

Arbeitstreffen Recht und Diversität

Max Planck Institute for European Legal History - Frankfurt am Main

16. März 2016

Recht und Diversität als Herausforderung der Rechtswissenschaft
(Gestaltungsanforderungen an die Rechtswissenschaft)

MASSIMO MECCARELLI

**Recht diskurs und Diversität:
Fragestellungen und aktuelle Herausforderungen
für eine Geschichte des Rechtsschutzes.**

Meine Auslegung des Problems "Recht und Diversität" geht von einem Forschungsthema über die *Transformationsprozesse der Formen der Rechtsschutzes aus*¹. Es handelt sich also um eine Betrachtung zu einem relativ begrenzten Thema; aber ich denke, dass es für eine allgemeinere Diskussion von "Recht und Diversität" als Herausforderung der Rechtswissenschaft (und der Gestaltungsanforderungen an die Rechtswissenschaft) von Interesse sein kann.

**1. Rechtsschutz heute und die Geschichte der Rechte:
Neue Perspektiven für aktuelle Probleme**

Der Rechtsschutz im Sinne von Schutz der Rechte (in den verschiedenen Formen der individuellen Rechte, sozialen Rechte, Grundrechte, Menschenrechte) stößt heute

¹ Dieses Forschungsthema wurde im Rahmen eines europäisch-brasilianischen Netzwerks entwickelt *Rights, Justice, Cultural Diversity: Dynamics of Legal Protection in Times of Transition*. Nach einem ersten Treffen in Frankfurt im Jahr 2013, einem weiteren in Curitiba im Jahr 2014 und zuletzt im Juni 2015 in Macerata, sind an diesem Netzwerk jetzt Wissenschaftler der Università di Macerata, Universidade Federal do Paraná, Universidade de Brasília, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Max Planck Institute for European Legal History in Frankfurt am Main, sowie Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno (Università di Firenze) beteiligt.

an Grenzen². In Bezug auf dieses Thema stellt "Recht und Diversität" einen interessanten heuristischen Schlüssel dar. Er bietet uns nämlich die Möglichkeit, eine prä-juristische Sicht einzunehmen und neue Räume für die Entwicklung des Themas zu erschließen. Ich möchte versuchen zu erklären, warum.

Strukturell betrachtet beruht die Leistungsfähigkeit des Rechtsschutzes als Schutz der Rechte in der Tat auf der Spannung zu einer prä-juristischen Ebene. Der Schutz dieser Rechte impliziert einen gemeinsamen (sozialen, politischen, kulturellen, anthropologischen) Kontext und eine Reihe von Werten (Freiheit, Gerechtigkeit, Solidarität, Würde, etc.), die durch eine einheitliche Brille zu betrachten sind: die *Gleichheit*³ als unmittelbare prä-juristische Bedeutungsbasis für die Rechte.

Gleichheit jedoch, genauer und im Lichte ihrer ihrer Anwendung gesehen, *fördert ein Projekt* für die soziale und politische Realität (die Ermöglichung einer Gesellschaft von freien und gleichen Menschen). Deshalb ist die Beziehung zwischen Rechten und Gleichheit so orientiert, dass sie eine subsumptive Fähigkeit der Rechte in Bezug auf die Realität der sozialen Tatsachen fördert.

Die aktuelle Phase zeigt einige Abweichungen von diesem theoretischen Modell: Das Phänomen der Multiplikation (und Fragmentierung) der Grund- und Menschenrechte schadet der subsumptiven Fähigkeit der Rechte. Außerdem beruht die Frage nach Rechtsschutz durch Anerkennung von Rechten manchmal nicht auf einer Gleichheitsfrage: Im Gegenteil dient die Rechtsfrage oft dazu, *Diversitäten zu rechtfertigen*. Dazu erscheint der Versuch interessant, die Perspektive zu wechseln und über Rechte und Diversität als verschiedene 'Seiten einer Medaille' zu reflektieren.

