit der wichtigste Ausdruck des Rechts sei. In manchen Bereichen war die ihr zugesprochene Autorität unüberwindbar, auch für das geschriebene Gesetz. In einigen lokalen Angelegenheiten, wie zum Beispiel beim Zehnt oder den Rangfragen, kamen die Gewohnheiten in ihrer ganzen Bedeutung zum Ausdruck. Da sie zugleich ein wesentliches Element bei der Auslegung von Gesetzen und auch der Bestim-

¹⁶⁾ Vgl. die Beiträge von Antonio M. Hespanha, „El espacio político“ und „Centro y periferia“, in: Ders., *La gracia del Derecho, Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid 1993; und die Beiträge von A. García-Gallo, „De la ciudad castellana“ und „Territorio y término en el ámbito local castellano e indiano, Notas sobre su naturaleza“, in: Ders., *Los orígenes* (Anm. 10), S. 1013ff. bzw. S. 1025–1044.

mung ihrer Geltung darstellte, kann man für die gesamte frühneuzeitliche Rechtsordnung in Hispanoamerika von einer ‚gewöhnheitsrechtlichen Grundierung‘ sprechen¹⁷⁾.

Eine normative Grundlage des städtischen Lebens findet man bereits mit dem Gründungsakt vorgegeben. Dazu gehören die Lage, der Name, die Ausdehnung und Grenzen der Stadt, die Errichtung der Symbole der Jurisdiktionsgewalt, für die Rechtsprechung und vor allem die Errichtung des Gebäudes des *Cabildo*. Der Gründer ernannte üblicherweise dabei bereits die Bürgermeister, *regidores* und die Inhaber der anderen Ämter und bestimmte auch die Art und Weise der jährlichen Erneuerung. In vielen *Cabildos* findet man Hinweise auf eine Art ‚Gründungsbuch‘ (*libro de cabildo*), das mit Sorgfalt aufbewahrt wurde.

Im Moment der Gründung oder auch zu späterer Zeit bemühten sich die Städte und ihre Bürger um Befreiungen, Begünstigungen und Freiheiten. Einige Siedlungen baten, dass ihnen Stadtrechte verliehen würden, zum Beispiel Santiago del Estero im Jahr 1577, um anderen Städten der Provinzen des Vizekönigreichs Peru gleichgestellt zu sein. Diese besondere normative Grundlage der Stadt war – auch wenn sie in vielen Fällen ähnlich war – die Grundlage, manchmal bloß fragmentarisch, manchmal in der kollektiven Handhabung verändert, für die Haltung, in der man den allgemeinen oder auch für eine besondere Situation geschaffenen Normen begegnete, die man für im Widerspruch zu dieser herkömmlichen Verfasstheit der Stadt stehend empfand¹⁸⁾.

Der *Cabildo* oder die königlichen Autoritäten, die in der Stadt ihren Sitz hatten, erließen Einzelbestimmungen oder ganze Ordnungen für die Regierung der Stadt, die meistens als *Ordenanzas* bezeichnet wurden. Innerhalb dieser Form der Gesetzgebung nahmen die *autos* oder *bandos de buen gobierno* eine Sonderstellung ein. Es handelte sich dabei um obrigkeitliche Anordnungen, die an alle Bürger und Bewohner der Stadt gerichtet waren und Regelungen des täglichen Lebens enthielten. Sie wurden der Öffentlichkeit verkündet durch einen *pregonero*, d. h. einen Gerichtsdiener, der von Soldaten ‚beim Klang der Kriegstrommeln‘ begleitet wurde. Üblicherweise wurde ein Exemplar an der Tür des *Cabildo* oder an einem anderen wichtigen Ort angeschlagen. So dürfte der Bekanntheitsgrad dieser Bestimmungen hoch ge-

¹⁷⁾ Víctor Tau Anzoátegui, *El poder de la costumbre, Estudios sobre el derecho consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, Buenos Aires 2001.

¹⁸⁾ Bartolomé Clavero Salvador, „Sevilla, Concejo y Audiencia: invitación a sus ordenanzas de justicia“, *Estudio preliminar a la edición facsimil de las Ordenanzas de la Real Audiencia de Sevilla, Sevilla 1603*, Nachdruck Sevilla 1995, S. 5–95.

wesen sein, verstärkt durch ihren geringen Umfang und die einfachen Formulierungen dieser auf Alltagssituationen bezogenen Texte.

Inhaltlich finden wir in diesen *autos* oder *bandos de buen gobierno* Anfänge einer modernen Vorstellung von Polizei, ein besonders aktives und dynamisches Element in der sozialen Konstitution und zeitgenössischen Politik. Die Regelungen betrafen die Kontrolle der Bevölkerung, öffentliche Moral und die Befolgung der religiösen Vorschriften; Anordnungen bezüglich des Bauens, des Verkehrs und der Ordnung der öffentlichen Wege, der Sauberkeit und Hygiene; der öffentlichen Sicherheit; des Gebrauchs von Waffen; der Versorgung mit Nahrungsmitteln und Waren; des Betriebs von Gasthäusern und Läden; von Spielen, Feiern und Tanzveranstaltungen; Regelungen bezüglich der Bettler, Armen und der Arbeit; verschiedene Vorschriften in Bezug auf die Justizverwaltung. Sie enthielten auch Sanktionen¹⁹⁾.

Diese lokale Konstitution von Normen gehört zu den am wenigsten bekannten Seiten des Rechts, das in Spanisch-Amerika angewandt wurde und das heute Gegenstand intensiverer Forschung ist²⁰⁾. Das lokale Recht hat hier keinesfalls den Charakter einer reinen Ergänzung des allgemeinen Rechts, sondern ist von erheblich höherer Bedeutung. Diese reicht so weit, dass man es als Observatorium ansehen kann, von dem aus die Gesamtheit des geltenden Rechts in den Blick kommt. Zugleich war es ein wesentliches Element der Kontinuität der hispanischen Rechtskultur über die Zeiten der Unabhängigkeiten hinweg.

5. Das Derecho indiano, ein besonderer Fall der Kasuistik:

Das juristische Universum bestand vor dem 19. Jahrhundert aus einer tief verwurzelten Überzeugung, dass das Recht sich nicht durch allgemeine Regeln ausdrücken lasse; dass es unmöglich sei, die vielen Königreiche oder

¹⁹⁾ Los bandos de buen gobierno del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo (época hispánica), hg. von Víctor Tau Anzoátegui, Buenos Aires 2004.