Vom Problem der Gleichheit zu dem der Diversität zu wechseln, heißt in der Tat, sich auf eine andere Eigenschaft des Rechtsschutzes zu fokussieren: Nicht so sehr eine Dynamik, bei der die prä-juristische Grundlage des Rechtsschutzes („Gleichheit“) als Voraussetzung für die Subsumierung der Realität in den *vorgesehenen* Rechtsschutzräumen dient; vielmehr eine Dynamik, bei der die prä-juristische Grundlage des Rechtsschutzes („Diversität“) als Produktionsvektor von *wirksamen* Rechtsschutzräumen fungiert.

² Wir beschränken uns darauf, auf einige kürzlich erschienene Arbeiten dieses Netzwerkes zu verweisen, wie z. B. Meccarelli, Palchetti, Sotis (2014) und Id., (2012); Duve, Meccarelli (2014); Stara (2014).

³ Fioravanti (2009).

Diese Erkenntnis gibt Anlaß zu ein paar Fragen: Welche Implikationen hat es in analytischer Hinsicht (auch methodologisch) eine solche Dynamik im Betracht zu ziehen? Zu welchen Ergebnissen führt es? Und schließlich: Welche Herausforderung bedeutet das für die Rechtsgeschichte?

2. Die Polaritäten des Problems

In seiner Geschichte scheint der Rechtsschutz von zwei zentralen Ansätzen geprägt zu sein:

Der zeitgenössische - geprägt durch die Idee, die *Rechte des Individuum zu identifizieren* - kennzeichnet und formalisiert die Rechte, verallgemeinert und vereint das Rechtssubjekt, begünstigt (das Programm für) die Gleichheit; Ziel ist es, dadurch eine volle *Vorhersagbarkeit des Rechtsschutzes* bieten zu können.

Der mittelalterlich und moderne basiert demgegenüber darauf, die Individuen zu differenzieren und würdigt die Diversität, konstruiert und multipliziert die Rechtssubjekte; Ziel ist, dadurch eine vollkommene *Wirksamkeit des Rechtsschutzes* bieten zu können.

Dies ist natürlich eine Vereinfachung, markiert aber die Polarität, in der unser Problem angesiedelt ist. Über Rechtsdiskurs und Diversität nachzudenken ist also ein Weg, um zu verstehen (auf der historischen und theoretischen Ebene), *was dazwischen liegt*, und um die Reduktion der Formen des Rechtsschutzes in statischen Modellen zu überwinden. Es geht also darum zu versuchen, *die Dynamik der dialektischen Interaktion zwischen den beiden Polaritäten* (die Rechte identifizieren / die Personen differenzieren) zu betrachten, in der die Erfahrung des Rechtsschutzes stattgefunden hat.

Um zu einzuordnen, in welchem Umfang ein solcher dynamischer Raum als Forschungsfeld geeignet ist, können wir drei unterschiedliche und miteinander verknüpfte Aspekte betrachten: a) Die verschiedenen Analyseperspektiven, die die Beziehung zwischen Rechtsdiskurs (Rechtsschutz) und Diversität beobachten; b) die Zeitliche Dimension; c) die spezifischen Themen, zu denen die Analyse erfolgen kann.

Ich werde mich kurz auf die ersten zwei konzentrieren (die dritte scheint mir weniger relevant für unsere Diskussion hier). Zum Schluss würde ich mich dann dem

interdisziplinären Charakter dieses Forschungsfeldes und dessen Auswirkungen auf die Rechtsgeschichte zuwenden.

2. Vier Forschungsperspektiven

Es sind mindestens vier Perspektiven zu berücksichtigen, um das Verhältnis zwischen Rechtsdiskurs und Diversität in Bezug auf den Rechtsschutz zu betrachten: Die *soziale, die kulturelle, die Gender-, sowie die methodologische Perspektive*.