²⁰⁾ Hervorhebenswert hier besonders die Behandlung dieser Themen in den Kongressen des Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano von San Juan de Puerto Rico (2000) und Lima (2003). Im Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Buenos Aires sind diese Fragen Gegenstand von Forschungsvorhaben gewesen, die gefördert wurden vom Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos de la Fundación Carolina de España (2003–2005) und der Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica (Proyecto PICT-BID 2007, 1591). Vgl. dazu Víctor Tau Anzoátegui/Alejandro Agüero (Hgg.), *El Derecho local en la periferia de la Monarquía Hispánica, Río de la Plata, Tucumán y Cuyo, Siglos XVI–XVIII*, Buenos Aires 2013.

Provinzen in einheitlicher Weise zu behandeln; dass Recht nicht unveränderlich sei. Der konkrete Fall, der jeweilige Ort und die Zeit mussten das Denken der Amtsinhaber, Richter und Juristen bestimmen. Das Recht musste sich, so schien es, unablässig an neue Situationen anpassen. Diese Vorstellung speiste sich aus einer langen Tradition und wurde gesellschaftlich getragen. Autoritäten aus der Antike, Aphorismen, das Denken in Beispielen und die Natur selbst untermauerten sie.

Die rechtshistorische Forschung hat eine Vielfalt von historischen Formen und Typen des Kasuismus²¹ herausgearbeitet. Rechtsordnungen, die auf einer Fallrechtslogik basieren, wie das klassische römische Recht, das *ius civile* oder *ius canonicum* des *ius commune*, das kastilische und das hispanoamerikanische Recht und noch das heute geltende *common law* können als unterschiedliche Varianten eines zum Teil verwandten, stets jedoch besonderen Kasuismus²¹ angesehen werden.

Die Analyse einer dieser Ordnungen, der kastilisch-amerikanischen, kann uns einen besonderen Fall dieses Kasuismus²¹ näherbringen, der zeitlich genau mit dem Beginn der spanischen Kolonialisierung einsetzte, als die Rechtskultur des *ius commune* über Kastilien auch in die neue Welt übertragen wurde. Mithilfe der Begriffe ‚Kasuismus‘ und ‚System‘, genutzt als kategoriale Konzepte – also solche, die dabei helfen, die Grundlagen bestimmter Rechtsordnungen und deren Transformation zu verstehen – habe ich eine ausführliche Untersuchung dieser Fragen in den spanischen Teilen Amerikas in meinem Buch *Casuismo y sistema, Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano* unternommen, das 1992 publiziert wurde²¹). Im Mittelpunkt standen dabei verschiedene Felder wie die Rechtslehre, die Rechtsschöpfung, die Rechtswissenschaft und auch die Rechtsanwendung, alle miteinander auf natürliche Weise verbunden.

Der Kasuismus erscheint dabei in Amerika nicht einfach wie eine Fortsetzung bereits bestehender Traditionen, sondern zeigt sich bereits früh als Versuch, den besonderen Herausforderungen der Kolonialisierung zu begegnen. Er war von Anfang an auch eine Antwort auf die Vielfalt, Veränderlichkeit und die weiten räumlichen Distanzen. Er wurde zu einem besonderen und effektiven Mittel, um diese weiten Räume zu organisieren und zu gliedern, Herrschaft zu etablieren, und wurde so zu einer Art embryonalem öffentlichen Recht. Die amerikanische Besonderheit, ein Faktor der Akzentuierung des Kasuismus im Vergleich zu anderen Teilen des spanischen Imperiums, wurde

²¹) Víctor Tau Anzoátegui, *Casuismo y Sistema, Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires 1992.

im Vergleich zu der Rechtsordnung von Kastilien deutlicher und überlagerte andere Periodisierungen.

Der Kasuismus erscheint geradezu als ein Schlüssel zum Verständnis der Komplexität des *Derecho indiano*. Er mag es auch in anderen Bereichen der Kultur sein – in der Philosophie, in der Religion, in der Wirtschaft, in der Politik. In der Welt der katholischen Reformation des 16. und 17. Jahrhunderts war er eng an die Moralthologie gebunden. Gerade hier – in einem Bereich der Normativität, die sich im Innern des Menschen vollzieht – bekommt der moralisch zu beurteilende Einzelfall, der *caso moral*, seinen festen Ort. Und das Wort ‚*casuista*‘ erhält einen spezifischen Gehalt zur Bezeichnung dessen, der Antwort gibt, sei es durch mündliches oder schriftliches Urteil als Antwort auf die Fragen, die öffentlich oder im Privaten im Blick auf die vielfältigen Gewissensprobleme an ihn gerichtet wurden über die moralischen Zweifel, die die Menschen in ihrer alltäglichen Routine beschäftigten. Die Antwort, die der Moralist, der *moralista*, gab, bezog sich auf jeden Einzelfall, gestützt auf ein Problemwissen, das sich aus anderen Fällen und Beispielen ergab.

Aus den bereits angeführten Gründen konnte sich der amerikanische Kasuismus als ein dynamisches Element im Bereich des Rechts und der Moral etablieren. Eine besondere Charakteristik zeigte sich im Bereich der Gesetzgebung, wo das Gesetz nicht selten noch immer Spuren dieser Herkunft als Antwort auf eine besondere Anfrage trug; auch im Bereich der Rechtswissenschaft, wo die Autoren ihre Lehren unter ständiger Bezugnahme auf besondere Umstände des Falls, des Orts und der Zeit entwickelten, blieb er sichtbar. Die enorme Weite und Vielfalt der Provinzen führte dazu, dass selbst höchste Amtsinhaber der Krone stets unter Vorbehalt und vorsichtig agierten.

Auf einer theoretischen Ebene wurden im 18. Jahrhundert erste Stimmen hörbar, die eine stärker systematische und nationale Ordnung forderten, auch im Blick auf die erhoffte gesetzgeberische Einheitlichkeit und politische Zentralisierung, meist jedoch ohne größere Resultate. Viele wehrten sich dagegen, dass Regelungen zwischen den amerikanischen Provinzen oder auch von der iberischen Halbinsel übertragen oder verallgemeinert würden. Trotzdem gewannen die Tendenzen immer mehr Gestalt, das Recht als eine systematische und rationale Kulturleistung anzusehen, die bei aller Vielfalt und Unterschiedlichkeit auf regionaler und lokaler Ebene von grundlegender Einheitlichkeit sein müsse. Ein besonderes Zeugnis dessen ist die Vorstellung der Kodifikation, die in dem gleichen Jahrhundert schrittweise entwickelt wurde.

Zweiter Teil: Beobachtungen zum argentinischen Recht

6. Eine neue Rechtsordnung in Hispanoamerika im 19. Jahrhundert:

Im 19. Jahrhundert lässt sich im Bereich des Rechts eine Erneuerungsbebewegungen feststellen, die vor allem zu einer grundlegenden Veränderung der Techniken der Rechtsfindung führte. Diese Erneuerung war Teil eines umfassenden Veränderungsprozesses im Bereich von Kultur und Gesellschaft, der neue Vorstellungen und Lehren in der Philosophie, der Politik und der Wirtschaft hervorbrachte.

Das Recht unterlag diesen Einflüssen und strahlte seinerseits auf diese Felder aus. Die Länder Hispanoamerikas durchlebten diese Phase mit besonderer Intensität, fiel sie doch zusammen mit der Geburt ihrer Nationen und damit auch mit der Erschaffung nationaler Rechtsordnung, zunächst bedroht durch die schwierigen Umstände, unter denen sich die grundlegende Veränderung ihrer politischen und rechtlichen Organisationen vollzog – bei gleichzeitiger beachtlicher Kontinuität und dem Weiterleben älterer Institutionen²²⁾.

Das gesamte Jahrhundert wird nur verständlich, wenn man es im Licht der Veränderungen sieht, die sich – vor allem im Bereich der Weltanschauung – bereits im 18. Jahrhundert anbahnten. In Spanien erwachte die Aufklärung, die sich bald in der Neuen Welt verbreitete und den amerikanischen Vorstellungen neue Perspektiven verlieh, gleichzeitig mit anderen europäischen Einflüssen, die in Wellen in Amerika spürbar wurden. Verbunden mit einem wachsenden Nationalbewusstsein wirkte sich das neue Denken vor allem im Bereich der Wirtschafts- und Verwaltungsreformen aus, erreichte langsamer auch andere Felder, eher schleichend und zunächst weniger spürbar. Auch wenn die iberische Aufklärung ihre eigenen Prägungen hatte, war sie von Vorstellungen beeinflusst, die aus anderen europäischen Ländern stammten. Sie wurden vor allem dann, wenn es um Religion und die Monarchie ging, etwas abgeschwächt rezipiert. In dieser Form lernte man sie auch in Amerika kennen. Nach der französischen Revolution zeigten aber auch dort radikale Ideen und antireligiöse Kritik größere Wirkung auf die traditionellen Vorstellungen, nicht zuletzt durch ihre Verbindung mit liberalen Vorstellungen, die bereits in der iberischen Halbinsel verwurzelt waren.

Im Bereich des Rechts führte die spanische Aufklärung zu einer überwiegend kritischen Sicht auf das spanisch-amerikanische Recht. Forderungen

²²⁾ Víctor Tau Anzoátegui, „La Revolución liberal y el Derecho en Iberoamérica durante el siglo XIX“, in: Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis LIV (1986), S. 353–362.

nach einer neuen und rationalen Ordnung durch ein Gesetzbuch wurden laut, wie etwa die von Juan Francisco de Castro, der eine im Jahr 1765 veröffentlichte Kritik verfasste, die in der spanischen Welt in den folgenden Jahrzehnten viel beachtet wurde. Diese neue Haltung beschränkte sich nicht auf äußerliche Ordnungsformen, sondern war viel grundlegender und zielte letztlich auf eine Veränderung der sozialen Ordnung²³).

Die Vorstellung einer ‚liberalen Revolution‘, mit der eine Reihe von grundlegenden und langanhaltenden Veränderungen bezeichnet wurde, die unter dem Einfluss des Prinzips der individuellen Freiheit durchgeführt wurden, ist häufig zur Erklärung dieser Zeit genutzt worden. Tatsächlich aber verliert diese theoretische Formel ihre Eindeutigkeit in dem Maße, in dem sie einer komplexen und vielfältigen Realität begegnet. Das gilt umso mehr, wenn gezeigt werden soll, bis zu welchem Punkt Vorstellungen, die mit dem Liberalismus verbunden werden, ihren Niederschlag in der Mentalität der Gesellschaft fanden und zu wirklichen gesetzgeberischen Maßnahmen führten. Der Historiker David Bushnell hat dies für den Fall Argentiniens in einer aufschlussreichen Studie zur ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts untersucht. Seine Methode und Ergebnisse zeigen deutlich die Schwierigkeiten, zwischen ‚Tradition‘ und ‚Erneuerung‘ zu unterscheiden²⁴).

Liberalen Grundsätze – manche von ihnen im Grunde nicht viel mehr als moderne Formulierungen älterer Vorstellungen – drangen schrittweise vor, auch wenn zwischen den Postulaten und ihrer Anwendung teilweise eine tiefe Kluft herrschte. Insgesamt wird man sagen können, dass sich der vielfach verkündete Liberalismus tatsächlich nur zum Teil umsetzen ließ. Die Kämpfe der Unabhängigkeit und später die internen Konflikte führten zu einer Verschiebung – wenn nicht sogar einer Aufgabe – dieser Prinzipien und hatten zur Folge, dass es ein Jahrhundert dauern sollte, in dem diese Vorstellungen reiften und der Realität angepasst wurden. Mächtig wirkte der liberale Einfluss auf den Wandel innerhalb der Gesellschaft und ihrer Vorstellungen, die sich auch in der Herausbildung des Nationalstaats und einer neuen Rechtlichkeit manifestierten, die – mit zahlreichen Veränderungen – bis heute reicht.

²³) Juan Francisco de Castro, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes ...* Madrid 1765, 2. Aufl. Madrid 1829. Ich habe dieses Werk kritisch-historisierend untersucht in „El pensamiento español en el proceso de la codificación hispano-americana: Los Discursos críticos de Juan Francisco de Castro“, *Index Quaderni Camerti di Studi romanistici* 14 (1986), S. 69–85.

²⁴) David Bushnell, *Reform and Reaction in the Platine Provinces, 1810–1852*, Gainesville/Fl. 1983.

7. Politische Unabhängigkeit und Rechtsreformen:

Mit dem Jahr 1808 begann eine Phase der politischen Instabilität innerhalb der spanischen Monarchie, ausgelöst durch die Absetzung des Königs Carlos IV. und seines Sohnes Fernando, an deren Stelle unter der neuen Verfassung von Bayonne nun José Bonaparte trat. Diesen König umgab ein Kreis französischer und spanischer aufgeklärter Höflinge, die sich eine Hispanisierung der neuen Dynastie zum Ziel gesetzt hatten, was in Spanien je nach Region, Verlauf der napoleonischen Kriege und imperialer Politik auf Zustimmung oder Protest stieß. Nur wenig davon wurde in Amerika spürbar, wo man konsterniert den Entwicklungen in Spanien folgte.