Die soziale Perspektive Mit Bezug auf die Erste ist zu fragen, wie der Rechtsdiskurs das Problem der sozialen Unterschiede behandelt und welche Rolle in diesem Zusammenhang die Idee eines Rechtsschutzes als Schutz der Rechte des Individuums spielt. Die Rechtsgeschichte bietet uns eine Vielzahl von Erfahrungen im Laufe der Geschichte der Rechte. Zwei Beispiele: Die lange Entstehungszeit (XVII-XIX Jahrhundert) ist darauf gerichtet, den Freiheitsraum (das *Proprium*) des modernen Individuums zu errichten und koexistiert mit der Zeit der verfassungsrechtlichen Rolle der Stände. Hier ermöglichen Recht und Diversität, die Veränderbarkeit der Rechtsschutzformen zu beobachten. Im XIX und XX Jahrhundert scheint die Behandlung der sozialen Unterschiede sich mehr mit dem Instrument der Sozialrechte zu verbinden; ein neues Entwicklungsfeld für den Rechtsschutz als Schutz der Rechte. Diese Sozialrechte ⁴ teilen die Bedeutungsbasis der ersten Generation individueller Rechte (ein Prinzip der Freiheit zu implementieren), aber hier erhält der programmatische Wert der Gleichheit mehr Plastizität: Sie entwickelt eine stärkere Fähigkeit, sich im Verhältnis zur konkreten Realität zu formen. Die Geschichte des Problems betrifft hier die Veränderungen der "sozialen Räume" der Rechte.

Die kulturelle Perspektive: Hier ist das Problem, wie sich die kulturelle Diversität auf den Aufbau des Rechtsdiskurses und der Rechtsschutzformen auswirkt. Soziale und kulturelle Perspektive haben viel gemeinsam; das Problem der kulturellen Diversität hatte (und hat noch heute) in mehrfacher Hinsicht eine enge Verbindung mit den sozialen Unterschieden. Zugleich scheint die kulturelle Diversität in Bezug auf das Problem des Rechtsschutzes auch ein autonomes Problem zu stellen. Durch die kulturelle Diversität stellt sich heute die Frage nach einem Umdenken in Hinblick auf die Werkzeuge und Kategorien des Rechtsschutzes ⁵. Und in der Geschichte

⁴ Cazzetta (2007); Neuenschwander Magalhães (2014); Costa S. (2012).

⁵ Duve (2014); Costa S. (2012); Lembke (2012); Mazzaresse (2013); Stortoni, Tordini Cagli (2012); Vera Lugo (2006); Costa (2006); Boaventura De Sousa (2003); Todorov (1991).

entwickelte sich die ursprüngliche Konstruktion der individuellen Rechte (z.B. *Ius dominium, ius peregrinandi* in der Neuen Welt ⁶), gerade ausgehend von einem Problem der kulturellen Diversität.

Diese Perspektive ist auch in Bezug auf die Prämissen unseres Problems von Bedeutung, da das Konzept der Diversität selbst Ergebnis einer kulturellen Konstruktion ist. In dieser Hinsicht bestimmt die Denkbare der Diversität deren Bedeutung im Rechtsebene. Das wirft ein methodologisches Problem auf, weil es die Notwendigkeit für die Rechtswissenschaft mit sich bringt, einen Dialog mit den Sozial- und Geisteswissenschaften zu öffnen.

Die Gender Perspektive: Dieser Aspekt scheint auf den ersten Blick sowohl in sozialer wie auch kultureller Perspektive enthalten zu sein. Seine Besonderheit ist jedoch, dass die Geschlechtsdifferenzierung (und Diskriminierung) eine Originaleigenschaft der individuellen Rechte ist, (eine versteckte, aber permanente Eigenschaft). Diese leitet sich ab von einer "Mentalitäts-Struktur" ⁷, die der Diskontinuität zwischen Altem und Modernen widerstand und die Entstehung des Gleichheitsprinzips begleitet hat.

Die Genderfrage erscheint also als die Manifestation eines spezifischen Problems, das den Schutz der Rechte an der Wurzel hinterfragt (basierend auf dem programmatischen Wert der Gleichheit)⁸. Durch diese Perspektive können wir die Erfahrung der Rechte nicht nur auf Basis der Leistungsfähigkeit dieses Instruments, sondern auch von seinen ursprünglichen Grenzen her neu lesen. Darüber hinaus können wir auch aus theoretischer, aktueller sowie historischer Sicht die Entwicklung einer Spannung zwischen den *Personen* (im Plural) und *Rechten* ⁹ betrachten.