Das änderte sich während der vier folgenden Jahre, in denen es zu einem geradezu dramatischen Herrschaftsvakuum auf der iberischen Halbinsel gekommen war, unter der die politische Führung der gesamten Monarchie litt. Nun begann man, einen neuen Weg einzuschlagen. Liberale Vorstellungen und republikanische politische Konzeptionen verbanden sich in der Ablehnung des Absolutismus. Die Trennung vom Europa der Restauration und besonders von Spanien unter König Fernando VII. vertiefte sich. Nach den ersten Jahren, in denen die Kreolen, also die in Amerika geborenen Nachkommen von Spaniern, die politische Führung der Bewegung, die später in die Unabhängigkeit mündete, übernommen hatten, lässt sich eine weitgehende Gleichartigkeit der Transformationsprozesse im Recht und der Entstehung der neuen Staaten, die sich aus der spanischen Monarchie herauslösten, feststellen. Es handelt sich um ein ‚neues Recht‘, das nun entstand. Juan Bautista Alberdi, der bemerkenswerte argentinische Beobachter des Jahrhunderts, definierte dieses neue Recht als ‚vermittelnde Gesetzgebung, die in der La Plata-Region eine amerikanische Übersetzung der liberalen Revolution des modernen Europas repräsentiert‘²⁵⁾. Während Alberdi also die allgemeinen Transformationsprozesse betonte, stellten andere und spätere Autoren die Unabhängigkeit in den Mittelpunkt, wenn sie von einem vaterländischen oder nationalen Recht – *derecho patrio o nacional* – sprachen, das gerade mit der politischen Trennung begonnen habe. Diese beiden Sichtweisen ergänzen einander und lassen jedenfalls die besondere Charakteristik der Rechtsentwicklung während der ersten Jahrzehnte des Jahrhunderts deutlich werden.

Die Neuordnung der Rechtsordnung öffnete sowohl Raum für Kritik wie für konstruktive Arbeit. Die erste speiste sich aus einer von rationalistischem Denken geleiteten Analyse der wichtigsten Probleme der Gesellschaft, der

²⁵⁾ Juan Bautista Alberdi, *Críticas sobre el proyecto de código civil argentino*, Buenos Aires 1920, S. 188–189. Übersetzung durch TD.

politischen Ordnung und auch der Rechtsordnung. Man stützte sich dabei auf eine reichhaltige europäische Literatur, an der Spitze auf Autoren wie Montesquieu, Rousseau, Beccaria und Filangieri. Die Kritik war zugespitzt angesichts des Klimas einer deutlichen Konfrontation mit der Regierung in Spanien, in deren Zuge es zu einer Verwerfung des gesamten spanisch-amerikanischen Rechts und zur Forderung nach dessen sofortiger Abschaffung kam. Das waren freilich Forderungen aus der Feder von Politikern, nicht von Juristen, die davon ausgingen, dass man an der bestehenden Ordnung festhalten müsse, bis der rechte Moment für eine Reform gekommen sei. Bereits im Jahr 1810 wurden in der Presse in Buenos Aires von Mariano Moreno und Gregorio Funes Vorstellungen einer eigenen Regierung und einer neuen Verfassung für den neu zu gründenden Staat vorgeschlagen.

Im politischen Bereich und dem der Rechtsprechung wurden vor allem die Reformen bald spürbar. Die zahlreichen Verfassungen und Verfassungsentwürfe in den verschiedenen Ländern Hispanoamerikas zeugen von der Stärke des Konstitutionalismus, mitten während der tiefen Krise der beiden bis dahin mächtigen spanischen und der portugiesischen Monarchien. Überall wurde deutlich, dass es an Regierungen fehlte, die mit Stärke und auf der Grundlage eines allgemeinen Konsenses diesen Prozess des Übergangs gestalten konnten; die Entstehung von einer Reihe von zum Teil kleinen neuen Nationalstaaten war die Folge. In diesen kam es zu tiefen Auseinandersetzungen und Friktionen, während gleichzeitig grundlegende Probleme zu lösen waren, wie etwa die einer neuen Fiskalpolitik, die das zusammengebrochen System der spanischen Monarchie ersetzen könnte. Der größte Teil des Privat-, Straf- und Prozessrechts blieb dagegen während der folgenden Jahrzehnte bis zur Epoche der Kodifikationen weitgehend intakt. Die amerikanischen Juristen zogen weiterhin die spanische juristische Literatur zu Rate, ältere oder moderne. Dabei waren die zum Teil vollständigen, zum Teil abgekürzten spanischen Übersetzungen von politischer und juristischer Reformliteratur aus Europa von besonderer Bedeutung.

Während dieser Zeit bewegten sich die Reformbemühungen noch innerhalb des Rahmens des kastilisch-amerikanischen Rechts, obwohl die Kritik in ganz unterschiedliche Richtungen stärker wurde: zum Teil richtete sie sich auf die äußere Ordnung, die Vielfalt der Rechtsquellen, die geringe Publizität und die damit verbundene Rechtsunsicherheit; eine andere Kritik betraf die fehlende Kohärenz, den schlechten Stil und die Inhalte; eine dritte richtete sich ganz grundsätzlich gegen die alte Ordnung, die den Prinzipien und Forderungen der Zeit und den neuen Idealen nicht entsprachen. Einige wichtige Neuerungen gab es, darunter die Verwerfung der gesamten kirchenrechtlichen

Ordnung, außer in Fragen des Kirchenpatronats, und die allgemeine Tendenz zu einer Nationalisierung des Rechts. Man betonte nun, dass die Gesetze und Kodifikationen eine Art legislativer Ausdruck der Identität des Staates sein und dass deswegen jede politische Einheit über ihre eigenen Ordnungen befinden müsse. Das galt auch für Rechtsgebiete wie das Handelsrecht, das sich aus der Praxis entwickelt hatte. Unter dem Eindruck der Kodifikationsidee wurden schon früh Forderungen nach einer Kodifikation dieses Handelsrechts laut. Die Reformbemühungen wurden umso deutlicher, als in den Universitäten neue juristische Teildisziplinen entstanden und die alten Fächer und Inhalte veränderten²⁶). So wurde zum Beispiel an der 1821 gegründeten *Universidad de Buenos Aires* mit dem Zivilrecht, dem Natur- und Völkerrecht, der politischen Ökonomie neue Disziplinen mit neuen Lehrbüchern und Inhalten eingeführt, die sich in den folgenden Jahrzehnten verfestigten und den Prozess der Staatsbildung begleiteten. Die Vielfalt unterschiedlicher Entwicklungen war so groß, dass ich es bei diesen allgemeinen Bemerkungen belassen muss.

8. Vom Vizekönigreich zur neuen politischen Einheit. Die Herausbildung des Staatenbundes:

Im Vizekönigreich des Río de la Plata war die Revolution vom Mai 1810, die zu einer Auswechslung der höchsten Repräsentanten in dem traditionellen Organ der Selbstverwaltung, dem *Cabildo* von Buenos Aires, führte, das entscheidende Moment. Sie war der Beginn der kriegerischen revolutionären Unabhängigkeitsbewegungen in Südamerika, die bis zum endgültigen Sieg über die königlichen Truppen auf südamerikanischem Boden im Jahr 1824 andauerten.

Diese Revolution blieb nicht auf die Grenzen des Vizekönigreichs beschränkt, sondern weitete sich über den Kontinent aus und verband sich mit ähnlichen Bewegungen in anderen Provinzen und Städten, besonders in Caracas, Bogotá, Mexiko und Santiago de Chile. Diese erkannten, sowie auch Buenos Aires, weder den in Spanien unter der napoleonischen Herrschaft eingerichteten *Consejo de Regencia* noch dessen lokale Repräsentanten an. Sie nahmen für sich in Anspruch, die eigentliche Volkssouveränität zu repräsentieren, und gründeten *Juntas*, die die Rechte des Königs Fernando VII., dem man Treue geschworen hatte, wahrnehmen sollten. Diese Versammlungen übernahmen vorübergehend auch die politische und rechtliche Führung.

²⁶) Anregend in diesem Zusammenhang Julio Gaitán Bohórquez, *Huete de Estado, La formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano*, Bogotá 2002.

Die *Junta* von Buenos Aires war die einzige, die den Angriffen der Truppen des Königs widerstehen konnte und auf diese Weise ihre Vorstellung von einer eigenständigen Regierung auf die anderen Provinzen des Vizekönigreichs übertrug.

Die neue politischen Ordnung entstand in einer ersten Phase, in der sich neue lokale Strukturen auf der Grundlage der *Cabildos* und *Gobernadores* herausbildeten und auf nationaler Ebene *Juntas de Gobierno*, *Directores Supremos* und *Asambleas legislativas*, die sich um die Begründung einer dauerhaften Einheit bemühten. Diese Versuche der Etablierung einer neuen Monarchie, mit zentraler Struktur und Ordnung waren 1820 gescheitert. Der *Cabildo* von Buenos Aires, der immer wieder versucht hatte, das Machtvakuum auf lokaler und nationaler Ebene zu füllen, erkannte dieses an, als er beschloss, dass die Provinzen „nun für sich selbst das tun müssten, was ihren eigenen Interessen und ihrer inneren Stabilität entspricht“. Die neue politische Ordnung, die sich ab 1820 entwickelte, stützte sich nun auf die Autonomie der Provinzen – oder, wie es ausgedrückt wurde, auf die Freiheit und Unabhängigkeit der Völker. Nach dem Fall der nationalen Autoritäten – der Vollversammlung und des Direktoriums – fiel die Macht an das Volk zurück, und meistens waren es die *Cabildos*, die nun die Verantwortung für einen Neubeginn trugen. Am Anfang waren dies die *Cabildos* der Provinzhauptstädte, später auch die anderer Städte, so dass es zur Bildung der 13 Provinzen der ersten argentinischen Republik kam. Die Umstände der Entstehung waren so unterschiedlich, die politischen Reformen von so kasuistischer Natur, dass eine hinreichend detaillierte allgemeine Beschreibung unmöglich ist. Meist stand die Wahl eines provisorischen Gouverneurs am Anfang, vorgenommen von einer öffentlichen Versammlung des *Cabildo* oder einer Bürgerversammlung; nach der Gründung einer Repräsentation des Volkes (*Sala o Junta de Representantes*) wurde ein ordentlicher Gouverneur gewählt. Mit der Ernennung des Gouverneurs gaben sich die Provinzen ihre verfassungsmäßigen Grundlagen, in denen die Ausübung der Herrschaftsbefugnisse geregelt und begrenzt wurden. Die Einrichtung einer gesetzgebenden Versammlung versuchte die immer wieder geforderte Gewaltenteilung einzuführen. In einigen Provinzen wurden erste Schritte zur Einrichtung der rechtsprechenden Gewalt unternommen.

In diesen Jahrzehnten wurden die Gouverneure zu den politisch dominierenden Akteuren. Mit Ausnahme der kurzen Präsidentschaft Bernardo Rivadavias im Jahr 1826 wurden sie zu tatsächlichen Staatsoberhäuptern von kleinen Nationen. Dieser Prozess der gewissermaßen empirischen Nationalstaatsgründung ließ sich besonders im Umfeld des Gouverneurs der Provinz Buenos Aires beobachten, dem auch die Wahrnehmung der Außenbeziehun-

gen insgesamt übertragen wurde. Auf diese Weise erhielt das Amt, das aus der spanischen Kolonialzeit stammte, wieder die besondere Rolle, die es im ersten Jahrzehnt der revolutionären Bewegungen verloren hatte. Es gewann während der nächsten drei Jahrzehnte sogar weiter an Bedeutung. Diese Machterweiterung wurde besonders deutlich, als auf einer Versammlung dieser Gouverneure in San Nicolás de los Arroyos 1852 die verfassungsrechtlichen Grundlagen auf nationaler Ebene festgelegt wurden.

Das Amt des Gouverneurs wies, trotz seiner starken Prägung aus der hispanischen Zeit, vor allem zwei wesentliche Neuerungen auf: Ernannet wurde der Amtsinhaber durch die gesetzgebende Körperschaft oder durch die Bürger selbst, nicht mehr durch den König; und seine Machtausübung erfolgte nun nicht mehr im Namen einer höheren Autorität jenseits der Grenzen der Provinz, sondern wurde allein durch lokale Bestimmungen begrenzt. Diese neue Form der politischen Organisation, durchsetzt mit Formen und Figuren des *Antiguo Régimen*, führte zur Abschaffung der *Cabildos*. Ihre vielfältigen Zuständigkeiten gingen nun an andere Organe über, vor allem die im Bereich der Regierung und Rechtsprechung. Das entsprechende Gesetz aus Buenos Aires von 1821 fand im ganzen Land Beachtung und trug letztlich zum Verschwinden dieser Institution in einem langsamen Prozess bei, der bis in das Jahr 1837 reichte.

Meine ersten wissenschaftlichen Arbeiten beschäftigten sich überwiegend mit diesem großen Thema, dem ich einige Monographien gewidmet habe und die in meiner Doktorarbeit an der Universität von Buenos Aires mündeten, 1965 unter dem Titel „Formación del Estado Federal Argentino 1820–1852. El gobierno de Buenos Aires y los asuntos nacionales“ veröffentlicht²⁷⁾. In diesem Buch untersuche ich den langsamen und fast unsichtbaren Prozess der Institutionalisierung zwischen 1820 und 1852, durch den in Argentinien der Nationalstaat entstand, auf der Grundlage der politischen Grundstruktur der Provinz von Buenos Aires, sichtbar werdend in der Verfassung von 1853. Die Untersuchung konnte die empirischen Konstruktionen und kasuistischen Lösungen deutlich machen, die so häufig in der Forschung vergessen oder an den Rand gedrängt werden, wenn sie nicht zu bestimmten analytischen Modellen oder Theorien passen.