Die methodologische und hermeneutische Perspektive. Es gibt auch eine methodologische und hermeneutische Perspektive im Hinblick auf unsere Analyse der Formen des Rechtsschutzes ¹⁰. Wir könnten uns mit der Frage auseinandersetzen, *wie* die Diversität aus rechtlicher Sicht *zu betrachten ist*. Wir könnten auch überlegen, *wie* die Diversität zur Untersuchung des rechtlichen Phänomens *angewendet werden kann*. Es ist gewissermaßen ein Prämissenproblem, aber es fungiert auch als ein Moment der Abgrenzung unseres Forschungsfeldes. Die Antworten auf diese Fragen haben Einfluß

⁶ Costa P. (2014); Meccarelli (2014).

⁷ Costa P. (2014), pp. 42-43.

⁸ Parolari (2008).

⁹ Stara (2015), (2014); Cohen, Howard, Nussbaum (1999).

¹⁰ Duve, (2014).

auf die Quellen, die wir für diese Art von Studien und deren Verwendung in Betracht ziehen können/müssen. Sie betreffen auch die Wechselwirkung zwischen den verschiedenen Rechtswissenschaften und zwischen diesen und den Sozial- und Geisteswissenschaften, als ein Moment des juristischen Diskurses. Den ersten Punkt (die Quellen) kann ich im Rahmen dieser kurzen Präsentation nicht erklären; auf den letzten Punkt (den interdisziplinären Dialog) werde ich am Schluss zurückkommen.

3. Die Zeitliche Dimension

Aus rechtshistorischer Sicht ist der Gegenstand unseres Forschungsfeldes auch durch den besonderen "Faktor" Zeit charakterisiert. In der Tat sind es m. E. die Übergangs¹¹- oder Krisenphasen¹², die einen fruchtbaren Boden für die Untersuchung unseres Problems bieten.

Ich möchte damit unterstreichen, dass für Themen wie "Recht und Diversität" die historische *Phase* anstatt der historischen *Periode* von besonderem Interesse ist. Wir sind daran interessiert, eine Zeit zu identifizieren, die durch ihre Eigenschaften quasi ein Innenprofil unseres Problems darstellt; eine Phase, die es ermöglicht, die enge Verbindung zwischen unserem und anderen Problemen zu betrachten und dazu beizutragen, deren Bedeutung, Charakter und Dynamik hervorzuheben. Ich würde dieses eine *askriptive* Zeitlichkeit nennen, um sie von einer (konventionelleren) *beschreibenden* Zeitlichkeit zu unterscheiden.

Aus hermeneutischer Sicht haben die Dyaden, die den Kontrast zwischen kommensurablen Profilen der Zeitlichkeit unterstreichen (wie z.B.: Kontinuität / Wechsel; Tradition / Modernität; Krise / Stabilität; Übergang / Revolution) keine besondere Bedeutung. Im Gegenteil, hier übernehmen Dyaden eine analytische Bedeutung, die die *Verknüpfung unterschiedlicher Profile des Zeitfaktors* hervorheben: z.B. Kontinuität-Modernität; Tradition-Wechsel; Übergang-Krise; Übergang-Konstruktion; Transition-Zirkulation, etc.

Es ist nicht meine Absicht, in eine zu anspruchsvolle Argumentation einzusteigen, die meine Kompetenz übersteigt; ich möchte nur darauf hinweisen, dass, wenn wir eher die *Phase* als die *Periode* in Betracht nehmen, das Handlungsfeld unserer Untersuchung erheblich angereichert wird.

¹¹ Hartog (2015); Paixão (2013) Neuenschwander (2015).

¹² Cassese (2006); Grossi (2012); Pugliese (2015); Aragonese (2015); Cazzetta (2007).

Zum Beispiel können wir mehr Aufmerksamkeit auf synchrone Aspekte der Rechtserfahrung richten, anstatt die Zeitlichkeit lediglich als eine neutrale diachronische Plattform zu nutzen. Außerdem können wir unsere Probleme aus der Perspektive der *longue durée* verfolgen¹³, da die *Trans-Zeitlichkeit der Probleme* in der Interpretation der untersuchten historischen Phase eine analytische Bedeutung erhält.