Der Gegenstand dieser Arbeit widmete sich einem spezifischen Ort und Zeitpunkt, als nämlich in den Anfängen der Revolution von 1810 Vorstellungen diskutiert und Kämpfe ausgefochten wurden über die politische Or-

²⁷⁾ Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene/Editorial Perrot, Buenos Aires 1965, 2. erweiterte und verbesserte Auflage 1996 ebendort.

ganisation, in der die Provinzen unter einem zentralistischen oder föderalen System geordnet werden sollten, wobei das politische und wirtschaftliche Gewicht von Buenos Aires, dem früheren Zentrum des Vizekönigreichs, immer wieder als destabilisierendes Moment auftrat. Es ging insbesondere darum zu zeigen, in welcher Weise nach dem Scheitern der ersten Versuche zur Formierung eines Nationalstaats als Nachfolger des Vizekönigreichs im Jahr 1820 die formativen Elemente eines solchen Nationalstaats dennoch nicht in den lokalen Jurisdiktion gewissermaßen atomisiert worden waren. Im Gegenteil ordneten sich diese Elemente im Laufe der Zeit um ein Amt herum an, das der Regierung von Buenos Aires zugeordnet war, dem zunächst die Wahrnehmung der Außenbeziehungen oblag und dem später in dem Maße, in dem es weitere Aufgaben übernahm, andere Bezeichnungen zugestanden wurden. Diese waren sehr unterschiedlich; die vielleicht aussagekräftigste ist die des Beauftragten für die „Dirección Suprema de los Asuntos Nacionales de la Confederación Argentina“ (Oberste Leitung der nationalen Angelegenheiten des argentinischen Staatenbundes), die zwischen 1846 und 1850 genutzt wurde.

Die Ausweitung der Befugnisse geschah freilich nicht immer durch eine Übertragung durch die Provinzen, sondern in verschiedenen Fällen war es die Regierung von Buenos Aires selbst, die unter Berufung auf zweifelhafte Präzedenzfälle oder eigene Rechtsansichten eine führende Rolle bei der Wahrnehmung von Gemeinschaftsangelegenheiten übernahm. Das entsprach der internen Situation in der Provinz, in der – insbesondere zwischen 1835 und 1852 – der mehrfach wiedergewählte Gouverneur der Provinz Juan Manuel de Rosas von der gesetzgebenden Versammlung besondere Vollmachten erlangt hatte. Das Amt, das Alberto Demicheli als ‚eine typische lokale Neuschöpfung, ohne Vorläufer im ausländischen öffentlichen Recht‘ bezeichnete²⁸⁾, war ein besonders wirksames Instrument zur Erlangung der nationalen politischen Einigung mit der Verfassung von 1853, die in vielfacher Weise auf den politischen Erfahrungen der vorhergehenden Jahrzehnte aufbaute. Diese Verfassung entstand allerdings in einem deutlich anderen politischen Umfeld und mit anderen Leitvorstellungen als denen, die der Diktatur von Rosas selbst zu Grunde lagen. In meiner Arbeit ging es darum, die Befugnisse dieses nationalen Amtes als eines Vorläufers der Verfassung von 1853 deutlich zu machen und als eine Art Kern der argentinischen Verfassung dieser Zeit herauszuarbeiten.

²⁸⁾ Alberto Demicheli, *Formación nacional argentina*, Buenos Aires 1971, S. 241 und 248. Übersetzung durch TD.

9. Die Kodifikation: Ein Schlüsselbegriff des 19. Jahrhunderts:

Während dieser Neuordnung der Verfassungsordnung blieben der einfach-gesetzliche Rahmen und die hispanoamerikanische Rechtskultur insgesamt weitgehend intakt. Die im Jahr 1782 für das Vizekönigreich Rio de la Plata erlassenen *Ordenanzas* dienten weiterhin als Grundlage der neuen Verwaltung. Die aus der Kolonialzeit stammende Rechtsordnung – die allgemeine, etwa in Form der *Recopilación* von 1680 wie auch die lokale in Form der *Ordenanzas* und *Bandos* – behielten ihre Präsenz und Effektivität, ungeachtet aller politischer Verurteilungen aus den Federn der glühenden Patrioten, die forderten, dass man sich von ihnen lösen müsse. Die Kontinuität wurde sichtbar im *Reglamento* von 1817, das trotz seines Übergangscharakters bis in die Zeit der endgültigen konstitutionellen Ordnung beachtet wurde. Nur die Grundsätze der neuen politischen Ordnung dürften von dieser Kontinuität nicht betroffen sein, so hieß es darin.

Ein aufschlussreiches Beispiel für diese Kontinuität bei gleichzeitiger Nutzung des neuen Worts *Código* war die in der Mitte des Jahrhunderts in Madrid publizierte zwölfbändige Sammlung „Los códigos españoles concordados y anotados“, die Gesetzessammlungen seit dem *Fuero Juzgo* aus der Westgotenzeit bis zur *Novísima Recopilación* aus dem Jahr 1805 enthielt. Einen zentralen Ort hatten die *Siete Partidas*, als das Gesetzbuch („*el código*“) Alfons’ des Weisen bezeichnet. Es war in Spanien und Hispanoamerika weit verbreitet und wurde in den Jahren 1871–1873 erneut aufgelegt. Ein weiteres Beispiel der Kontinuität über die Unabhängigkeitsbewegung hinweg ist die auf private Initiative in Madrid verlegte Neuedition der *Recopilación de Indias* aus dem Jahr 1841. Wie in diesen Zeiten historischer Brüche häufiger, waren die normativen Ordnungen der Gesellschaft durch diese Verbindung von Kontinuität und Bruch gekennzeichnet. Dieser Übergangszeit widmet sich heute ein beachtlicher Teil der rechtshistorischen Forschung²⁹⁾.

In diesen Zusammenhang gehört auch meine eigene Arbeit über die Kodifikation in Argentinien³⁰⁾, die ich in den siebziger Jahren begann und in der

²⁹⁾ Aufschlussreich in diesem Zusammenhang auch Ezequiel Abasolo, *Bastante más que ‚degradantes andrajos de nuestra pasada esclavitud‘, Fragmentos sudamericanos de la pervivencia de la cultura jurídica indiana durante el siglo XIX*, Buenos Aires 2014. Ich habe mich mit der Frage beschäftigt in *Nuevos horizontes* (Anm. 1), S. 107–126.