4. Die Geschichte von Rechte und Diversität in einem interdisziplinären Forschungsfeld

Abschließend möchte ich einem letzten Punkt unsere Aufmerksamkeit widmen: Der Interdisziplinarität dieses Themenbereichs. "Recht und Diversität" ist ein analytisches Instrument, das den Dialog unter den Rechtswissenschaften und zwischen diesen und den Sozial- und Geisteswissenschaften erforderlich macht.

Dafür gibt es mehrere Gründe. Was den Dialog mit den Sozial- und Geisteswissenschaften betrifft, liegt der Mehrwert (und die Chance) darin, den Spielraum der Rechtsgeschichte auf Probleme zu erweitern, die sie nicht selbst untersuchen kann, die aber wichtig für ein Forschungsfeld wie Recht und Diversität sind – weil es sich um Fragen handelt, die in erster Linie andere Bereiche der Wissenschaft wie Soziologie, Ökonomie, Anthropologie, Philosophie, Literatur etc. betreffen, oder weil sie, obwohl juristische Fragen, spezifische Probleme der Gegenwart betreffen.

In diesem hermeneutischen Kreis verliert die Rechtsgeschichte nicht ihre Spezifität; im Gegenteil, ihre Rolle wird bestätigt: Rechtserfahrung historisieren; eine kritische Überprüfung der zeitgenössischen Kategorien ausüben; zu neuen Horizonten des juristischen Diskurses beitragen.

In Bezug auf den Dialog mit anderen Rechtsbereichen geht es m. E. darum, eine Zirkularität von juristischem Wissen wieder zu entdecken. In der Vergangenheit haben die Rechtsbereiche ihre eigene Identität durch Spezialisierung und Differenzierung (von Methode, Kategorien, Themen), durch Abgrenzungen und Trennungen erreicht. Dieses war der Weg, um die Autonomie eines rechtlichen Rahmens zu fördern. Heute, glaube ich, ist es nicht mehr möglich, die disziplinäre Identität auf diese Weise auszubauen.

¹³ Armitage, Guldi, (2015); Guldi, Armitage (2014).

Dies liegt daran, dass sich der Gegenstand unserer Reflexion, "das Recht", grundlegend verändert hat (in Bezug auf die Prozesse der Rechtsschaffung, die institutionellen Rahmenbedingungen, die Kontexte, aus denen heraus die Rechtsfrage hervorgeht, die politischen und sozialen Akteure, etc.). Um dieses Recht zu verstehen, ist es nicht mehr möglich, geschlossene Wissenschaften zu betreiben. Im Gegenteil ist es notwendig, einen kommunikativen und epistemologisch komplexen Austausch zu fördern.

Ich glaube, dass es heute einen großen strategischen Wert hat, sich in interdisziplinären Forschungsfeldern wie Recht und Diversität zu engagieren. Nicht nur, weil es für die Rechtsgeschichte eine effektive Möglichkeit darstellt, Sichtbarkeit zu erlangen, sondern auch, weil es eine bedeutsame Perspektive bietet, unserer Disziplin eine Identität für die Zukunft zu geben.