³⁰⁾ Víctor Tau Anzoátegui, *La codificación en la Argentina (1810–1870), Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires 1977, 2. erweiterte und verbesserte Auflage 2008.

ich das Neue betonte, den Triumph des neuen Rechts, der mit dem Nationalstaat einherging, und einer neuen Rechtlichkeit, die auf den Kodifikationen beruhte, vor allem der Zivilrechtskodifikation. Einige wichtige Arbeiten dazu gab es bereits, doch die meisten Beschäftigungen mit dem Thema waren stark juristisch und von eher deskriptivem Charakter, auf den Ablauf der Arbeiten und den Inhalt der Gesetzbücher konzentriert. Diese schienen, jedenfalls in Hispanoamerika, ein Ausdruck der neuen politischen Bedingungen und der verfassungsmäßigen Ordnung im 19. Jahrhundert zu sein. Mein Anliegen war es demgegenüber, die Gesetzgebung aus den Rechtsvorstellungen und der gesellschaftlichen Mentalitäten heraus zu begreifen, um auf diese Weise das Rechtsdenken mit gesellschaftlichen Vorstellungen zu verweben, politische und wirtschaftliche Kontexte zu integrieren. Es ging mir darum, so etwas wie einen ‚roten Faden der Gesetzgebungsbemühungen‘ herauszufinden, wie ich es damals ausdrückte. Ich hoffte, dass es möglich sei, eine Art Leitgedanken in der gesellschaftlichen Ordnung und kulturellen Tradition zu finden, ohne gegenläufige Tendenzen, Widerstände und andere Auffassungen auszublenden. Die Kodifikation erschien damit wie das Ergebnis eines Entwicklungsprozesses der Rechtswissenschaft, die zugleich aber eine Forderung der Gesellschaft war, jedenfalls ihrer einflussreichsten Teile, getragen von wirtschaftlichen, aber auch symbolischen Erwartungen, um überkommene Strukturen zu ersetzen. Es ging mir darum, den Kodifikationsprozess zu historisieren, vor allem im Bereich des Zivilrechts, dem Bereich, in dem sich die grundlegenden Diskussionen der Transformation der Rechtsordnung kristallisierten.

Um eine solche Geschichte der Kodifikation zu schreiben, war es notwendig, die unterschiedlichen Stränge des Denkens über Organisation, Erneuerung und Anordnung der Gesetzgebung zu verfolgen, im Rückgriff auf bis dahin nur wenig genutzte Quellen in unserem Fach: Zeitungen, Zeitschriften, Dissertationen, die wenigen Bücher und kleineren Schriften, die damals herausgegeben wurden, etc. Da es kaum ambitionierte Publikationen aus dieser Zeit gab, war es die Presse, in der die intellektuellen Strömungen und das Rechtswissen der juristischen und politischen Elite in Verwaltung, Gesetzgebung und Justiz sichtbar wurden. In ihr konnte man zugleich die Präsenz europäischer juristischer Literatur in den lokalen Buchhandlungen verfolgen, aus der sich kulturelle Präferenzen, aber auch die Verfügbarkeit juristischen Wissens in diesen Zeiten einer beschleunigten Modernisierung ablesen lässt. Diese reichhaltige und unterschiedliche Literatur, die Vielfalt der europäischen Einflüsse, der Beobachtungen der eigenen alltäglichen Realität, konstituierte eine kritische öffentliche Meinung und prägte gesellschaftliche Mentalitäten.

Dieser Reifungsprozess dauerte über sechs Jahrzehnte, zwischen 1810 und 1870, dem Jahr, in dem das von Dalmacio Vélez Sarsfield erarbeitete Zivilgesetzbuch verabschiedet wurde.

In diesem zeitlichen Rahmen bewegt sich auch meine Untersuchung, die, soweit ich sehe, auch heute nicht überholt ist. Sie zeigt, wie notwendig es ist, die europäische Kodifikationsgeschichte zu kennen, um die amerikanische zu verstehen, dass aber letztere gleichzeitig nicht auf die Übertragung von Texten in andere Räume reduziert werden kann. So wie in Europa während des 19. Jahrhunderts, haben auch die iberamerikanischen Länder einen Gesetzgebungsprozess durchlaufen mit ihren jeweils eigenen politischen und sozialen Hintergründen, die ihren eigenen Zeitstrukturen folgten und eigene Ergebnisse hervorbrachten. Denn trotz aller gemeinsamer juristischen Grundlagen, Ähnlichkeiten und zeitlichen Parallelen hat jede nationale oder regionale Gemeinschaft ihren eigenen Beobachtungspunkt. Man übernahm nicht bloß in passiver Weise Gesetzbücher, sondern arbeitete diese selbst aus, so wie es Bernardino Bravo Lira hervorgehoben³¹⁾ und Alejandro Guzmán Brito in seinem Standardwerk über die Kodifikation in Iberoamerika herausgearbeitet hat³²⁾.

10. Nach der Kodifikation: Über das jüngere Rechtsdenken:

Als im Jahr 2008 die zweite Auflage meines Buchs über die Kodifikation in Argentinien erschien, erläuterte ich im Vorwort die Entstehungsumstände der Publikation vor 30 Jahren und die intensive Forschung, die seitdem durchgeführt worden war. Die Absicht war vor allem, einige Überlegungen und Vorschläge zu machen, die für zukünftige Arbeiten wichtig sein könnten, und einige Beispiele zu geben. Doch die Beschäftigung mit der Kodifikation ist nicht allein für das Verständnis der Vergangenheit, sondern auch im Blick auf die in der jüngeren Forschung behandelten Themen und vielleicht sogar für die Zukunft des Rechts von Bedeutung. Sie beansprucht zunehmend auch die Aufmerksamkeit von Juristen, Geschichtswissenschaftlern und anderen und führte zu einer breiten Diskussion, zum Beispiel um die ‚Dekodifikation‘³³⁾.

³¹⁾ Bernardino Bravo Lira/Sergio Concha (Hgg.), *Codificación y descodificación en Hispanoamérica, La suerte de los derechos castellanos y portugueses en el Nuevo Mundo durante los siglos XIX y XX*, Bd. 1 Santiago/Chile 1998.

³²⁾ Alejandro Guzmán Brito, *La codificación civil en Iberoamérica, Siglos XIX y XX*, Santiago/Chile 2000.

³³⁾ Víctor Tau Anzoátegui, „La decodificación, ¿un tema de historiadores?“, *RevHistDer* 21 (1993), S. 434–439.