BILIOGRAPHIE

- Aragoneses, Alfons (2015), Crisis del derecho privado y legislación especial en Francia y Argentina, in Polotto, Keiser, Duve (2015), pp. 119-151;
- Armitage, David, Guldi, Jo (2015). Le retour de la longue durée: une perspective anglo-américaine, in «Annales. Histoire, Sciences Sociales» (Dossier: “La longue durée en débat”), 70, 2, 289-318
- Boaventura De Sousa, Santos (Org.) (2003), Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural, Rio de Janeiro;
- Cassese, Sabino (2006), Oltre lo stato, Roma-Bari;
- Cazzetta, Giovanni (2007), Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto del lavoro in Italia tra Otto e Novecento, Milano, Giuffrè;
- Cohen, Joshua, Howard, Matthew, Nussbaum Martha (eds.) (1999), Is Multiculturalism Bad for Women?, Princeton University Press, Princeton
- Costa, Pietro (2014), Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica, in Meccarelli, Palchetti, Sotis (2014), pp. 27-80;
- Costa, Sergio (2012), Freezing Differences: politics, law, and the invention of cultural diversity in Latin America, in Mascareno A., Araujo K. (eds.), Legitimization in World Society, Ashgate, pp. 139 – 156.
- Duve, Thomas (2014), Diversidad Cultural y Protección Jurídica – Perspectivas Histórico-Jurídicas (18. August 2014), in Forum historiae iuris, <http://www.forhistiur.de/2014-08-duve/?l=es>;
- Duve, Thomas, Meccarelli, Massimo (Eds.) (2014), Rights, Justice, Cultural Diversity: Dynamics of Legal Protection in Times of Transition. European and Brazilian Perspectives in Forum Historiae Iuris, <http://www.forhistiur.de/rights-justice-cultural-diversity-dynamics-of-legal-protection-in-times-of-transition-duve-meccarelli/beitraege/>;
- Fioravanti, Maurizio (2009), Costituzionalismo. Percorsi di storia e tendenze attuali, Roma-Bari;
- Grossi, Paolo (2012), Introduzione al Novecento giuridico, Roma, Laterza;
- Guldi, Jo, Armitage, David (2014). The History Manifesto, Cambridge, Cambridge University Press, <http://historymanifesto.cambridge.org>
- Hartog, François (2015), Régimes d'historicité: présentisme et expériences du temps, Paris, Seuil ;

- Lembke, Ulrike (2012), Diversity als Rechtsbegriff. Eine Einführung, in Rechtswissenschaft 1, pp. 46-76;
- Mazzarese, Tecla (a cura di) (2013), Diritto, tradizioni, traduzioni. La tutela dei diritti nelle società multiculturali, Torino;
- Meccarelli, Massimo (2014), Sovranità e tutela dei diritti nelle società multiculturali: riflessioni storico-giuridiche intorno ai limiti di un binomio moderno, in Stara (2014), pp. 93-111.
- Meccarelli, Massimo, Palchetti, Paolo, Sotis Carlo (a cura di) (2014), Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo, Madrid, <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18380>;
- Meccarelli, Massimo, Palchetti, Paolo, Sotis Carlo (a cura di) (2012), Ius peregrinandi, Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione, Macerata;
- Neuenschwander Magalhães, Juliana (2014) Los límites del multiculturalismo en las sociedades multiculturales: formas de inclusión y exclusión, (18. August 2014), in forum historiae iuris, <http://www.forhistiur.de/en/2014-08-neuenschwander-magalhaes/>
- Neuenschwander Magalhães, Juliana (2015), [Diversidade cultural e justiça de transição](#) (os casos de perseguição aos índios durante a ditadura militar e a transição política no Brasil), in Quaderni fiorentini, 44, pp. 1137-1166;
- Paixão, Cristiano (2013), Tempo presente e regimes de historicidade: perspectivas de investigação para a história do direito, in Fonseca (2013), pp. 77-88;
- Parolari, Paola (2008), Femminismo liberale e multiculturalismo. Susan Okin e le forme della diversità culturale, in Ragion pratica, 1, pp. 231-244;
- Polotto, Maria Rosaria, Keiser, Thorsten, Duve, Thomas (Eds.) (2015), Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX, Frankfurt am Main;
- Pugliese, Maria Rosaria (2015), La denominada «crisis del derecho» desde la perspectiva argentina durante el periodo de entre guerras mundiales (1920–1940), in Polotto, Keiser, Duve (2015), pp. 83-118;
- Stara, Flavia (2015), Women in motion: effetti e aspettative delle migrazioni al femminile, in Meccarelli, Palchetti (2015b), p. 145-156;
- Stara, Flavia (a cura di) (2014), La costruzione del pensiero e delle strategie interculturali, Lecce;

Stortoni, Luca, Tordini Cagli Silvia (a cura di) (2012), *Cultura culture e diritto penale*, Bologna;

Todorov, Tzvetan (1991)., *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, Einaudi, Torino;

Vera Lugo, Juan Pablo (2006), *La jurisprudencia como campo de reflexión del IA diversidad cultural: apropiación jurídica de nociones culturales*, in *Universitas humanistica*, 62, pp. 205-238;