Die Beschäftigung mit der Kodifikationsgeschichte war für mich zudem ein Auslöser für weitere Arbeiten, die mich bis in die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts führten. Es handelt sich hier um eine Phase der grundlegenden Transformation und Erneuerung des argentinischen Rechts, deren zeithistorische Aufarbeitung noch aussteht. Ausgangspunkt meiner Beschäftigung mit diesen Fragen war eine Arbeit, die ich im Jahr 1974 über die argentinischen Juristen der Generation von 1910 verfasst habe³⁴). Aus ihr ist eine Reihe von Themen hervorgegangen, die ich in den folgenden Jahrzehnten und zum Teil bis heute in Monographien oder Einzelarbeiten vertieft habe. Zugleich wurde sie zum Ausgangspunkt für eine Studie zu den wichtigsten argentinischen Juristen verschiedener Generationen im 19. und 20. Jahrhundert³⁵). In dieses als Überblicksdarstellung und zu Unterrichtszwecken konzipierte Buch habe ich in den drei Auflagen – die erste stammt aus dem Jahr 1977, die dritte aus dem Jahr 1999 – Erweiterungen eingearbeitet, die das Verständnis für den Wandel des Rechts erleichtern sollten, der sich auch durch unterschiedliche Denktraditionen erklären lässt, die auf die Rechtspraxis und Rechtstheorie während dieser beiden Jahrhunderte wirkten. Man spürt in dieser Epoche die Bedeutung ganz unterschiedlicher Wissensfelder, die für die Ausbildung der Juristen und ihr Denken wichtig wurden, neben dem positiven Recht vor allem aus den Sozialwissenschaften, aus Soziologie, Philosophie, Politikwissenschaft und Geschichte, jeweils mit ihren eigenen Methoden und Richtungen.

In das argentinische Rechtsdenken gingen, wie in anderen Ländern Hispanoamerikas, zahlreiche Einflüsse aus der Rechtstheorie und den gesetzgeberischen Modellen aus Europa ein, vor allem von der französischen Schule der Exegese und der deutschen Begriffsjurisprudenz. Meist sind diese Theorien und Modelle in einer Weise untersucht worden, die sie als eine eher passive Übernahme in den Empfängerländern erscheinen ließen. Diese Sichtweise wird inzwischen häufiger infrage gestellt, etwa von Diego López Medina³⁶), der zwischen dem Denken in angesehenen Ursprungsländern („Orten der Produktion“) und ihrer lokalen Aneignung und Anverwandlung („Orten der Übernahme“) unterscheidet. Die intellektuelle Operation der Aneignung öffnete Spielräume für ganz unterschiedliche Kombinationen, die natürlich von denjenigen, die ihre Theorien und Modelle entwickelten, weder antizipiert noch

³⁴) Ders., „Los juristas argentinos de la generación de 1910“, *RevHistDer* 2 (1974), S. 225–283.

³⁵) Víctor Tau Anzoátegui, *Las ideas jurídicas en la Argentina, siglos XIX–XX*, Buenos Aires 1977, 3 Auflagen.

³⁶) Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del Derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá 2004.

kontrolliert werden konnten. Doch die Aneignungen wurden mit der Autorität der Urheber versehen und von diesen gewissermaßen gestützt. Einen interessanten Fall stellt die Übernahme des bayerischen Strafgesetzbuchs von 1813 in Argentinien dar, die Thomas Duve vor einigen Jahren aufgearbeitet hat³⁷⁾.

In diesem Kontext habe ich auch den deutschen Einfluss auf das argentinische Recht untersucht und versucht, die Bedingungen und kulturellen Umstände der Übernahme von Ideen und Lehren herauszuarbeiten, mit besonderer Aufmerksamkeit für die wichtigsten Juristen, die Hauptrichtungen des Rechtsdenkens und der Rechtslehren und die Reformen im Bereich der Gesetzgebung³⁸⁾. Dieser Einfluss, der in indirekter Weise mit dem Historismus begann, erlangte seine besondere Kraft in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und hielt bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts an, die Zeit einer bedeutenden Reform des argentinischen Rechts. Dieser Prozess der Rezeption vollzog sich im Kontext anderer Prozesse des Kulturtransfers und wurde nicht zuletzt von den Sprachen beeinflusst, die bei der Übertragung des Wissens verwandt wurden. Neben dem Spanischen war es vor allem die französische Sprache die – auf der Grundlage der kulturellen Hegemonie, die sie im 19. Jahrhundert erlangt hatte – zum wichtigsten Träger der Verbreitung des deutschen Rechtsdenkens wurde, da nur ein sehr kleiner Teil argentinischer oder hispano-amerikanischer Juristen die deutsche Sprache beherrschte, trotz ihrer Bedeutung gerade im Bereich der Rechtswissenschaft. Die deutschen Juristen, die hier besonders intensiv rezipiert wurden, waren vor allem Friedrich Carl von Savigny, Rudolf von Jhering und Rudolf Stammler. Obwohl keiner von ihnen jemals direkten Kontakt mit der argentinischen Realität oder ihrer Rechtswelt gehabt hatte, wurden ihre Werke viel beachtet. Savigny wirkte im Bereich der Theorie, in unterschiedlichen Feldern des juristischen Wissens und durch seine dauerhafte Präsenz über einen langen Zeitraum. Immer neue Generationen von Juristen lasen und beriefen sich auf seine historischen und dogmatischen Arbeiten, jeweils aus einer unterschiedlichen Zeit heraus. Nur wenige argentinische Juristen waren in der Lage, die deutsche Rechtskultur in ihren eigenen Bereich zu übertragen. Hervorhebenswert sind hier vor allem Antonio Saez (1834–1887), Ernesto Quesada (1858–1934), Enrique Martínez

³⁷⁾ Thomas Duve, „Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de Paul J.A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921“, *RevHistDer* 27 (1999), S. 125–152.

³⁸⁾ Víctor Tau Anzoátegui, „La influencia alemana en el derecho argentino: un programa para su estudio histórico“, *Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas* 25/1988, S. 607–634.

Paz (1882–1952) und Norberto Gorostiaga (1897–1955). Der bedeutendste unter ihnen war sicherlich Ernesto Quesada; als Soziologe, Jurist und Historiker war er zweifellos der bedeutendste Repräsentant der deutschen Kultur im damaligen Argentinien³⁹). Hier liegt eines der interessantesten Felder für weitere Studien, da die Präsenz und Gegenüberstellung von Ideen und Modellen aus Europa während der letzten zweihundert Jahre für die heutige Rechtskultur in Argentinien und anderen iberamerikanischen Ländern geradezu konstitutiv ist.

³⁹) Víctor Tau Anzoátegui, „Código y ciencia jurídica en la Argentina, El pensamiento de Ernesto Quesada (1858–1934)“, in: *Roma e América, Diritto Romano Comune* 12/2001, Modena 2001, S. 51–62.